

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado Ponente

SEP 00093-2019
Radicación N° 49007
Aprobado Acta No. 062

Bogotá D.C., veinte (20) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

Procede la Sala a dictar sentencia en el juicio seguido al Doctor HERNANDO GAITÁN GAONA, Procurador Judicial II para la Defensa de la Infancia, Adolescencia y Familia con sede en Neiva, acusado por el delito de prevaricato por omisión, por conducta que tiene que ver con su anterior desempeño como Juez Único Promiscuo de Familia de La Plata- Huila.

210
Huy

IDENTIDAD EL ACUSADO

HERNANDO GAITÁN GAONA se identifica con la c.c. No. 12.113.785, nació en Neiva (Huila) el 13 de febrero de 1959, es hijo de Marco Antonio Gaitán y Carmen Gaona, de estado civil casado, de profesión abogado¹, actualmente ocupa el cargo de Procurador 19 Judicial II para la Defensa de la Infancia, Adolescencia y Familia con sede en Neiva².

Escrito de acusación

El 10 de julio de 2015 la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, presentó escrito de acusación y posteriormente formuló acusación en contra del doctor Hernando Gaitán Gaona, por entonces Juez Único Promiscuo de Familia de La Plata – Huila, por el delito de prevaricato por omisión, por razón de los siguientes hechos jurídicamente relevantes.

Con ocasión de la muerte violenta de los esposos Juan de la Cruz Rivera Llanos y Delia Puyo Rodríguez acaecida el 28 de febrero de 2007 en el municipio de La Plata, Huila, al doctor HERNANDO GAITÁN GAONA, en su condición de Juez Único Promiscuo de Familia de ese lugar, le correspondió conocer y tramitar el proceso de sucesión intestada acumulado, convocado mediante apoderado por Jesús María Puyo y otros, cuya demanda fue admitida mediante auto proferido el 9 de marzo de 2007.

¹ Fls. 109 y ss. cno. No. 2 Escrito de Acusación No. 1. Estipulación probatoria No. 1.

² Fls. 163 y ss. cno. No. 2 Escrito de Acusación No. 1.

A petición de parte, mediante auto de sustanciación No. 0492 de 22 de marzo de 2007, el citado funcionario solicitó a la Fiscalía 23 Seccional de la Plata que dejara a disposición de ese juzgado los dineros en moneda extranjera decomisados en el curso de la investigación penal iniciada por el doble homicidio de los causantes en el proceso de sucesión, los cuales fueron puestos a órdenes del despacho judicial en la cantidad de 12.587 dólares por parte del Coordinador de la Unidad Local del CTI de la Fiscalía con asiento en La Plata, mediante oficio sin número de 28 de marzo de 2007, siendo recibidos en esa misma fecha en sobre sometido a cadena de custodia en la Fiscalía, por el Secretario Luis Henry Ramírez Cuéllar, quien por orden del juez rompió la cadena de custodia para verificar su contenido, abrió el sobre y levantó un acta en donde relacionó las denominaciones números de serie de cada uno de los billetes recibidos.

En el aludido proceso, también a petición de parte, mediante auto de sustanciación proferido el viernes 30 de marzo de 2007 tras realizar algunas averiguaciones sobre la imposibilidad de depositar tales recursos en la cuenta de depósitos judiciales, en alguno de los bancos de la localidad o en el Banco de la República de Neiva porque ninguno de ellos prestaba dicho servicio, el funcionario dispuso el cambio de los dólares a moneda nacional, poniéndose en contacto con una casa de cambios de la ciudad de Neiva a donde se desplazó en compañía de Alejandro Lizcano Córdoba, Oficial Mayor del Juzgado.

Una vez allí, en la casa de cambios se le informó al funcionario que como la cantidad de dinero superaba 5.000

214
H. Gaona

dólares, resultaba imposible realizar una sola operación cambiaria, camino a su casa se encontró con una compañera Juez quien después de haberse enterado de la situación ofreció cambiar los dineros a moneda nacional dada la intención de realizar próximamente un viaje con su esposo a los Estados Unidos de América, quien finalmente sólo le cambió la suma de 7.587 dólares tras advertir, con apoyo en un cambista del lugar, que 50 billetes de 100 dólares al parecer eran falsos, en cuya operación consignada en acta, expidió un cheque por la suma de \$15.553.350.00 a nombre del Juzgado Único Promiscuo de Familia de La Plata.

Al regresar a La Plata, mediante auto proferido el día lunes 2 de abril de 2007, el funcionario ordenó consignar el cheque representativo de los dineros recibidos por el cambio de los dólares, en la cuenta de depósitos judiciales que el Juzgado tenía abierta en el Banco Agrario de la localidad, a lo cual se procedió mediante oficio 0289 de 4 de abril de 2007, mientras que el resto de dinero en moneda extranjera que no pudo ser cambiado debido a su presunta falta de autenticidad, permaneció en custodia en el Juzgado hasta el mes de octubre siguiente cuando dispuso remitirlo a la fiscalía de la localidad para que se adelantara la investigación correspondiente.

Con base en estos hechos, la Fiscalía atribuyó al doctor GAONA la realización del delito de prevaricato por omisión, por no haber dado cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 1798 de 1963, reglamentario de la Ley 2ª de ese año, que les asigna a los servidores judiciales el deber de consignar los dineros que por disposición legal deban depositarse en los respectivos despachos, en el Banco Popular de la localidad y a falta de éste, en las demás

entidades allí mencionadas y conforme al orden de prelación establecido en la citada norma.

Asimismo, por no haber dado cumplimiento a lo dispuesto en el Acuerdo 1676 de 2002, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, según el cual, todo despacho judicial deberá tener una cuenta en el Banco Agrario de Colombia para el manejo de los depósitos judiciales constituidos a sus órdenes, y si no existiera oficina del banco en ese lugar, en la que determine dicha entidad o en la oficina del banco de la localidad más cercana.

ANTECEDENTES

1.- Con base en la denuncia presentada por el ciudadano Fernando Embus quien dijo que por no haber sido reconocido como hijo por el extinto Juan Rivera Llanos, por intermedio de apoderado promovió proceso de filiación y petición de herencia que correspondió tramitar al Juzgado Único Promiscuo de Familia de La Plata, enterándose de los mencionados hechos, el 10 de julio de 2015 la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal de Neiva, presentó el caso ante el Juez Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esa ciudad, en audiencia preliminar de formulación de imputación en contra del indiciado HERNANDO GAITÁN GAONA, en la cual le endilgó el delito de prevaricato por omisión de que trata el artículo 414 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, cuyo cargo no fue aceptado³.

³ Fls. 24 cno. No. 1 formulación de imputación.

2.- Posteriormente, previa radicación el 10 de septiembre de 2015 del correspondiente escrito de acusación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva⁴, el día 11 de noviembre siguiente se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación⁵, *-en la cual la Fiscalía acusó al imputado HERNANDO GAITÁN GAONA del referido delito no aceptado por éste-*, y el 11 de mayo de 2016 la audiencia preparatoria⁶, donde se resolvió sobre la pertinencia y conducencia de practicar las pruebas pedidas por las partes.

3.- En la audiencia llevada a cabo el 11 de noviembre de 2015 ante la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el Fiscal Segundo Delegado ante el Tribunal, además de formular la correspondiente acusación, descubrió los elementos materiales probatorios y evidencia física que pretendía hacer valer en el juicio.

4.- Audiencia Preparatoria.

4.1.- En la audiencia preparatoria llevada a cabo el 11 de mayo de 2016 ante la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, la defensa, para fundamentar su teoría del caso, dijo descubrir como prueba los elementos materiales probatorios mencionados por la Fiscalía en los numerales 3.9.6 a 3.9.9.4, del escrito de acusación.

4.2.- Estipulaciones probatorias.

⁴ Fls. 31 y ss. cno. 1 Formulación de Imputación.

⁵ Fls. 33 y ss. cno. 3 Escrito de acusación.

⁶ Fls. 97 y ss. cno. 3 Escrito de acusación No. 2.

215
Gaitán

Fiscalía y defensa realizaron estipulaciones probatorias en las cuales aceptaron como hechos ciertos que no serían objeto de controversia, los siguientes:

4.2.1- La plena identidad, individualización, y arraigo del acusado. Fueron relacionados los documentos con los cuales se demuestran esos hechos.

4.2.2- La calidad de servidor público del procesado.

4.2.3.- Que el acusado, como Juez Único Promiscuo de Familia de la Plata, conoció y tramitó el proceso de sucesión intestada acumulada, siendo convocante JESÚS MARÍA PUYO y otros, y causantes JUAN DE LA CRUZ RIVERA LLANOS y DELIA PUYO RODRÍGUEZ, adoptando las decisiones relacionadas con la admisión de la demanda mediante auto de fecha 9 de marzo de 2007.

4.2.4.- Que el doctor GAITÁN GAONA como Juez Único Promiscuo de Familia de la Plata, y en el trámite del proceso de sucesión intestada acumulada, siendo convocante JESÚS MARÍA PUYO y otros, y causantes JUAN DE LA CRUZ RIVERA LLANOS y DELIA PUYO RODRÍGUEZ, mediante auto de sustanciación No. 0492 de 22 de marzo de 2007, solicitó a la Fiscalía 23 Seccional de la Plata que dejara a disposición de ese juzgado los dineros en moneda extranjera decomisados, los cuales fueron puestos a órdenes del despacho judicial en la cantidad de 12.587 dólares, por parte del Coordinador de la Unidad Local del CTI de la Plata, mediante oficio sin número de 28 de marzo de 2007.

2/6/07
[Handwritten signature]

4.2.5.- Que el doctor GAITÁN GAONA como Juez Único Promiscuo de Familia de la Plata, y en el trámite del proceso de sucesión intestado acumulado, siendo convocante JESÚS MARÍA PUYO y otros, causante JUAN DE LA CRUZ RIVERA LLANOS y DELIA PUYO RODRÍGUEZ, por petición de las partes mediante auto de 30 de marzo de 2007, dispuso el cambio de los dólares a moneda nacional.

4.2.6.- Que el doctor GAITÁN GAONA como Juez Único Promiscuo de Familia de la Plata y en el trámite del proceso de sucesión intestada y acumulado, siendo convocante JESÚS MARÍA PUYO y otros, causante JUAN DE LA CRUZ RIVERA LLANOS y DELIA PUYO RODRÍGUEZ, el 2 de abril de 2007, dispuso consignar en la cuenta de depósitos judiciales del juzgado los dineros producto del cambio de la moneda extranjera.

4.2.7.- La expedición de las leyes, acuerdos, resoluciones y circulares que reglamentan los depósitos judiciales.

4.3.- Decisiones del Tribunal de Neiva en torno a las peticiones probatorias.

4.3.1.- En relación con las pruebas pedidas por la Fiscalía, el Tribunal accedió a escuchar los testimonios de Fernando Embus, Luis Henry Ramírez Cuéllar y Alejandro Lizcano Córdoba. Y, pese a que en un comienzo a iniciativa de la defensa negó la declaración del investigador Franklin E. Dussán Cabrera y por tanto el documento que se pretendía incorporar con él, al resolver

el recurso de reposición interpuesto por la peticionaria finalmente dispuso su recaudo.

4.3.2.- Con respecto a las pruebas solicitadas por la defensa, el Tribunal negó su práctica, tras advertir que, al no mencionar en la solicitud el testigo de acreditación con el cual habrían de introducirse los documentos al juicio, no cumplió la carga impuesta por el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal. Contra esta decisión, la defensa interpuso recurso de apelación.

4.3.3.- Durante su réplica, el Fiscal manifestó que en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 356 de la Ley 906 de 2004, inicialmente enunció unos elementos materiales de prueba, la totalidad de los que tenía, y ello en cumplimiento a la lealtad procesal **“pero en punto a la solicitud probatoria, solamente se concretó a los testimonios y a un solo documento que aquél por el cual disiente de la decisión ya que no se le ordenó. Es decir, la Fiscalía en punto a prueba documental no obstante que enunció varios, la totalidad, entre ellos los que alude la defensa, en la solicitud probatoria solamente hizo alusión a uno solo, al relacionado con el oficio emanado del Banco de la República, y nunca solicitó como prueba los oficios emanados de las entidades bancarias que para aquél entonces, para la época de los hechos, estaban en la municipalidad de La Plata, llámese Banco Davivienda, Bancolombia, en fin las que estaban ahí, que se relacionaron, eso que quede claro”**.

4.4.- Decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

218
Hernando

4.4.1.- La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al resolver la impugnación interpuesta por la defensa, mediante decisión proferida el 13 de julio de 2016, resolvió, “**CONFIRMAR** parcialmente el auto objeto de apelación por las razones que se indicaron en la motivación de esta decisión; pero la prueba documental de la Fiscalía que consiste en el oficio DTE08346 del 11 de abril de 2014 del Banco de la República, sucursal Neiva, que es común con la defensa y que fue decretada, sí debe ingresar al juicio”.

4.5.- Estando el proceso pendiente de fijar fecha para dar inicio a la audiencia de juicio oral, se estableció la designación del acusado como Procurador Judicial II para la Defensa de la Infancia, Adolescencia y Familia con sede en Neiva, de cuyo cargo tomó posesión el 1° de septiembre de 2016⁷.

Por esta razón, el asunto se remitió a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por competencia⁸, y posteriormente, ante la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2018, por ésta a la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, en donde los días 28 de mayo⁹, 7 de junio¹⁰ y 4 julio de 2019¹¹, se llevó a cabo el juicio oral. En esta última fecha, se anunció el sentido absolutorio del fallo.

5.- Audiencia de juicio oral.

El 28 de mayo del corriente año, se dio inicio al juicio oral, continuando los días 7 de junio y 4 julio de 2019, durante el cual se practicaron los testimonios de Franklin Edison Dussán Cabrera (investigador del CTI con quien se introdujo el oficio DTE08346 de 11 de abril de 2014 del Banco de la República, sucursal Neiva), Fernando Rivera Embus (denunciante),

⁷ Fls. 163 y ss. cno. No. 2 Escrito de Acusación No. 1.

⁸ Fls. 167 y ss. cno. No. 2 Escrito de Acusación No. 1.

⁹ Fls. 145 y ss. cno. 1 Corte.

¹⁰ Fls. 178 y ss. cno. 1 Corte.

¹¹ Fls. 198 y ss. cno. 1 Corte.

215
[Handwritten signature]

Alejandro Lizcano Córdoba (oficial mayor del Juzgado Promiscuo de Familia de La Plata), Luis Henry Ramírez Cuéllar (Secretario del Juzgado Promiscuo de Familia de La Plata) y el acusado Hernando Gaitán Gaona (quien renunció al derecho a guardar silencio).

5.1.- Testimonio de Franklin Edison Dussán Cabrera

Este Investigador del CTI, quien ostenta el título de abogado, manifestó que, con ocasión de las órdenes a Policía Judicial impartidas por el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, le correspondió adelantar algunas labores pesquisidoras en la investigación iniciada con ocasión de la denuncia formulada contra el doctor Hernando Gaitán Gaona.

Recuerda que en desarrollo de tales actividades ofició al Banco de la República y los Bancos Agrario, Davivienda, de Bogotá, y a las cooperativas Utrahuilca y Coonfie, requiriéndoles información a fin de establecer si para el mes de marzo del año 2007, en el Departamento del Huila y específicamente en el Municipio de La Plata, prestaban los servicios de depósito o custodia de moneda extranjera (dólares) para los despachos judiciales, obteniendo respuesta negativa, como de igual modo recibió esta misma información después de consultar las bases de datos de acceso público.

Aclara que de manera específica el Banco de la República mediante oficio DTE 08346 de 11 de abril de 2014, informó que en la ciudad de Neiva la entidad prestó los servicios de tesorería, incluida la constitución de depósitos en custodia, hasta el año

220
H

2005, después de lo cual dicha oficina estaba dedicada de manera exclusiva a la actividad cultural.

Indica que de igual modo realizó inspección en el despacho del Juzgado Promiscuo de Familia de La Plata, Huila, de manera aleatoria, a algunos procesos de sucesión y de alimentos adelantados en el año 2007 por el doctor Gaitán Gaona, sin que visualizara irregularidad alguna en el uso de la palabra BIS para identificar uno de los procesos a cargo del acusado y, además, refiere haber podido observar que dichas actuaciones se tramitaron de manera eficiente.

5.2.- Testimonio de Alejandro Lizcano Córdoba.

Este testigo *-quien por época de los hechos materia de investigación y juzgamiento ejercía el cargo de oficial mayor del Juzgado Único Promiscuo de Familia de La Plata, Huila y en la actualidad funge como Juez Cuarto Civil Municipal de Neiva-*, dijo haberse enterado que en el Despacho Judicial a cargo del doctor Gaitán Gaona, se tramitó el proceso de sucesión de los esposos Puyo Rivera, dentro del cual *-pese a no haber sustanciado ninguna providencia en dicho asunto pues sus funciones se relacionaban con procesos de menores infractores-*, se adoptaron medidas cautelares que involucraron algunos dólares: *“Conozco sobre el tema de los dineros que se pusieron a disposición del juzgado por parte de la Fiscalía, si no estoy mal era precedido por una petición que hacían los herederos para que esos dineros que estaban en poder de la fiscalía se pusieran a disposición de la sucesión, pues para, me imagino, para el inventario y avalúo de esos bienes”*.

Menciona que, en el despacho del Juzgado Promiscuo de Familia de La Plata, a cargo del doctor Gaitán Gaona, generalmente los autos de sustanciación eran proyectados por el

secretario del Juzgado, así como en algunas ocasiones por el declarante, pero esto último no aconteció en el caso particular de la sucesión de los esposos Rivera Puyo.

Reitera que pese a no haber participado directamente en el diligenciamiento del aludido proceso, por los comentarios que se hacían entre los compañeros de oficina se enteró del caso, así como que la fiscalía puso a órdenes del juzgado unos dineros:

“Resulta que al momento de ponerse esos dineros a órdenes del juzgado por petición de los herederos, había unos dólares y pues el doctor diligentemente realizó la gestión para ponerlos en la cuenta de depósitos judiciales que manejan, como es los despachos judiciales. Al momento de realizarse esa gestión, como se trataba de una divisa extranjera, el doctor hizo las gestiones en las diferentes entidades bancarias y financieras que había en este momento en el Municipio. Recuerdo y digo que lo acompañé porque fuimos hasta el Banco Agrario, precisamente para indagar acerca de la consignación de esos dólares, el Banco Agrario no recibía, y no sé si ahora lo haga, pero en ese momento no recibía divisa extranjera solamente pesos colombianos.

Luego de eso, ante esa situación el doctor se encargó de tener como la mayor diligencia para que esos dineros ingresaran a las cuentas del despacho. También digo que lo acompañé, porque precisamente dentro de esas diligencias, nos trasladamos hasta la ciudad de Neiva, yo trabajaba en La Plata, pero mi familia vivía en Neiva y yo generalmente los fines de semana iba a visitar a mi familia a Neiva.

En esa ocasión acompañé al doctor Hernando Gaitán a Neiva donde había casas de cambio, si no estoy mal él también realizó una gestión ante esas casas para lograr el cambio de las divisas. Nos trasladamos a la ciudad de Neiva y pues fuimos a las diferentes casas de cambio, él ya había hablado con algunas, no recuerdo el nombre, sin embargo, eso fue un viernes si no estoy mal y por algún motivo no se pudo realizar el cambio de esas divisas.

Ya después de ese acompañamiento que yo hice con el doctor precisamente hacia esos lugares, pues una vez no se tuvo como la respuesta, pues yo me dirigí a mi casa a ver mi familia.

Menciona que cuando en el juzgado se recibieron los dineros en moneda extranjera por parte de la Fiscalía, el juez y el secretario hicieron un listado pormenorizado de cada uno de los


billetes recibidos y con base en ello suscribieron el acta correspondiente.

Aclara que lo acabado de narrar correspondió a una situación atípica o novedosa, porque nunca antes dentro de un proceso judicial había llegado dinero en moneda extranjera para ser consignado en las cuentas del juzgado. En el caso particular, posteriormente se enteró que parte de esos dólares habían sido vendidos por el doctor Gaitán Gaona a un reconocido personaje de la ciudad de Neiva, quien en ese momento se desempeñaba como superintendente, a cambio de los cuales recibió un cheque que presume fue consignado en la cuenta del Juzgado. Indica, además, que algunos de los billetes en moneda extranjera recibidos, habían resultado falsos, sin que recuerde su destino final.

5.3.- Testimonio de Luis Henry Ramírez Cuéllar.

Este testigo, quien, por la época de los hechos y aun ahora, se desempeña como secretario del Juzgado Único Promiscuo de Familia de La Plata, menciona que en el mes de febrero de 2007 ocurrió el homicidio de los esposos Rivera Llanos y Delia Puyo, y que en ese despacho judicial se iniciaron dos procesos de sucesión que posteriormente se acumularon para adelantarse bajo una misma cuerda procesal.

Aclara que luego de los trámites correspondientes, las partes solicitaron al juzgado que le pidiera a la Fiscalía o al CTI con sede en el municipio de La Plata, dejar a disposición del Despacho y con destino a los procesos en mención, los bienes aprehendidos con ocasión de la diligencia de levantamiento de los cadáveres de

22' 

los causantes, pero, sobre todo, los dineros y valores encontrados para que hicieran parte de la sucesión.

El juzgado accedió a dicha petición y en cumplimiento de la orden impartida, a finales de marzo compareció el señor Jaime Horta quien para la época fungía como director del CTI con sede en La Plata, dejando a disposición del juzgado una relación de cierta cantidad de dólares, moneda nacional y títulos valores, tales como letras de cambio y cheques:

“En esa relación decía x cantidad de billetes de 20 dólares, x cantidad de billetes de un dólar, una relación de una moneda nacional falsa, unos billetes falsos estipulados en moneda nacional y la relación de 105 cheques, 80 letras, eso fue casi al filo del mediodía de ese día, un miércoles; estaba en presencia del señor juez el doctor Hernando Gaitán Gaona, en presencia del doctor Alejandro Lizcano quien fungía como oficial mayor del juzgado, y entonces el doctor Hernando Gaitán Gaona al observar que la relación no especificaba la serie de los dólares, pues profirió unos autos disponiendo la ruptura de la cadena de custodia para verificar exactamente el contenido de lo entregado y profirió otro auto ordenando a la secretaria que se hiciera la relación específica y detallada de lo que se estaba dejando a disposición del Juzgado.

Procedí a ello, letra por letra, cheque por cheque, dólar por dólar, con la respectiva serie, como hasta las tres o cuatro de la tarde más o menos terminé la relación. Recibido eso, pues surgió un temor, digamos respecto de la ubicación de esos dineros para que no quedaran a disposición propiamente o gavetas del despacho o del juzgado como tal, y entonces fue cuando el doctor Hernando, vía telefónica con los Bancos existentes de la época, Banco Agrario, Banco de Bogotá y Banco Cafetero y dos cooperativas Coonfie y Utrahuilca, primero se contactó con el Banco Agrario por ser la entidad donde el juzgado tiene la cuenta de depósitos judiciales, para mirar si podía ahí depositar o hacer la conversión de ese dinero para depositarlo en la cuenta directamente de depósitos judiciales; o en su defecto solicitar la guarda o custodia de esos dineros, con respuesta negativa, ni lo uno ni lo otro, que solamente era el dinero nacional el que se debía consignar y que no tenían servicio de guarda o custodia, y lo mismo aconteció con el resto de entidades.

Llamó también al Banco de la Republica en Neiva y tampoco le dieron, o fue negativa la respuesta en el sentido de que tenían el servicio de custodia o guarda de esos dineros. Puestos en conocimiento de eso, los apoderados que fungían como representantes de quienes estaban reconocidos para ese entonces, solicitaron al señor juez que realizara las acciones pertinentes y tendientes a lograr la conversión de ese dinero extranjero a moneda nacional. Él llamó, con esas respuestas negativas de

las entidades bancarias y cooperativas antes nombradas, llamó a unas empresas de cambio de Neiva y fue así como una entidad de esas, no recuerdo exactamente cuál le dijo que sí, entonces fue cuando en compañía con el doctor Alejandro Lizcano se trasladaron hasta la ciudad de Neiva, un viernes terminando mes de marzo, para lo pertinente, hacer el cambio respectivo, hasta ahí eso es lo que yo me entero que es lo que aconteció en el juzgado, lo demás fue en Neiva donde no estuve presente.

El lunes siguiente, cuando él vino y pues conocí lo acontecido, que algunos dólares de los cuales llevaban habían salido falsos, le devolvieron obviamente esos, le entregaron un cheque por el valor de los que salieron efectivamente buenos, 15 millones alquilo, profirió un auto ese lunes poniendo en conocimiento lo acontecido, ordenando a la secretaria que se librara el respectivo oficio a la entidad bancaria Banco Agrario para hacer la consignación de ese cheque a la cuenta de depósitos judiciales del juzgado y para la orden del haber de la sucesión en mención”

Los lunes, inclusive a hoy, esa entidad bancaria no tiene servicio, por lo cual procedí el martes a hacer el oficio, me dio la orden de llenar un formato, porque antes el movimiento de título era distinto a como es hoy, entonces había que llenar un formato, se firmaba por detrás, se hacía el oficio y se llevaba. El martes siguiente hice el oficio y creo que entre miércoles y jueves se depositó en la cuenta respectiva a nombre del Juzgado y para que obrara dentro de la sucesión de los esposos Rivera Puyo.

Aclara que cuando el señor Jaime Horta se presentó a entregar los bienes, el juzgado ordenó que se rompiera la cadena de custodia y que el testigo hiciera una relación del dinero nacional, la moneda extranjera, las letras de cambio y los cheques recibidos, lo que efectivamente llevó a cabo.

Indica igualmente, que dentro del proceso de sucesión obra un acta de la diligencia de inspección practicada al lugar donde ocurrieron los hechos, en los que se segó la vida de los esposos Juan de la Cruz Rivera y Delia Puyo “y que da cuenta del hallazgo de dos cajas fuertes, su contenido y la consignación que hablan del valor de 21 millones de pesos a la cuenta de depósito judicial del juzgado, dejando constancia que los otros permanecerán en custodia en la Fiscalía porque no hubo ningún heredero que lo reclamara ni ninguna entidad que prestara el servicio de custodia”.

5.4.- Testimonio de Fernando Rivera Embus.

El denunciante en este proceso, manifestó que cuando se enteró de la muerte de su padre Juan de la Cruz Rivera Llanos, quien para la fecha de su fallecimiento no lo había reconocido como hijo, se trasladó a La Plata y le dio poder a un abogado para iniciar el proceso de filiación y petición de herencia que se tramitó en el Juzgado de La Plata, en donde se practicó una prueba de ADN con fundamento en la cual se declaró la paternidad, haciéndose parte dentro del proceso de sucesión intestada.

Menciona que el abogado al que le confirió poder para intervenir en dicha actuación, le informó que el CTI entregó en el juzgado unos dólares que el doctor Gaitán llevó a cambiar a la ciudad de Neiva y allí resultó que 5000 dólares eran falsos.

Aclara, finalmente, que la denuncia penal, génesis de la presente actuación, la elaboró un abogado quien se la presentó para la firma.

5.5.- Testimonio de Hernando Gaitán Gaona.

El acusado en este caso, de manera libre, voluntaria y debidamente asistido por su defensor, manifestó su voluntad de renunciar al derecho de guardar silencio y no autoincriminarse, y decidió declarar como testigo en el proceso seguido en su contra.

Manifestó que, en su condición de Juez Único Promiscuo de Familia de La Plata, Huila, le correspondió conocer del proceso de sucesión intestada tras la muerte violenta de los esposos Juan de la Cruz Rivera y Delia Puyo Rodríguez.

Denota que como se trataba de un proceso de mayor cuantía, la primera demanda la presentó el abogado de los herederos de la señora Puyo Rodríguez, quien solicitó unas medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes muebles e inmuebles, entre ellos unos títulos valores, tales como cheques, letras de cambio, dólares y pesos colombianos hallados en la diligencia de inspección a los cadáveres de estas dos personas.

Posteriormente, dice, se presentó otra demanda por un abogado que representaba los intereses de un hermano de Juan de la Cruz Rivera, la cual, al igual que la anterior, también fue admitida. A petición de este profesional del derecho, por parte del juzgado se dispuso la acumulación de los dos procesos tras verificar que cumplían los requisitos legales para el efecto.

Menciona que, como en las demandas se solicitó la adopción de medidas cautelares sobre bienes, una vez registrado el embargo de los inmuebles se practicó diligencia de secuestro de un vehículo automotor, y para poder hacer efectiva la medida sobre los títulos valores y el dinero tanto en pesos colombianos como en moneda extranjera, se comunicó la decisión a la Fiscalía 23 de La Plata, Huila, autoridad que tenía la custodia de dichos bienes.

Recuerda que la Fiscalía respondió mediante oficio informando haberle ordenado al CTI que pusiera a disposición del juzgado los títulos valores y dineros en moneda extranjera, pues en lo que respecta a la moneda en pesos colombianos, como la misma había sido consignada en el Banco Agrario a nombre de la

[Handwritten signature]
[Handwritten number 227]

Fiscalía, entonces la Fiscalía transfirió el título judicial a nombre del Juzgado de Familia de La Plata.

Señala que como a los ocho días siguientes, el director del CTI de La Plata llegó a las oficinas del Juzgado Promiscuo de Familia con los títulos valores, los dólares y unos pesos colombianos al parecer falsos, así como un oficio sin número en donde se relacionaban detalladamente todos los cheques y las letras de cambio, causándole curiosidad que los dólares no venían relacionados con su número de serie, al contrario de lo sucedido con cada uno de los cheques.

Aclara que como estos bienes venían embalados en bolsa plástica con el rótulo de la fiscalía, y se necesitaba establecer su contenido, el Despacho dispuso la ruptura de la cadena de custodia *“y para verificar qué es lo que viene, entonces como no vienen relacionados los dólares sino solamente como en tres renglones en un formato de la Fiscalía y dice tantos billetes de 100, tantos de 50 en dólares. Entonces yo le ordeno al secretario que elabore una relación de los dólares y de una vez de las letras y cheques una relación más completa para tenerlo yo, saber qué es lo que tenía”*.

Precisa que ese día adoptó varias determinaciones dentro del proceso, entre ellas la de entregarle al secuestre los títulos valores, cheques y letras recibidos, con excepción del dinero, porque en relación con este tipo de bienes para eso están los bancos, y en la rama judicial es bien sabido que los dineros se depositan en una cuenta en el Banco Agrario que se llama de depósitos judiciales, razón por la cual el dinero no se le entrega al secuestre.

H
225

Sostiene que, al otro día, junto con el oficial mayor del despacho, fueron al Banco Agrario a averiguar si allí podía depositar los dólares en cajillas de seguridad, ya que sabía que no se los iban a recibir en depósito, pues es hecho notorio que los juzgados no manejan cuentas en moneda extranjera sino en pesos colombianos, y que toda la normatividad citada por la fiscalía en la acusación se refiere es a moneda colombiana y no extranjera, obteniendo respuesta negativa.

Refiere que, al no poder depositar dichos recursos en el Banco Agrario, se comunicó telefónicamente con el Banco de la República de Neiva, enterándose que allí dicha entidad ya no funciona como Banco, sino como una especie de asociación cultural, una biblioteca pública que cuenta con el servicio gratuito de internet y un salón de conferencias.

Indica que como el abogado de los sucesores de Delia Puyo se entera que en ningún banco reciben los dólares, presenta un memorial coadyuvado por los tres herederos autorizando al Juzgado que procediera a cambiar los dólares por pesos colombianos, para poder consignar dichos recursos en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario a nombre del Juzgado.

Con esta autorización, dice haber expedido los autos y el oficio respectivos, después de lo cual, junto con el oficial mayor Alejandro Lizcano, se trasladan a la ciudad de Neiva con el propósito de cambiar los dólares en una casa de cambios con la que previamente se había comunicado telefónicamente, pero allí se le dijo que no se podía hacer la transacción dado que solamente podían comprar 5000 dólares diarios, y lo que pretendía negociar

[Handwritten signature]
[Handwritten number 229]

era una cantidad superior, razón por la cual se fue hasta su casa en donde guardó dichos recursos.

Refiere que momentos más tarde se encontró con una compañera del Juzgado Segundo de Familia de Neiva, a quien enteró de la situación que se le estaba presentando y ella se ofreció a comprarle dichos dólares, dado que junto con su marido tenían programado viajar a la ciudad de Nueva York. Por este motivo, esa noche la referida dama y su marido fueron a su casa, y allí les mostró la moneda extranjera ofrecida en venta, pero como este señor observó que algunos de los billetes aparecían como nuevos, acordaron que volverían al otro día con un empleado de una empresa de remesas de dinero, quien revisó las divisas y encontró que 100 billetes de 50 dólares eran falsos.

Indica que con el dinero restante hizo la transacción con el comprador de los dólares al valor aproximado del cambio oficial en ese momento, por una suma cercana a los quince millones de pesos, elaborando un acta de la negociación que acababa de realizar y por la cual recibió un cheque a nombre del juzgado. El lunes siguiente regresó a La Plata.

Una vez en el Juzgado, dice haber dispuesto que el cheque recibido a cambio de los dólares dados en venta, se consignara en el Banco Agrario a nombre del Juzgado, a lo cual se procedió a los dos o tres días siguientes porque en La Plata dicha entidad no presta servicio los lunes.

Aclara que negaba las peticiones que el señor Fernando Embus presentaba al Juzgado, toda vez que sólo vino a ser reconocido como heredero el 9 de febrero de 2010, y al parecer su

[Handwritten signature]
[Handwritten number 230]

abogado tenía el criterio que por el sólo hecho de haber presentado demanda de investigación de paternidad en favor de su cliente, le confería el derecho a intervenir en el proceso de sucesión, lo cual es equivocado.

Culmina manifestando que este ha sido el origen del proceso que se inició en contra suya, en el cual dice haber actuado acorde con la ley de procedimiento de la época, dado que al ordenar el cambio de los dólares recibidos no obró por iniciativa propia sino a petición de los herederos reconocidos hasta ese momento, pues la ley no le indica la manera de proceder cuando se trate de divisas extranjeras que se ponen a disposición del juzgado. Dice que incluso el propio director del CTI en el acta de inspección al cadáver dejó constancia sobre la imposibilidad de depositar los dineros, dado que ninguna entidad bancaria se los recibió.

Al ser interrogado por el tiempo transcurrido desde el momento en que en su despacho se reciben los recursos hasta cuando procede a su consignación el Banco Agrario, menciona *“Si eso se recibe el miércoles, el viernes me voy para Neiva y el lunes regreso con el cheque y el martes, miércoles a la semana siguiente se están consignando, o sea fueron desde que recibo un día hábil miércoles tres días hábiles y lunes martes miércoles tres días se consigna miércoles en la cuenta de depósitos judiciales, obviamente se consigna el cheque en pesos colombianos no dólares”*.

Aclara que cada uno de los números y serie de los billetes de 100 dólares enviados a la Fiscalía el 18 de octubre de 2007 por presuntamente resultar falsos, coinciden con los incluidos en el acta levantada por el secretario el 28 de marzo de 2007 cuando los recibió al director del CTI.

[Handwritten signature]
231

**5.6.- Oficio DTE08346 de 11 de abril de 2014,
procedente del Banco de La República.**

En el citado documento, el Director del Departamento de Tesorería del Banco de la República, con sede en Bogotá, informa al Investigador Criminalístico del CTI Franklin Edinson Dussán Cabrera, lo siguiente:

El Banco de la República prestó sus servicios de Tesorería incluida la constitución de depósitos en custodia hasta el año 2005 en la ciudad de Neiva.

Adicionalmente, una vez consultada nuestra Base de Datos encontramos que los depósitos en custodia recibidos en el periodo durante el cual el Banco de la República prestó este servicio en la ciudad de Neiva se encuentran debidamente canceladas y no hay evidencia de traslados realizados a otras oficinas del Banco de la República.

Finalmente, en caso de requerir información adicional o detallada de un depósito en custodia en específico es necesario que nos suministren el número del título, el nombre del beneficiario o la fecha de constitución de la custodia.

6.- Alegatos finales.

A la culminación del juicio oral se presentaron las siguientes intervenciones:

6.1.- Fiscalía.

El Fiscal Cuarto Delegado ante la Corte Suprema, solicitó sentencia de condena en contra del Doctor HERNANDO GAITÁN GAONA por el delito objeto de acusación, porque, a su juicio, demostró más allá de toda duda, su responsabilidad penal en el mismo, así:

Después de aludir a que con la estipulación número 1 se demostró la plena identidad, individualización y arraigo del

[Handwritten signature]
232

acusado, recuerda que la fiscalía imputó y acusó al doctor Hernando Gaitán Gaona porque en el ejercicio de sus funciones y en su calidad de Juez Único de Familia del municipio de La Plata, conoció y tramitó el proceso de sucesión intestada acumulada del señor Juan Rivera Llanos y de la señora Delia Puyo, y del proceso de filiación y petición de herencia promovido por Fernando Embus, y que en virtud del desarrollo de este proceso acumulado, el doctor Hernando Gaitán omitió darle cumplimiento a varias disposiciones legales y reglamentarias, en relación con la constitución de un depósito judicial sobre unos bienes establecidos en moneda extranjera, específicamente por la suma de 12.587 dólares americanos.

Advierte que con la estipulación número 2 y con los testimonios de los empleados del Juzgado Único Promiscuo de Familia de La Plata, Luis Henry Ramírez y Alejandro Lizcano, se demostró la calidad de servidor público del acusado, es decir, que el doctor Hernando Gaitán Gaona fungió como Juez del referido despacho judicial en el municipio de La Plata, Huila.

Manifiesta así mismo, que con la estipulación número 3 y los testimonios de Fernando Embus, Luis Henry Ramírez y del acusado, la fiscalía demostró que el doctor Hernando Gaitán Gaona, en su condición de Juez Único Promiscuo de Familia del Municipio de La Plata, conoció y tramitó los dos procesos acumulados que aluden a la sucesión intestada del señor Juan Rivera Llanos y la señora Delia Puyo, y del proceso de filiación y petición de herencia promovido por el señor Fernando Embus.

233

Igualmente, con la estipulación número 4 y con el testimonio de Alejandro Lizcano Córdoba, que durante el curso del proceso de sucesión intestada acumulada, el doctor Hernando Gaitán Gaona en su condición de Juez Único de Familia de la Plata, Huila, solicitó a la Fiscalía 23 Seccional del Municipio de La Plata, mediante el auto de sustanciación 0492 de 22 de marzo de 2007, que dejara a disposición del juzgado los dineros en moneda extranjera decomisados, los cuales fueron entregados mediante oficio sin número de 28 de marzo de 2007, al despacho judicial en la cantidad de 12587 dólares americanos por parte del coordinador de la Unidad Local del CTI de la Plata.

Menciona que con la estipulación número 5 y con los testimonios de Franklin Edison Desdán, Fernando Embus, Alejandro Lizcano Córdoba y Luis Henry Ramírez Cuéllar, la Fiscalía demostró en el devenir de este juicio oral, que la transacción cambiaria que llevó a cabo el doctor Hernando Gaitán Gaona en su calidad de Juez Promiscuo de Familia del municipio de La Plata, fue realizada con ciertas particularidades en la ciudad de Neiva, luego de lo cual se descubrió que ese cambio que él iba a realizar de los dólares americanos, 50 billetes de denominación de 100 dólares, supuestamente eran falsos. Además, que, como producto de esta operación cambiaria, recibió la suma de \$15.553.350.00, los cuales fueron consignados en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario por orden del titular del juzgado, es decir, el doctor Hernando Gaitán Gaona.

Sostiene que con la estipulación número 7 se demostró que al realizar esta conducta consistente en tomar las divisas

[Handwritten signature]
[Handwritten number 231]

y desplazarse hasta la ciudad de Neiva para efectuar el cambio de los dólares americanos a pesos colombianos, el doctor Hernando Gaitán Gaona, en su calidad de funcionario judicial, omitió darle cumplimiento al artículo 1° del Decreto 1798 de 1963, reglamentario a la Ley 2ª de 1963.

Igualmente omitió darle cumplimiento al acuerdo 1676 de diciembre 18 de 2002, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, según el cual, todo despacho judicial debe tener una cuenta en el Banco Agrario para el manejo adecuado de depósitos judiciales constituidos a sus órdenes.

Reitera que en la estipulación número siete resulta concordante donde dice que se da como un hecho cierto y probado, luego no será objeto de controversia, la expedición de las leyes, acuerdos, resoluciones y circulares que reglamentan el manejo de depósitos judiciales, haciendo referencia a la ley 16 de 1993, al Acuerdo 1676 del 2002, al Acuerdo 1857 del 2003, al Acuerdo 2621 del 2004, a la circular 036 del 25 de abril del año 2007, a la circular 077 del 25 de septiembre de 2007, al Acuerdo PSAA09-5459 del 2009 y a la circular número PSAC06-81 de 11 de octubre de 2006, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Sostiene que con la estipulación número 7, también se demostró que el doctor Hernando Gaitán Gaona omitió dar cumplimiento a los Acuerdos acabados de mencionar, y que con esa conducta enmarcó su actuar en el tipo penal por el cual se le acusó, en virtud a que omitió darle a las divisas un manejo conforme a las normas legales y reglamentarias, de modo que

Handwritten signature and number 25.

pretermitió el cumplimiento de estas funciones, con lo que, a su criterio, se cumple la exigencia relacionada con la tipicidad objetiva del tipo penal de prevaricato por omisión.

Considera que con el testimonio de Fernando Embus y con las estipulaciones probatorias, se demostró, más allá de toda duda razonable, que el doctor Gaitán Gaona al omitir el cumplimiento de la observancia de sus funciones, deberes y obligaciones, afectó, tanto formal como materialmente la buena marcha de la administración de justicia, así como el buen desarrollo, procedimiento y necesidad de que los servidores públicos ajusten sus comportamientos al estándar de manejo de dinero que hace parte de los procesos judiciales, vulnerando de esta manera la confianza de los usuarios en la adecuada administración de los bienes, de los cuales depende la satisfacción de las pretensiones durante el curso de estas actuaciones dentro de un proceso judicial.

Igualmente, dice, con el testimonio del señor Fernando Embus, se demostraron y revelaron tanto el interés que le asistía como sujeto procesal dentro del trámite del proceso de filiación y petición de herencia, como las razones que lo motivaron a presentar la denuncia penal, en este caso al advertir la realización de una conducta que afectaba sus intereses económicos.

Así mismo, estima que con este testimonio se demostró cómo se afectó la confianza depositada en la administración de justicia, frente al manejo que debió habersele dado a los bienes que representaban sus intereses patrimoniales dentro de estas actuaciones.

Handwritten signature and the number 236.

Considera que con las estipulaciones identificadas con los números 3 y 6, e igualmente con los testimonios de Fernando Embus y Luis Enrique Ramírez, se demostró que el doctor Hernando Gaitán Gaona actuó y se determinó de acuerdo a su comprensión, pues se arrojó para sí la custodia de los 12.587 dólares americanos, y una vez los tuvo en su poder, él mismo se autodeterminó y, en consecuencia, decidió trasladarse fuera de su sede judicial, con la finalidad de cambiarlos.

Estima que estos hechos confirman los atributos y particularidades del comportamiento del acusado, consistentes en la voluntad y en el conocimiento de realizar el hecho y de la comprensión de su antijuridicidad, toda vez que el doctor Gaitán Gaona, luego de cambiar los dólares americanos a pesos colombianos, sí ordenó la constitución del respectivo título judicial; es decir, en consideración de la fiscalía, se probó que el acusado sí tenía el querer y el saber del hecho que se estaba consumando.

Tanto es así, considera el Fiscal, que aduciendo tener motivos fundados para no conservar dinero en el despacho después de recibir los dólares, en menos de una semana llevó a cabo el procedimiento que condujo a cambiarlos por moneda nacional, no hizo lo propio con los 5000 dólares en billetes de 100 presuntamente falsos, pues decide guardarlos hasta el mes de octubre cuando los entrega al CTI sin haber constituido tampoco el depósito.

Afirma que con los testimonios de Luis Henry Ramírez Cuéllar y Alejandro Lizcano Córdoba, empleados del Juzgado Único Promiscuo de Familia del Circuito de La Plata, Huila, se

[Handwritten signature]
23

declara probada, no solo la tipicidad objetiva del comportamiento, sino el aspecto volitivo que demandan las normas de procedimiento para condenar.

Así mismo, considera imprescindible resaltar que con los diferentes testimonios y estipulaciones presentadas e incorporadas en el desarrollo del juicio oral, se probó, más allá de toda duda razonable, que en este caso no surge una situación de no exigibilidad de otro comportamiento, debido a que el procesado incumplió el deber de ajustarse a procedimientos claros, previamente establecidos, ciertos, indubitados, inteligibles a su condición de servidor público, de tal manera que, desde su punto de vista, resulta posible inferir el dolo a título de autor de la conducta atribuida. Sostiene que el acusado es una persona con muchos años de experiencia como servidor público y que cuenta con 5 especializaciones, entre las cuales se hallan las de derecho administrativo y derecho penal.

Estima que se trata entonces del comportamiento de un servidor público que conocía lo que estaba haciendo, y que sabe cuándo se están realizando actos omisivos o cuándo son actos que no son permitidos, y aquí obviamente eran reconocidos. Considera, entonces, que cuando se invoca el principio de eficacia y eficiencia para hacer unas cosas, pero ese mismo principio no se aduce para otras, pues a su modo de ver hay un acto irregular.

Sostiene, finalmente, que de conformidad con los diferentes elementos materiales probatorios y pruebas testimoniales que se debatieron en el curso del juicio oral, que

[Handwritten signature]
230

la fiscalía demostró que al doctor Hernando Gaitán Gaona no se le exigió una aparente, disimulada o encomiable diligencia, yendo y viniendo de Neiva con una cantidad considerable de dinero, exponiéndose a que durante este tránsito pusiera en riesgo la naturaleza de los bienes, sino que, al contrario, lo que se le exigía era precisamente lo que no hizo, lo que omitió, es decir, que se abstuviera de ejecutar conductas que afectaran esa confianza depositada, la cual no era para ser custodio, guardián o transportador de divisas, sino todo lo contrario, la confianza estaba depositada para que ejerciera y actuara como funcionario judicial, con capacidad para adoptar decisiones dentro de las actuaciones puestas a su conocimiento, porque la ejecución de las tareas de cambios de divisas estaban reservadas a otros entes, y no propiamente al titular del Juzgado Único Promiscuo de Familia del municipio de La Plata, en el departamento del Huila.

La fiscalía delegada considera, entonces, haber cumplido con la carga probatoria frente al hecho y a la conducta punible por la cual se formuló acusación, porque en su criterio se probó más allá de toda duda, no solo la existencia de la conducta punible, sino la responsabilidad de Hernando Gaitán Gaona. Por ello, conforme lo previsto por el artículo 448 de la ley 906 del año 2004, solicita proferir sentencia condenatoria en su contra como autor responsable del delito de prevaricato por omisión, tipificado en el artículo 414 del Código Penal.

**6.2.- Apoderado de la Dirección Ejecutiva de
Administración Judicial**

[Handwritten signature]
[Handwritten initials]

Comienza por indicar que desde su punto de vista y conforme las previsiones del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, la fiscalía cumplió con el deber de demostrar su teoría del caso, llevar al convencimiento más allá de toda duda razonable, sobre la responsabilidad del señor Hernando Gaitán Gaona por el delito de prevaricato por omisión.

Precisa que, de acuerdo con las pruebas practicadas en el juicio, es posible tener el conocimiento que el acusado Hernando Gaitán Gaona infringió sus deberes como servidor público, esto en su rol de juez, y fue autor del delito de prevaricato por omisión, por cuya conducta solicita a la Sala proferir sentencia condenatoria, pues se demostró el cumplimiento de los elementos objetivos y subjetivos de este tipo penal.

Considera que de las pruebas practicadas se concluye que el señor Gaitán tuvo pleno dominio de sus actos, conocía y era consciente que con su conducta omisiva desarrolló los elementos del tipo penal en mención, es decir, que omitió un acto propio de sus funciones como juez de la República.

Básicamente se demostró por parte del ente acusador que el procesado realizó su conducta en calidad de autor y que para el año 2007 en un trámite judicial de su conocimiento, el señor Hernando Gaitán Gaona desconoció el deber funcional que la ley le imponía, como era realizar las conductas propias en el manejo de los depósitos judiciales del despacho a su cargo.

[Handwritten signature]
240

Sostiene que los hechos jurídicamente relevantes a que alude la acusación presentada por la fiscalía, se adecuan al tipo penal de prevaricato por omisión descrito en el artículo 414 del Código Penal, y los cuales fueron debidamente acreditados con las pruebas de cargo practicadas en el juicio oral.

Menciona que como se trata de una conducta de sujeto activo calificado, es decir, de un delito que solamente puede ser cometido por un servidor público en ejercicio de sus funciones, en este caso, tal situación quedó plenamente demostrada en el juicio, pues inclusive se estipuló la condición de servidor público o de juez que ostentaba el señor Hernando Gaitán Gaona para la época de los hechos, corroborado, además, entre otros, con los testimonios del señor Embus y los funcionarios que trabajaron con él durante su desempeño como Juez.

Considera que la conducta descrita en el tipo penal es de verbo rector compuesto alternativo, pero que basta con que se ejecute uno de ellos para que se cometa la conducta punible. Tal como se describe en la acusación, al Dr. Gaitán Gaona se le reprocha el haber omitido un acto propio de sus funciones. Dicha conducta omisiva consistió en no ordenar el depósito del dinero en las entidades descritas en el decreto 1798 del año 63 que regulaba la ley 2ª del mismo año, con el objeto de constituir el respectivo título.

Afirma que además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el tipo penal por el cual se le acusó es de los denominados tipos penales en blanco, que, para su correcta adecuación a un caso concreto, debe determinarse la norma extrapenal que ordene o prohíba determinada situación al servidor público,

Handwritten signature
2011

conforme en tal sentido ha sido precisado por la jurisprudencia. En este caso, la norma incluida en el Decreto 1798 de 1963, es preexistente al acto que omitió el acusado, y establece que las cantidades de dinero que, de conformidad con las disposiciones legales, deban consignarse por cuenta de los despachos de los funcionarios de la rama jurisdiccional del poder público o de las autoridades de policía, con motivo de los juicios o diligencias que en ellos se adelanten, se depositarán, cualquiera, sea su cuantía, en el Banco Popular, y agrega que si en la respectiva localidad no funcionare una agencia o sucursal, tales consignaciones se deberán realizar respetando el siguiente orden de prelación: en el Banco de la República, Caja de Crédito Agrario, Caja Colombiana de Ahorros, Banco Central Hipotecario, bancos comerciales, Administración de Impuestos Nacionales, recaudos de impuestos nacionales y, tesorería municipal.

Precisa, además, que el delito de prevaricato por omisión es de los denominados de omisión propia y, conforme a la doctrina especializada, contienen tres características que fundamentan su estructura.

En primer lugar, la situación típica, entendida como la constituida por los elementos especiales previstos en el tipo penal y que para este caso concreto la fiscalía demostró con suficiencia, pues se probó la condición de servidor público del procesado, así como la omisión en que incurrió, desconociendo lo establecido en la norma extrapenal que le obligaba a realizar un acto particular.

Handwritten signature and number 242

En segundo lugar, la no realización de la acción esperada, la cual se demostró contrariando lo establecido en el decreto 1798, pues no hizo el respectivo depósito; y, por el contrario, de una forma bastante particular, el doctor Gaitán Gaona realizó transacciones o negocios con un particular para hacer el cambio monetario. Situación acreditada en el presente juicio oral, así como en el trámite del proceso adelantado en la jurisdicción civil.

Fueron hechos descritos y corroborados con el testimonio de Alejandro Lizcano Córdoba y de Luis Henry Ramírez, practicados el 7 de junio de 2019, pues de forma directa conocieron y describieron como uno de ellos acompañó al señor Gaitán Gaona a realizar dicho negocio cambiario en la ciudad de Neiva.

El tercer elemento que estructura esta clase de delitos de omisión propia, dice, es el consistente en la capacidad individual de acción, situación perfectamente acreditada en el presente caso, pues tal como se manifestó en precedencia, el decreto 1798 consagra no solamente una, sino varias posibilidades para cumplir con la obligación de constituir el respectivo título judicial, no limita una sola institución sino que en este caso, la administración, previendo precisamente que en determinados lugares se dificulte acudir a la institución Banco Popular o a quien hiciera sus veces, faculta al funcionario acudir a otras instituciones para precisamente cumplir con la obligación del depósito.

Estima pertinente además destacar, que el prevaricato por omisión es un delito de mera conducta, por lo que basta

H
2013

con la infracción del deber, el desconocimiento del ordenamiento jurídico, para que se entienda estructurado al delito de prevaricato por omisión.

Entonces, bajo el caso objeto de estudio, resulta irrelevante esa consecuencia en el mundo exterior; la omisión del acusado en el trámite civil, de su conocimiento, o inclusive si por el contrario no la hubo. Lo relevante es el reproche jurídico penal consistente en no haber cumplido con las funciones que la ley le ordenaba, debido a su investidura de Juez de la República.

Aduce, en cuanto al elemento subjetivo del tipo penal, que se trata de un delito de modalidad dolosa, apoyado en el ya referido pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 13 de agosto del año 2014, bajo el radicado 41600.

Señala, además, ser suficientemente conocido que en los procesos penales existe una dificultad para que haya prueba directa del dolo, pues se trata de un elemento subjetivo propio del actor, y de su aspecto interno. Sin embargo, dice, no por ello se imposibilita probar, pues tal como ha manifestado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, *“la prueba del dolo como categoría jurídica que califica objetivamente un fenómeno eminentemente interno, la voluntad de cometer una conducta contraria a derecho, con pleno conocimiento de su carácter delictivo, difícilmente encuentra acreditación a través de medio de prueba directos, por manera que no en pocas oportunidades debe sustentarse en la valoración de los actos externos a través de los cuales esa voluntad y ese querer de trasgredir la norma se materializan y que permiten a la luz de los postulados de la sana crítica, arribar a la certeza racional sobre un asunto*

Handwritten marks and signatures in the top right corner, including a signature and the number 244.

que de otra manera permanecería en su fuero íntimo”, esto conforme a decisión del 30 de mayo del año 2018, bajo el radicado 50950.

Estima que, conforme a los hechos jurídicamente relevantes, fue demostrada una serie de situaciones que permiten llegar a un conocimiento sobre la conformación del dolo. Para cualquier observador objetivo resulta por lo menos particularmente asombroso y hasta llamativo que un funcionario con la investidura de Juez en un proceso de su conocimiento y previo al decreto de una medida cautelar, deba constituir el respectivo título judicial sobre un bien como lo es el dinero, no acuda a las instituciones o entidades que la ley le ordena para hacer ese trámite, sino que salga de su despacho, se aleje del municipio o circuito y realice los negocios con un particular para hacer un cambio de moneda o de divisas, y que además dicho particular sin identificación o título alguno se pronuncie sobre la autenticidad de billetes extranjeros.

Señala que no puede decirse, entonces, que se omitió acudir a las entidades habilitadas con el decreto ya mencionado porque las partes se lo ordenaron, o solicitaron que realizara el tan cuestionado cambio. Sería casi decir que las partes le solicitaron prevaricar u omitir sus funciones. Recuerda que se trata de un servidor público investido con la facultad de administrar justicia y en esa condición de juez es el director del proceso y su actuar debe ir conforme al principio de legalidad consagrado en la Constitución.

A su modo de ver tampoco debe dejarse de lado, que la Corte Suprema de Justicia ha señalado una serie de criterios para el análisis del dolo en el delito de prevaricato, así por

Handwritten marks: a signature and the number 245.

ejemplo ha destacado que no importa que el acto esté fundado en un ánimo altruista, tal como se dijo en sentencia del 22 de septiembre de año 2004, bajo el radicado 22657, sino que implica que el funcionario hace prevalecer su voluntad sobre la ley, tal como se manifestó también en decisión de esta misma corporación del 15 de septiembre del año 2004, bajo el radicado 22549; de lo cual se colige, que no porque las partes le hubieran solicitado determinada actuación, debía hacerlo desconociendo los mandatos legales que regulaban dicha situación.

Afirma que conforme a la antijuricidad de la conducta omisiva del señor Gaitán Gaona, debe decirse que con su comportamiento omisivo lesionó el bien jurídico de la administración pública. Precisa, además, que el acusado actuó sin mediar causal de justificación alguna, por el contrario, la ley le otorgaba más de una opción para cumplir con el fin exigido en esa norma. Tampoco se encuentra causal que excluye el elemento de la culpabilidad, pues la determinación del doctor Gaitán Gaona para omitir sus funciones fue libre, razón por la cual su conducta omisiva se desarrolló con base en esos elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de prevaricato por omisión.

Con base en estas consideraciones esa representación de víctimas solicita a la Corte proferir decisión de carácter condenatorio en contra del aquí acusado.

6.3.- Procuradora Delegada

Handwritten signature and number 246.

La agente del Ministerio Público considera que la conducta atribuida al acusado no resulta susceptible de reproche, pues fue desplegada a solicitud de los herederos en el proceso de sucesión a su cargo, y cuando aún no había sido reconocido Rivera Embus como tal, que dispuso el cambio de los dólares por moneda colombiana, pues ninguna entidad bancaria de la localidad prestaba ese servicio, lo cual configura la causal de ausencia de responsabilidad por fuerza mayor de que trata el art. 32.1 de la Ley 599 de 2000.

Después de aludir a los hechos de que se ocupó la acusación y el juicio, en lo que denomina "*consideraciones de fondo*", manifiesta que es la propia fiscalía quien aporta los elementos materiales probatorios demostrativos de que la conducta atribuida al doctor Hernando Gaitán Gaona, no resulta susceptible de reproche penal, pues si bien es cierto que en el escrito de acusación se plasma como núcleo de la imputación el hecho de que el procesado omitió lo dispuesto por el decreto 1798 de 1963, reglamentario de la Ley 2ª de ese año, la misma fiscalía se encarga de situar la conducta del doctor Gaitán Gaona por fuera del alcance del derecho penal.

Esto si se tiene en cuenta, en criterio del Ministerio Público, que dentro del catálogo de las evidencias o elementos materiales probatorios de naturaleza documental relacionados o descubiertos por el ente acusador durante la audiencia de formulación de acusación celebrada el 11 de noviembre de 2015, exactamente a partir del numeral 18 hasta el 22 inclusive del documento contentivo de la mencionada diligencia, se hace mención de los oficios 398 de 4 de diciembre de 2012, 781621 de 6 de diciembre de 2013, 8812 de 28 de

[Handwritten signature]
[Handwritten number 2007]

diciembre de 2012, 6007199 de 12 de diciembre de 2012, y 4552 de 4 de diciembre, sin indicación del año, a través de los cuales, en su orden, el Banco de Bogotá, el Banco Davivienda, el Banco Agrario, la Cooperativa Utrahuilca y la Cooperativa Coonfié, todos con sede en el municipio de La Plata, informan en idéntico sentido que para el mes de marzo de 2007 ninguno de ellos prestaba servicio de custodia de moneda extranjera.

Resalta, de igual manera, que no fue idea del doctor Gaona, como contrariamente se aseguró, cambiar la moneda extranjera por pesos colombianos, sino que ello obedeció a la solicitud de los herederos reconocidos hasta ese momento en el proceso, pues el señor Embus no se encontraba reconocido, por consiguiente, no podía actuar dentro del proceso.

Considera que en el juicio también se demostró, que el doctor Hernando Gaitán Gaona, procedió de manera diligente ordenando la realización de la respectiva acta de recibo de los dineros, que se abriera el sobre en que venían embalados y que se hiciera un listado con cada uno de los seriales de los billetes, lo cual demuestra transparencia y claridad.

En cuanto a los 50 billetes de 100 dólares cada uno y que aparentemente resultaron falsos, cuestionándosele que desde el mes de marzo hasta octubre no los hubiera remitido a la Fiscalía, es una conducta que también resulta entendible para el Ministerio Público, dado que el juez ya no tenía la preocupación de no poder guardar el dinero por carecer de caja fuerte o de medidas de seguridad para responder por ellos, máxime si hasta el momento ninguno de los intervinientes ha

H. Gaona
21/03

dicho en cuál banco del municipio de La Plata, el juez ha debido proceder a consignarlo.

Estima entonces, que si la conducta presuntamente constitutiva de delito de prevaricato por omisión atribuida por el ente acusador al doctor Hernando Gaitán Gaona, se hace consistir en el hecho de no haber depositado los 12587 dólares en alguna de las entidades bancarias señaladas en el Decreto 1798 de 1963, ello no obedeció a un acto negligente u omisivo imputable al procesado, sino a la concurrencia de un evento de fuerza mayor, circunstancia ésta que consecuentemente coloca la conducta del acusado al amparo de la causal de ausencia de responsabilidad prevista en el numeral primero del artículo 32 de la ley 599 de 2000, cuyo texto en lo pertinente señala que no habrá lugar a responsabilidad penal en los eventos de caso fortuito o fuerza mayor.

El Ministerio Público considera que se configura la referida causal, toda vez que en La Plata no existía un lugar en el que tuviera la posibilidad de haber consignado el dinero y que por ende resulta arbitrario que no lo hubiese hecho.

Agrega, de otra parte, que la actuación del acusado fue propiciada por los herederos reconocidos hasta ese momento, por lo tanto, mal podría deducírsele responsabilidad penal, dado que no le era exigible un comportamiento distinto al que asumió, conforme ha sido reconocido por la jurisprudencia.

Como epílogo de los razonamientos anteriores, la representante del Ministerio Público le solicita a la Corte proferir sentencia absolutoria en favor del procesado, doctor

H
2019

Hernando Gaitán Gaona, en razón de encontrarse amparada su conducta por la causal de ausencia de responsabilidad penal atinente a la existencia de un evento de fuerza mayor.

6.5.- Defensa

El profesional del derecho que defiende los intereses del acusado, manifiesta que se aparta de las consideraciones de la Fiscalía, así como de las expresadas por el apoderado de la Rama Judicial, en tanto que respalda la petición de la agente del Ministerio Público.

Sostiene que el fiscal escoge un hecho principal para hacer la acusación y menciona de manera muy genérica hechos secundarios que, por el transcurso del tiempo, por el tema, los va relatando en su escrito de acusación, respecto de los cuales no hace derivar consecuencias jurídicas.

De esta suerte, dice, no son los hechos estipulados ni los referidos a unos autos por los cuales el fiscal convoca al juicio. El hecho relevante no es que hayan resultado unos dólares falsos, tampoco que después se haya demorado 6 meses en enviar unos dólares presuntamente falsos a la Fiscalía.

Menciona que el hecho principal jurídicamente relevante incluido en la acusación, es no haber ordenado depositar los dineros que llegaron al juzgado, pero la Fiscalía omite considerar qué hizo el juez cuando le llegan esos dólares a su despacho, como lo dijeron los testigos de los hechos y el testigo de acreditación; el Juez lo que hizo fue llamar, ir a los bancos y averiguar si recibían

[Handwritten signature]
230

unos dólares que habían llegado para depositarlos en la cuenta del Juzgado Promiscuo de Familia, obteniendo respuesta negativa.

Recuerda que lo hecho por el Juez fue llamar al Banco de la República de la Plata, donde tampoco le recibían dicho dinero, porque desde al año 2005 no se prestaba ese servicio.

Afirma que los dos abogados que representaban a las partes en ese proceso de sucesión, le solicitaron al juez que procediera a cambiar los dólares por moneda nacional para que le pudieran recibir el depósito en el Banco, por lo cual el juez se desplaza a Neiva con el propósito de hacer el cambio. No dijo el Fiscal que hicieron lo propio tanto la Fiscalía como el CTI cuando decomisaron esos valores, cuando se produjo el homicidio y encontraron esos dólares, también fueron a Neiva a depositarlos, porque en La Plata, tampoco al CTI ni a la Fiscalía se los recibieron.

Refiere que la fiscalía puso de presente que esos dineros cuando fueron incautados los guardaron en una caja fuerte, porque recientemente había comenzado a operar el sistema acusatorio en esa región del país, no se contaba con bodegas para custodiar evidencias, y a pesar de eso los investigadores llevaron el dinero a Neiva y los depositaron en una caja fuerte que tenía en ese momento el CTI, por eso estima que hay una historia que contar respecto del trámite que se le dio a esos dineros.

Sostiene que al juez tampoco le recibieron los dineros en moneda extranjera. No fue iniciativa del juez el pedirle a la Fiscalía que le entregaran los dólares, fue petición de las partes

H
25/

reconocidas en el proceso, quienes le solicitaron al juez de familia que los pidiera, lo cual fue atendido por el funcionario, sin que en su actuar se observe algo indebido.

Señala que la Fiscalía no ordena entregar los dineros en moneda nacional que fueron incautados, porque los mismos ya habían sido consignados en el banco, por eso simplemente hace la transferencia interbancaria al Juzgado de Familia. Pero como los dólares no fueron recibidos en el banco, pues la fiscalía los entrega en un paquete ya que para el proceso sucesoral no existe cadena de custodia, de donde surge el temor para el juez de que esos dineros fueran objeto de hurto, porque en el juzgado no tenían ninguna seguridad.

Estima que no es adecuado subestimar la actuación del juez porque no depositó los dineros en el banco, pues no se constituye realmente en un acto omisivo per se porque la diligencia es evidente.

Refiere que al cambiar los dólares con una persona natural el funcionario no recibió dinero en efectivo, sino un cheque a nombre del juzgado que dispuso consignar de manera inmediata, no el lunes siguiente sino el martes, porque ese día no había servicio bancario en el municipio, todo lo cual consta en un acta suscrita sobre dicho particular.

De otra parte, la defensa se pregunta si las disposiciones mencionadas por la fiscalía constituyen un complemento claro respecto del delito de prevaricato por omisión para indicar que las mismas fueron transgredidas por el acusado, ninguna de las cuáles se refiere a depósitos de divisas extranjeras.

[Handwritten signature]
[Handwritten number 252]

Se comprobó que no hubo una intención de no depositar los dineros en los bancos aludidos por las mencionadas disposiciones.

Aduce, que el Fiscal incurre en dos imprecisiones al afirmar que el juez acusado actuó autónoma y voluntariamente al disponer el cambio de los dólares y que ordenó entregar los dineros a las partes, nada de lo cual es cierto.

Censura de igual modo que el Fiscal mencione una circular del año 2009 sin percatarse que los hechos son del año 2007, así como otras disposiciones posteriores a dicho año, pero además que nada tienen que ver con los hechos materia de investigación.

Asimismo, en apoyo de su argumentación acude a un pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte sobre un asunto que considera similar, e insta a la Sala para que establezca cuál de las normas citadas por la Fiscalía alude al depósito en dólares, pues a su modo de ver ninguna de dichas disposiciones contempla la hipótesis de insatisfacción de la norma atribuida.

Agrega, además, que, de acuerdo con el relato del investigador, la inspección realizada al Juzgado no denota nada irregular sino diligencia del funcionario en el trámite de los asuntos a su cargo.

En punto a la conducta atribuida de omitir, se cumplió, no porque quisiera el juez, sino porque no se lo permitieron las circunstancias, en la medida en que no podía consignar los dólares porque se lo negaron los bancos. No es un no hacer, sino

[Handwritten signature]

25/2

que trató de hacerlo, pero no pudo porque se lo impidieron unas circunstancias ajenas a su voluntad.

Acude igualmente a un pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte sobre el tema de la congruencia que se debe predicar tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y las citas normativas específicas, de tal suerte que sólo el aspecto fáctico mencionado en la acusación es el que puede ser tenido en cuenta por el juez al momento de dictar sentencia, pues si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como los relata la fiscalía en el escrito de acusación, al juzgador no le quedará otro camino que resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la acusadora.

Acorde con lo anterior, demanda la absolución para su defendido.

6.6.- Réplica del Fiscal

Cuestiona que la Agente del Ministerio Público hubiere aludido a las pruebas documentales relacionadas en el escrito de acusación, para decir que esas mismas pruebas desvirtuaban el argumento de la acusación, cuando lo cierto es que las mismas no fueron practicadas en el juicio oral.

En igual sentido considera que procede el defensor del acusado, en tanto referenció el acta del primero de abril y leyó apartes de la misma que ni siquiera fue decretada como prueba en el juicio oral, mucho menos ingresó como elemento material de prueba, de modo que pudiera soportar un hecho.

Handwritten signature and number 254.

En su opinión esto mismo sucedió cuando alude a la preclusión y la orden de inspección al Juzgado, cuando nada de eso se pidió como prueba. Censura que se hubiere leído la conclusión del informe de policía judicial como si se tratara de un hecho cierto y probado cuando en realidad ello no sucedió en el juicio.

6.7.- Réplica de la Defensa

Estima que dentro del proceso sí se trataron los temas que utilizó como argumentos de alegato final.

Afirma que el fiscal no controvierte los argumentos que presentó, en particular las razones por las cuales el funcionario acusado no depositó los dólares en el Banco, pese a ser el único hecho que trae el escrito de acusación.

6.7.- Anuncio del sentido del fallo

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 446 de la Ley 906 de 2004, una vez culminado el debate en la sesión del juicio oral llevada a cabo el 4 de julio de 2019, después del respectivo receso la Sala anunció que el fallo sería absolutorio del que cargo que por el delito de prevaricato por omisión le fuera atribuido al acusado HERNANDO GAITÁN GAONA.

Precisó que acorde con los medios de prueba válidamente practicados, podría llegar a afirmarse que atendiendo las

Handwritten signature
25/10

concretas circunstancias en que el doctor HERNANDO GAITÁN GAONA se encontraba por la época de los hechos, el lugar de ubicación geográfica de su despacho judicial (La Plata Huila), la naturaleza de la moneda que tenía bajo su custodia (dólares de los Estados Unidos de América), y el hecho cierto de haber intentado su depósito en las diversas entidades financieras y bancarias que por la época funcionaban en el citado municipio, ello le resultó materialmente imposible, pues ninguno de dichos bancos prestaba el servicio de depósito y custodia de dineros en moneda extranjera, incluidos el Banco Agrario y el Banco de la República, lo que le condujo a proceder conforme finalmente lo hizo, y que estimó ser la forma más adecuada.

Como quiera que la Fiscalía no comprobó más allá de toda duda la posibilidad de actuar de manera diversa a la que le exigía la norma, la Sala anuncia que absolverá al doctor Hernando Gaitán Gaona del cargo por el delito de prevaricato por omisión endilgado en la acusación formulada en su contra, como lo piden la defensa y el Ministerio Público, teniendo en cuenta la posibilidad de que la conducta hubiere surgido a causa de circunstancias superiores a la voluntad del acusado, las que le habría impedido cumplir las obligaciones por cuya omisión ha sido convocado a responder en juicio criminal, esto es, que pese a que su voluntad hubiere estado dirigida a cumplir el mandato legal, ninguna entidad financiera del lugar de su jurisdicción, le facilitó tal proceder, por lo que debió acudir ante personas particulares para proceder al cambio de la moneda extranjera a su cargo por moneda nacional y consignar ésta en la cuenta oficial del Despacho Judicial, lo cual traduce la imposibilidad de actuar de otra manera.

Handwritten signature and number 252.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- La competencia

La Sala es competente para conocer del juzgamiento según los hechos sometidos a su consideración por la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° del Acto Legislativo No. 001 de 2018, modificadorio del 235 de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 9° del canon 32 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

En efecto, el fuero de juzgamiento a que alude el numeral 9° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, es una garantía de carácter legal que obliga a un procesamiento especial radicado en determinados operadores jurídicos y de la cual se goza desde el momento en que se asume el cargo, *“es decir basta la sola objetividad de comprobar la vinculación con el cargo para que los operadores judiciales especiales adelanten la investigación y juzgamiento”*¹².

En lo que respecta al doctor HERNANDO GAITÁN GAONA, se acreditó que si bien por la época de ocurrencia de los hechos, marzo de 2007, se desempeñaba como Juez Único Promiscuo de Familia de La Plata – Huila¹³, también lo es, que con posterioridad a haberse formulado acusación en su contra y pendiente tan sólo la realización del juicio oral, fue designado y se posesionó como Procurador Judicial II para la Defensa de la Infancia, Adolescencia y Familia con sede en la ciudad de

¹² CSJ SCP, 11 de julio de 2012, Rad. 39218.

¹³ Fls. 110 y ss. cno. No. 2 Escrito de Acusación No. 1 Estipulación Probatoria No. 2

Handwritten marks: a signature and the number 257.

Neiva¹⁴, lo que determina que la competencia para adelantar el juicio oral y proferir el fallo correspondiente con el cual se le ponga fin a la instancia, corresponde a esta Sala.

2.- Teoría del caso de la Fiscalía y el delito imputado.

La teoría del caso de la Fiscalía, consistió fundamentalmente en sostener que el doctor Hernando Gaitán Gaona, en su condición de Juez Único Promiscuo de Familia del municipio de La Plata, Huila, conoció y tramitó los procesos acumulados de sucesión intestada de los señores Juan de la Cruz Rivera Llanos y Delia Puyo, incoados a través de apoderado por los hermanos de la causante, y asimismo conoció del proceso de filiación y petición de herencia promovido por el señor Fernando Embus, también por medio de apoderado.

Que, en el curso de estos procesos, por petición de los apoderados de los herederos reconocidos, el doctor Hernando Gaitán Gaona decretó el embargo y secuestro de los bienes muebles e inmuebles de propiedad de los causantes, así como de los dineros en moneda nacional y extranjera, específicamente unos dólares estadounidenses que se encontraban a disposición de la Fiscalía 23 Seccional del municipio de La Plata.

Que en cumplimiento de la medida cautelar decretada, el coordinador de la unidad local del CTI del municipio de La Plata puso a disposición del juzgado a cargo del acusado, la suma de

¹⁴ Fls. 162 y ss. cno. No. 2 Escrito de Acusación No. 1

[Handwritten signature]
259

12.587 dólares estadounidenses en billetes de diferentes denominaciones, de los cuales dejó constancia en un acta que elaboró el secretario del Juzgado en esa misma fecha.

Igualmente, se comprometió a demostrar que el acusado, bajo su propia cuenta y riesgo, decidió cambiar estas divisas de moneda extranjera a pesos colombianos, cuya entrega ordenó a los interesados mediante un auto de sustanciación de fecha 30 de marzo del año 2007, situación que estima irregular pese a que en su momento no fue tomada en cuenta por el Fiscal que formuló la acusación.

Manifestó que demostraría que el doctor Gaitán se trasladó de La Plata a Neiva, para realizar la transacción cambiaria con particulares, después de lo cual se descubrió que 50 billetes de 100 dólares cada uno, supuestamente resultaron falsos, hecho este que no se investigó a profundidad para determinar qué fue lo que realmente ocurrió.

Menciona que, como resultado de esa operación cambiaria del dinero restante, o sea 7.587 dólares, el acusado recibió la suma de \$15'553.350.00 los cuales fueron consignados en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario por orden del titular del juzgado, el doctor Hernando Gaitán Gaona.

Se comprometió a acreditar que al realizar esta conducta, consistente en tomar las divisas y desplazarse hasta la ciudad de Neiva para efectuar el cambio de los dólares americanos a pesos colombianos, el doctor Hernando Gaitán Gaona en su calidad de funcionario judicial omitió darle cumplimiento al

artículo 1° del decreto 1798 de 1963 reglamentario de la ley 2ª de 1963, y al artículo 1° del acuerdo 1676 de diciembre 6 del año 2002, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, según el cual todo despacho judicial debe tener una cuenta en el banco agrario para el manejo adecuado de los depósitos judiciales constituidos a las órdenes del despacho, lo cual resulta concordante con lo que establece el artículo 7° de la ley 66 de 1993.

Dijo demostrar, asimismo, que el doctor Hernando Gaitán Gaona omitió darle cumplimiento al acuerdo 1857 de 2002, emitido también por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

De la misma manera, la fiscalía se comprometió a demostrar que con esa conducta el procesado se ubicó en el marco del tipo penal de prevaricato por omisión por el cual se le formuló acusación, en virtud a que pretermitió darle a las divisas que tuvo a su disposición en su calidad de Juez Promiscuo Único de Familia de La Plata Huila, un manejo conforme a las normas legales y reglamentarias.

Igualmente, la Fiscalía dijo estar en condiciones de probar que el doctor Gaitán Gaona, al omitir el cumplimiento y la observancia de sus funciones, deberes y obligaciones, afectó formal y materialmente la buena marcha de la administración de justicia, así como el buen desarrollo, procedimiento y necesidad de que los servidores públicos ajusten sus comportamientos al estándar de manejo de dinero que hace parte de los procesos judiciales, vulnerando de esta forma la

[Handwritten signature]
260

confianza de los usuarios en la adecuada administración de los bienes.

De igual modo, el fiscal se comprometió a demostrar que el doctor Gaitán Gaona actuó y se determinó de acuerdo con esa comprensión, pues estaba en posibilidad de conocer esos procedimientos, pero decidió omitir su cumplimiento arrogándose para sí la custodia de los 12.587 dólares americanos, trasladándose fuera de la sede, jurisdicción y competencia de su juzgado, con la finalidad de cambiar esas divisas con una exótica forma de proceder.

Pretendió acreditar que en este caso no surge una situación de no exigibilidad de otro comportamiento, debido a que el procesado incumplió el deber de ajustarse a los procedimientos claros, previamente establecidos, ciertos, indubitados, inteligibles a su condición de servidor público; de tal manera que resulta posible inferir el dolo a título de autor de la conducta atribuida de omitir ajustarse al cambio de divisas conforme a lo establecido en la ley, y a los reglamentos señalados por la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Y, finalmente, la Fiscalía dijo estar en condiciones de comprobar que al doctor Hernando Gaitán Gaona no se le exigía una aparente, disimulada o encomiable diligencia, yendo y viniendo de Neiva con una cantidad considerable de dinero, exponiéndose a que durante este tránsito pudiera poner en riesgo la naturaleza de los bienes, sino que se abstuviera de ejecutar conductas que afectaran esa confianza depositada, la cual no era para ser custodio, guardián o transportador de

divisas, sino todo lo contrario, la confianza estaba depositada para que ejerciera y actuara como funcionario judicial, con capacidad para adoptar decisiones dentro de las actuaciones puestas a su conocimiento, porque la tarea de cambio de divisas está reservada a otros entes, y no propiamente al titular de un juzgado, como en este caso lo fue el doctor Hernando Gaitán Gaona en su condición de Juez Único Promiscuo de Familia de La Plata.

3.- Calificación jurídica de la conducta atribuida.

Estos hechos, tal como fue indicado con antelación, la Fiscalía los enmarcó dentro de lo dispuesto por el artículo 414 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de la ley 890 de 2004, que define y sanciona el delito de prevaricato por omisión, en los siguientes términos:

Art. 414.- Prevaricato por omisión. *El servidor público que omite, retarde, rehúse 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 sesenta (60) meses.*

En relación con dicha conducta, la Corte¹⁵ ha tenido ocasión de realizar un análisis de la estructura dogmática de este delito, en la cual concluyó lo siguiente:

“a) El sujeto activo debe ser un servidor público en cualquiera de sus diversas modalidades (miembro de una corporación pública, empleado o trabajador del Estado y de las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, miembro de la fuerza pública, particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, funcionario o trabajador del Banco de la República, integrante de la Comisión Nacional

¹⁵ Cfr. CSJ SCP AP5262-2016, Ag. 10 de 2016, Rad. 42007.

Ciudadana para la lucha contra la corrupción, o quien administre los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política), ya que se trata de uno de los denominados por la doctrina y la jurisprudencia como delitos especiales, en los cuales sólo puede ser autor de la conducta típica quien cumpla las condiciones especiales previstas en la norma.

b) Es un delito de omisión propia, es decir de mera conducta o actividad, lo cual significa que el comportamiento típico se realiza con la sola acción omisiva, o con la simple infracción del deber de actuar, sin exigir la causación de un resultado específico separable de ella.

El delito de omisión se traduce siempre en la negación de una acción que el sujeto está obligado a realizar, o en el incumplimiento de un deber jurídico que le ha sido impuesto, y en tales condiciones, la omisión no existe per se, sino sólo en la medida que preexista un mandato que obliga a una determinada acción, en otros términos, debe suscitarse dentro de la órbita funcional del sujeto.

c) Se trata de un tipo penal de conducta alternativa susceptible de ejecutar mediante uno de los verbos rectores en él contenidos, esto es, omitir, retardar, rehusar o negar algún acto comprendido dentro de las funciones que debe realizar el funcionario, bastando, en consecuencia, para que la conducta típica se entienda ejecutada, la constatación material de una cualquiera de ellas, con independencia de las otras.

d) Es un tipo penal en blanco, en el cual el supuesto de hecho que contiene la conducta que la normatividad ordena o prohíbe, aparece consagrado total o parcialmente en una norma de carácter extrapenal, que debe preexistir al momento de la realización de ésta y a la cual se debe acudir para darle contenido al precepto.

Así las cosas, para la realización del juicio de tipicidad en el delito de prevaricato por omisión, es condición necesaria establecer la norma extrapenal que asigna al sujeto activo la función que omitió, rehusó, retardó o denegó, y/o el plazo para hacerlo, al igual que su preexistencia al momento de la realización de la conducta, con el fin de poder constatar el cumplimiento del tipo penal objetivo.

e) El bien jurídico protegido lo constituye la administración pública, ya que cuando el funcionario público incumple un acto propio de sus funciones, no solamente infringe el deber de servicio y el compromiso de lealtad, sino que perturba el correcto funcionamiento de la administración pública y frustra las expectativas que tienen los administrados, afectando su legitimidad y la confianza en sus instituciones.

f) De otra parte, atendiendo a su estructura subjetiva, se clasifica como un tipo penal esencialmente doloso, exigencia que entraña la confluencia de sus dos componentes, el cognitivo, que exige que quien realiza la conducta tenga conciencia de que es objetivamente típica, y el volitivo, que comporta querer realizarla, lo cual implica que el servidor público debe saber que la ley le impone la obligación de actuar, y no obstante ello, decide voluntariamente no hacerlo, o negarse a realizarlo, o

tardíamente, con conciencia de que desatiende el deber funcional asignado legalmente y que su conducta es objetivamente típica.”».

En lo que respecta al aspecto subjetivo de la referida hipótesis delictiva, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte¹⁶ ha indicado que, por tratarse de un tipo que sólo admite la modalidad dolosa, para su configuración requiere que el sujeto agente obre con el propósito consciente de apartarse de los deberes propios de su cargo. Por manera que no basta, a efectos de verificar si la conducta reprochada actualiza el tipo penal, la simple omisión o retardo en el cumplimiento de sus funciones. Es indispensable que medie el conocimiento y la voluntad deliberada de pretermitir o postergar el acto o función a que está obligado.

Asimismo, la Sala de Casación Penal¹⁷ recordó que, en torno a las distintas formas de realización de la conducta, de tiempo atrás¹⁸ (CSJ AP, 19 jun. 1984) tiene establecido que:

“La omisión y el retardo no son fenómenos idénticos, aunque todo retardo supone una omisión; cuando ocurre aquélla, el sujeto no hizo lo que podía y debía hacer; cuando esto acontece, el sujeto dejó de hacer lo que jurídicamente debió realizar en un momento o período dados, aunque lo hizo o pueda válidamente hacerlo con posterioridad, más allá de los límites temporales que le habían sido trazados; en la omisión el actor no cumplió definitivamente con su deber de acción, en el retardo no ejecutó el acto esperado y debido dentro del término previsto para ello, pero lo realizó más tarde, o está en condiciones de cumplirlo extemporáneamente. La omisión propiamente dicha se produce y agota en el momento mismo en que el sujeto incumplió su deber de actuar; el retardo, en cambio, comienza al expirar el término dentro del cual debió actuar y perdura mientras no cumpla con su obligación de realizar la acción esperada”.

¹⁶ Cfr. CSJ SCP SP484-2018, Feb. 28 de 2018, Rad. 51501.

¹⁷ Cfr. CSJ SCP SP1034-2018, Abr. 11 de 2018, Rad. 52026.

¹⁸ Cfr. CSJ SCP AP, Jun. 19 de 1984.

Handwritten signature or initials.

Handwritten number 2621.

4.- El caso concreto.

Sin perder de vista el sentido del fallo de carácter absolutorio anunciado por la Sala, al cual se hizo alusión en el numeral 7° de los antecedentes de este pronunciamiento, una vez realizado el análisis estructural del tipo de prevaricato por omisión desde el punto de vista de su descripción típica, haciendo especial énfasis en la conducta alternativa de omitir, por ser ésta la atribuida al doctor HERNANDO GAITÁN GAONA, compete ahora a la Sala establecer si los medios de prueba, los elementos materiales probatorios allegados y la evidencia física válidamente presentada en el juicio seguido contra el acusado, apreciados en conjunto, siguiendo los criterios de valoración establecidos para cada cual, permiten arribar al grado de conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito objeto de acusación y la responsabilidad del acusado requerido para proferir sentencia de condena en su contra o, si por el contrario, la fiscalía no logró desvirtuar probatoriamente la presunción de inocencia del acusado que como garantía constitucional ¹⁹ y legal²⁰ le cobija, debiendo ser absuelto por los cargos que le fueron formulados.

4.1.- Acorde con los hechos materia de estipulación y aquellos que surgen de la prueba recaudada en el desarrollo del juicio oral, la Sala observa que no se presenta discusión alguna sobre los siguientes acontecimientos, por estar debidamente acreditados:

4.1.1.- El ciudadano Fernando Embus formuló denuncia en contra del doctor HERNANDO GAITÁN GAONA, titular del

¹⁹Art. 29 CP.

²⁰Art. 7° Ley 906 de 2004.

[Handwritten signature]

[Handwritten number 205]

Juzgado Único Promiscuo de Familia de La Plata – Huila, dando cuenta que la pareja integrada por Juan Rivera Llanos y Delia Puyo, fueron asesinados en la municipalidad de La Plata el 28 de febrero de 2007.

4.1.2.- Por no ser hijo reconocido del extinto Juan Rivera Llanos, por intermedio de abogado Fernando Embus promovió proceso de filiación y petición de herencia, el cual correspondió tramitar al Juzgado Único Promiscuo de Familia de La Plata, Huila.

4.1.3.- Simultáneamente, los hermanos de la causante Delia Puyo, a través de apoderado, adelantaron el juicio de sucesión que también correspondió al citado juzgado, cuyo titular era el doctor Hernando Gaitán Gaona, aperturado por auto de 9 de marzo de 2007, fecha en la cual también se decreta medida cautelar y se practica secuestro de bienes.

4.1.4.- Que el doctor GAITÁN GAONA, a solicitud de parte, mediante auto de sustanciación No. 0492 de 22 de marzo de 2007, solicitó a la Fiscalía 23 Seccional de la Plata que dejara a disposición del juzgado los dineros en moneda extranjera decomisados, los cuales fueron puestos a órdenes del despacho judicial en la cantidad de 12.587 dólares, por parte del Coordinador de la Unidad Local del CTI de La Plata, mediante oficio sin número de 28 de marzo de 2007.

4.1.5.- Que, por orden del funcionario, el secretario del Juzgado levantó un acta en que se relacionaron los números de serie y denominaciones de los billetes de moneda extranjera recibidos.

4/11/07

266

4.1.6.- Que el doctor Gaitán Gaona dispuso consultar con los bancos de la localidad si prestaban el servicio de depósitos en moneda extranjera, y una vez establecido que no lo hacían, conforme asimismo fue acreditado en el juicio oral, a solicitud de las partes reconocidas hasta entonces, presentada a través de memoriales fechados el 30 de marzo de 2007, mediante auto de esa misma fecha dispuso el cambio de los dólares a moneda nacional, para lo cual se trasladó en compañía de unos de los empleados del Juzgado hasta la ciudad de Neiva, en donde realizó el cambio de tan sólo 7.587 dólares de los 12.587 recibidos, pues allí se le indicó que al parecer 5.000 de ellos representados en 50 billetes de 100 dólares cada uno, podrían ser falsos.

4.1.7.- Por el cambio, previa elaboración de un acta sobre el particular, el doctor Gaitán Gaona recibió un cheque a nombre del Juzgado por la suma de \$15.553.350.00, el cual días más tarde (2 de abril de 2007) ordena consignar en la cuenta de depósitos judiciales del Juzgado Único Promiscuo de Familia de La Plata, en el Banco Agrario de esa localidad, a lo que se procedió mediante oficio 0289 de 4 de abril de 2007.

4.1.8.- El resto del dinero en moneda extranjera que no pudo ser cambiado debido a su presunta falta de autenticidad, permaneció en custodia en el Juzgado hasta el mes de octubre de 2007, cuando el Juez decidió enviarlo a la Fiscalía para que se adelantara la investigación correspondiente.

4.1.9.- Que el doctor GAITÁN GAONA como Juez Único Promiscuo de Familia de la Plata y en el trámite del proceso de

[Handwritten signature]
269

sucesión intestada y acumulado, siendo convocante JESÚS MARÍA PUYO y otros, causante JUAN DE LA CRUZ RIVERA LLANOS y DELIA PUYO RODRÍGUEZ, el 2 de abril de 2007, dispuso consignar en la cuenta de depósitos judiciales del juzgado los dineros producto del cambio de la moneda extranjera.

4.2.- Lo que viene de afirmar la Corte como debidamente demostrado, surge sin dificultad ninguna de los testimonios rendidos en el juicio oral, no sólo por el investigador del CTI Franklin Edison Dussán Cabrera, sino por parte de los empleados del Juzgado Único Promiscuo de Familia de La Plata, Luis Henry Ramírez Cuéllar y Alejandro Lizcano Córdoba, quienes corroboran en un todo la declaración rendida por el acusado HERNANDO GAITÁN GAONA.

4.3.- Estos declarantes que se acaban de reseñar y a cuyo contenido se hizo alusión en los antecedentes de este pronunciamiento, por ser coherentes, convergentes, contestes, y tratarse de personas adultas, conocedoras de las graves implicaciones para el caso de faltar a la verdad, seres responsables, con amplia experiencia en el desempeño de los cargos que ocupaban para la época de los acontecimientos, en quienes no se evidenció interés distinto a narrar lo directamente percibido; y que además coinciden en afirmar que los Bancos Agrario, Davivienda, de Bogotá, y las Cooperativas Utrahuilca y Coonfie, con asiento en La Plata, así como el Banco de la República de Neiva, informaron no prestar el servicio de custodia o depósito de dinero en moneda extranjera, merecen entero crédito de parte de la Sala en el contenido de sus relatos sobre los hechos de que se ocupó el presente proceso.

Handwritten signature and date: 26/2

4.4.- Esta credibilidad la confiere la Sala, si se tiene en cuenta que el Banco de la República, mediante oficio DTE 08346 de 11 de abril de 2014, presentado y debatido en el juicio por medio del investigador judicial como testigo de acreditación, certificó que desde hacía algún tiempo tampoco prestaba dicho servicio de depósito y custodia de moneda extranjera en la ciudad de Neiva, confirmando así lo expuesto en ese sentido tanto por el juez acusado, como por los empleados de su Despacho que fueron convocados a declarar en el juicio por la Fiscalía.

4.5.- Advierte la Sala que no se referirá al testimonio del denunciante Fernando Embus, toda vez que en el curso del interrogatorio a que fue sometido, éste fue enfático en sostener que en realidad de verdad de manera directa no le constaba nada de los hechos materia de investigación, toda vez que la denuncia la redactó su abogado quien lo asistió en el proceso de paternidad y petición de herencia.

Pero es que, además, si se toma en consideración que el reconocimiento como hijo de Juan de la Cruz Rivera Llanos sólo se vino a producir en el año 2010, esto es, tres años después de los acontecimientos que dieron lugar a la formulación de acusación en contra del Juez Hernando Gaitán Gaona, es claro que la sola condición de demandante en el proceso de filiación, no le otorgaba la facultad de intervenir sin ser parte en el proceso de sucesión como para que pudiera tener conocimiento de las incidencias dentro del mismo.

De ahí que no logre entender la Sala las razones que determinaron a la Fiscalía para solicitar la práctica del testimonio

del denunciante en el juicio oral y al Tribunal para decretarlo, sin percatarse que no cumplía los presupuestos del artículo 402 de la Ley 906 de 2004, según el cual *“el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir”* y, en este caso, la información que sobre los hechos podría suministrar había sido obtenida por cuenta de un tercero, de modo que su versión en el juicio oral resultaba manifiestamente irrelevante frente a los hechos, por tanto ineficaz para los propósitos perseguidos por el órgano acusador.

Pero volviendo al tema de la prueba testimonial y documental válidamente practicada, incluidas las estipulaciones probatorias celebradas entre fiscalía y defensa, encuentra la Corte que el caso que ahora le ocupa, resulta verdaderamente paradigmático en cuanto aquí no se ofrece plausible diferenciar entre pruebas de cargo aducidas por la fiscalía, o de descargo que hubiere presentado la defensa, pues independientemente del acierto o desacierto de la Fiscalía y la defensa en la formulación de sus pretensiones probatorias en el presente asunto, lo cierto del caso es que toda la prueba presentada y debatida en el juicio oral, evidencia que si bien el funcionario acusado se tardó unos días más (no que hubiere omitido como erradamente lo adujo la fiscalía en la acusación) para dar cumplimiento al deber legal de consignar de manera inmediata en la cuenta oficial de depósitos judiciales los dineros puestos a disposición del juzgado, es lo cierto que atendiendo las circunstancias concretas en que el hecho tuvo realización, tal comportamiento no podría ser calificado como retardo en los términos exigidos por la jurisprudencia para la configuración típica de la conducta en dicha modalidad comportamental.

A la Sala no le surge ninguna duda que el doctor Gaitán Gaona era consciente de su deber de depositar en tiempo en la cuenta de depósitos judiciales a nombre del juzgado a su cargo, los dineros que su Despacho llegase a recibir por cuenta de los procesos que allí surtían trámite, conforme lo disponen la Ley 2ª de 1963, el Decreto 1798 de ese año y el Acuerdo 1676 de 2002, pues ello resulta no solo de su preparación académica sino de su vasta experiencia judicial conforme lo confirma el hecho que desde su egreso de la facultad de derecho, hubiese fungido como juez hasta cuando en el año 2016 accedió al cargo de Procurador Judicial, según su propio relato no desvirtuado por prueba alguna, y tal como lo aceptó en el testimonio que rindió en la audiencia de juicio oral, cosa diferente es que pese a realizar las actividades que estaban a su alcance para poder cumplir con el deber legal que le era exigible no lo pudo hacer.

Tanto es esto, que, con el propósito de alcanzar dicho cometido, consultó con las entidades bancarias del lugar sobre una tal posibilidad, en desarrollo de lo cual obtuvo respuesta negativa según lo relató bajo juramento, lo confirmaron tanto el secretario como el Oficial Mayor del Juzgado, el propio Banco de la República con sede en Neiva mediante el oficio introducido al juicio por el investigador del CTI Franklin Edison Dussán Cabrera, quien además dio cuenta de haber confirmado dicha situación en desarrollo de las actividades investigativas para las cuales fue comisionado en el presente asunto por el fiscal del caso.

6.8.1. Concretamente hizo todo lo posible para cumplir en oportunidad lo dispuesto por el Decreto 1798 de 1963, reglamentario de la Ley 2ª de 1963 que en su artículo 1º prevé:

“Las cantidades de dinero que de conformidad con disposiciones legales debe consignarse en los despachos de los funcionarios de la rama judicial del poder público o de las autoridades de policía con motivo de los juicios o diligencias que en ellos se adelanten, se depositarán, cualquiera sea su cuantía, en el Banco Popular.

Art. 2°. Si no funcionare en la respectiva localidad una agencia o sucursal del Banco Popular, las consignaciones de que trata el artículo anterior, se harán en las siguientes entidades y conforme al orden de prelación que se indica a continuación:

- 1.- Banco de la República.*
- 2.- Caja de Crédito Agrario.*
- 3.- Caja Colombiana de Ahorros.*
- 4.- Banco Central Hipotecario.*
- 5.- Bancos Comerciales.*
- 6.- Administración de Impuestos Nacionales.*
- 7.- Recaudación Local de Impuestos Nacionales*
- 8.- Tesorería Municipal.*

A su vez la Ley 66 de 1993, que reglamenta el manejo y aprovechamiento de los depósitos judiciales, en el artículo 7° dispuso:

“El Consejo Superior de la Judicatura ejercerá el debido control sobre las autoridades judiciales con el fin de que se constituyan y decreten en debida forma los depósitos judiciales, multas y demás recursos a que se refiere la presente ley, y asimismo para que se realicen las consignaciones correspondientes”.

El Acuerdo Número 1676 de diciembre 18 de 2002 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en punto de depósitos judiciales en el artículo 1° indica:

PRIMERO. - APERTURA DE LA CUENTA JUDICIAL. *En los términos del artículo 203 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, todo despacho judicial deberá tener una cuenta en el Banco Agrario de Colombia para el manejo de los depósitos judiciales constituidos a sus órdenes.*

(...)

En lo sucesivo y para los efectos del presente Reglamento, se utilizará la expresión Banco para aludir al Banco Agrario de Colombia S.A. o al establecimiento bancario que el mismo determine.

[Handwritten signature]
272

El funcionario judicial (magistrado o juez) solicitará la apertura de la cuenta judicial en la oficina del Banco de su localidad, mediante comunicación dirigida al gerente, según el Formato DJ01, que hace parte del presente Reglamento.

Si no existe oficina del Banco en el municipio sede del despacho judicial, se abrirá la cuenta en el establecimiento bancario que determine dicha entidad o, en su defecto, en la oficina del Banco de la localidad más cercana, que igualmente éste señale.

El Acuerdo número 1857 de junio 11 de 2003, del Consejo Superior de la Judicatura en lo atinente a los depósitos judiciales en el artículo 23 prevé que:

“En los despachos judiciales en cuya sede no existan dependencias encargadas de la administración de los depósitos judiciales, el manejo, administración, custodia, contabilización y control, corresponde a cada despacho judicial, a través del Magistrado o Juez y de su respectivo secretario”.

Si bien las mencionadas disposiciones no prevén un término específico para el cumplimiento de lo allí establecido, es claro que en aplicación del principio de oficiosidad en el impulso de las actuaciones a su cargo (art. 2º C.P.C., entonces vigente), las determinaciones sobre el particular deben adoptarse por los funcionarios al momento mismo de recibir los valores o a la mayor brevedad posible, incluso si el asunto se encuentra dentro del término que la ley procesal señala para la adopción de las providencias que de los jueces se demandan, a tal punto de establecer que cuando no existe oposición de parte, este tipo de decisiones se deben adoptar de manera inmediata, conforme lo prevé el artículo 124 del C.P.C., modificado por el Decreto 2282 de 1989, art. 1º, mod 68, a su vez modificado por el artículo 16 de la Ley 794 de 2003 al establecer lo siguiente:

“Los jueces deberán dictar los autos de sustanciación en el término de tres (3) días, los interlocutorios en el de diez (10) días y las sentencias en el cuarenta (40) días, contados todos desde que el expediente pase al despacho para tal fin.

Vuestro
2007

En los mismos términos los magistrados deberán dictar las providencias que les corresponde o presentar los proyectos de las que sean del conocimiento de la sala; ésta dispondrá de la mitad del respectivo término para proferir la decisión a que hubiere lugar, que se contará desde el día siguiente a aquél en que se registre el proyecto en un cuadro especial que se fijará en el lugar visible de la secretaría.

En caso de que haya cambio de magistrado o de juez, los términos correrán de nuevo a partir de su posesión.

En lugar visible de la secretaría deberá fijarse una lista de los procesos que se encuentren al despacho para sentencia, con indicación de la fecha de ingreso y la de pronunciamiento de aquella.

No obstante, cuando en disposición especial se autorice a decidir de fondo, por ausencia de oposición de la parte demandada, el juez deberá dictar inmediatamente la providencia respectiva”.

Esto si se tiene en cuenta que el propósito del legislador no es otro que precaver que los dineros que se reciban en los juzgados del país, puedan correr algún tipo de riesgo de menoscabo o pérdida, dado que la función natural de los Despachos judiciales no es la de almacenar, conservar o custodiar armas, joyas, dinero o títulos valores; como tampoco vigilar o custodiar personas, sino adelantar trámites judiciales según la órbita específica de competencia que la ley le asigne, pues para esas otras actividades el ordenamiento establece personas, autoridades u organismos especializados, tales como secuestres, entidades financieras, unidades militares o de policía, y organismos de prisiones, entre otros.

Particularizando los esfuerzos realizados por el acusado para lograr consignar el dinero y cumplir con el deber legal conforme a los elementos materiales de prueba antes relacionados, el Doctor Gaitán Gaona, como servidor público, una vez le fueron puestos a disposición los dólares en la cantidad señalada, hecho ocurrido el miércoles 28 de marzo de 2007, desde

Ym

274

el instante mismo del recibo de los recursos se dedicó a realizar todas las actividades humanamente posibles a su alcance para ajustar su conducta al mandato legal.

Sin embargo, el surgimiento de circunstancias excepcionales le impidieron cumplir tal cometido de manera inmediata o al menos dentro de los tres días siguientes al recibo de los dólares como habría sido su propósito, pues pese a que el depósito sólo vino a tener lugar el miércoles 4 de abril siguiente, es claro que ello ocurrió después de que el viernes 30 de marzo de 2007 por petición de las partes ordenara el cambio de dólares a moneda nacional, y tras realizar tal actividad el fin de semana, el lunes 2 de abril, esto es en fecha que no se prestaba el servicio bancario en la localidad, ordenó la consignación en la cuenta de depósitos judiciales del cheque representativo del dinero recibido a cambio (salvo aquella cantidad de billetes que en principio se identificaron como espurios) lo cual vino a realizarse por el Secretario el día miércoles 4 siguiente.

Esto indica que pese a que entre el recibo del dinero (miércoles 28 de marzo de 2007) y la fecha de su consignación en el Banco Agrario (miércoles 4 de abril siguiente), corrieron 5 días hábiles, este tiempo no transcurrió sin realizar ningún esfuerzo para poder consignarlo en la entidad bancaria respectiva, puesto que, durante el mismo, se insiste, realizó toda una serie de actividades tendientes a lograr dicho cometido.

En consecuencia, en atención al planteamiento de la Fiscalía, cabe precisar que para suponer acreditada la realización del punible endilgado en la modalidad de retardar el cumplimiento de un deber legal, que es el que se le puede atribuir al acusado

Handwritten signature and the number 295.

por cuanto habría cumplido lo dispuesto por la ley superando el tiempo, no basta la sola demostración objetiva de haber transcurrido el término establecido en la ley sin culminar el cumplimiento de la acción esperada, con prescindencia de las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico y que en el caso concreto evidencian que desde el momento mismo del recibo de los recursos, el funcionario actuó diligentemente en procura de cumplir el cometido legal, llevando a cabo una serie de actividades adecuadas para alcanzar ese propósito.

En otras palabras, el retardo, como verbo rector a tener en cuenta en este caso, sólo se configura en la medida que los 3 días, tiempo máximo que tenía el aforado para consignar el dinero, habrían transcurrido sin que hubiere adelantado alguna actividad positiva para alcanzar ese fin, empero, como desplegó una gama de comportamientos orientados inequívocamente a poder consignarlos, vale recordar, averiguar con las entidades bancarias de esa localidad si recibían o cambiaban a moneda nacional los dólares, enterado que no se prestaba ese servicio, investigar si en las casa de cambio podía obtener su cambio, desplazarse a Neiva a realizarlo, como no le eran convertidos en su totalidad, como último recurso cambiarlos a un amigo con las cautelas debidas, realizar la consignación y finalmente hacerla; es incontrovertible que no se le puede imputar retardo, pues efectuó todo lo que humanamente era posible para consignar el dinero y lo pudo hacer, sólo un día después de vencidos los tres días legales, sin que, se reitera, dentro de dicho lapso no realizara ninguna conducta dirigida a posibilitar cumplir con el deber legal.

Sin perjuicio de reconocer los desarrollos dogmáticos en torno a la categoría de la tipicidad, en el presente evento pese a quedar

Handwritten signature and the number 276.

probatoriamente establecido que el doctor Gaitán Gaona no realizó la acción que de él se esperaba llevara a cabo de manera inmediata, no ha de pasarse por alto que pese tener la indeclinable voluntad de hacerlo y realizar una serie de actuaciones con dicho propósito, materialmente no podía lograr tal cometido, debido a la ocurrencia de una situación fáctica imprevisible, que no podía controlar.

En efecto, conforme fue expuesto por el acusado durante su intervención en el curso del juicio oral, la cual fue confirmada por los empleados de su despacho, así como por el investigador del CTI quien dio cuenta de los resultados de las averiguaciones realizadas ante las entidades financieras de La Plata, así como también aparece refrendado por la información documentalmente registrada proveniente del Banco de la República de Neiva, a la Sala le resulta claro que para la época de los hechos ninguna de ellas prestaba el servicio de depósito o custodia de moneda extranjera, como de tal carácter fue la recibida en el Juzgado Único Promiscuo de Familia de La Plata, lo cual constituye el surgimiento de un evento que no podía ser previsto y que le impidió cumplir su propósito de ajustarse al mandato legal, de una parte, porque no era común que en ese lugar, ni específicamente en el juzgado a su cargo se presentaran dólares como parte del haber sucesoral, y de otra, porque ninguno de los bancos con asiento en la localidad brindaba el servicio de depósito de ese tipo de valores, pese a lo cual, a iniciativa suya y de las partes intervinientes en el proceso a su cargo, desarrolló una serie de actuaciones que descartan o desdibujan cualquier retardo para cumplir el mandato legal.

Handwritten signature and the number 297.

En suma, lo expuesto, sin lugar a dudas, evidencia que la omisión que la fiscalía atribuye al acusado, de una parte no tuvo lugar, pues finalmente logró el cometido de consignar los recursos entregados bajo su custodia en la cuenta de depósitos judiciales, y, de otra, tampoco el retardo logró configuración, toda vez que pese a las dificultades que se le presentaron para cumplir de inmediato el cometido legal, desde el momento mismo del recibo de los recursos, se reitera, realizó variedad de actividades orientadas a cumplir el mandato legal, que no pudo lograr debido a la aparición de circunstancias incontrolables que le impidieron cumplirlo en tiempo menor como era su intención, expresada desde el momento mismo del recibo de los recursos dinerarios en moneda extranjera en el juzgado a su cargo, lo cual de suyo da lugar a declarar la atipicidad objetiva del comportamiento.

En el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, la prueba válidamente recaudada y controvertida en juicio, como sin dificultad se advierte, enseña que el acto omisivo que le atribuye al acusado, no encontró realización pues finalmente fue llevado a cabo, sólo que no de manera inmediata como habría sido lo deseado por parte de la Fiscalía, sino unos pocos días después debido a la aparición de situaciones excepcionales que le impidieron cumplir su intención de depositar de inmediato los recursos en la entidad financiera donde el Juzgado tenía abierta la cuenta de depósitos judiciales, pues el dinero recibido no era moneda de curso legal en Colombia, sino dólares estadounidenses, que ninguno de los bancos de la localidad de La Plata estaba autorizado para recibir en depósito y, además, porque la entidad oficialmente establecida para el efecto, esto es el Banco de la República que se hallaba en la capital del

Handwritten signature and the number 778.

departamento, desde hacía algún tiempo había dejado de prestar dicho servicio para dedicarse a ofrecer actividades culturales en la región.

Entonces, como en el juicio oral no se acopió prueba alguna que pudiera indicar desde el recibo de los recursos que el funcionario acusado no realizó actuación alguna en orden a realizar la acción esperada de depositar los dineros en las entidades oficialmente establecidas para el efecto, la ausencia del tipo objetivo surge manifiesta dando lugar a la absolución por este concepto, ya que, como ya sido repetidamente dicho, la falta de correspondencia entre la conducta realizada y la descripción que el legislador hace del delito atribuido, constituye evidencia de faltar uno de los elementos indispensables en la integración del punible.

De este modo, al no obrar ningún elemento de juicio ni prueba válidamente practicada de la que se pueda colegir que el acusado omitió el deber de depositar los recursos recibidos en la cuenta de depósitos judiciales o que retardó el cumplimiento de los deberes normativamente establecidos, no cabe más alternativa que absolver al doctor GAITÁN GAONA por atipicidad de la conducta atribuida por la Fiscalía.

En el caso del doctor Hernando Gaitán Gaona, en particular, se reitera, es claro que la demora, más no el retardo, en el cumplimiento del deber legal devino de la presencia de hechos que no podía controlar, toda vez que, de una parte, la Fiscalía hizo entrega al Juzgado de cierta cantidad de dólares en lugar de un título de depósito judicial como habría sido lo correcto y, de otra, la entidad financiera en donde poseía la

Handwritten signature and number 279

cuenta de depósitos judiciales (Banco Agrario), para la época de los hechos no prestaba el servicio de depósito o custodia de moneda extranjera y; por último, la entidad oficialmente establecida para dicho propósito (Banco de la República) desde hacía algún tiempo había dejado de brindar dicho servicio en la ciudad de Neiva.

En conclusión, la Corte no tiene más alternativa que absolver al acusado del cargo de prevaricato por omisión que le fuera formulado, tal como se anunció al finalizar el juicio oral.

En mérito de lo expuesto, **LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

RESUELVE

PRIMERO. ABSOLVER al doctor HERNANDO GAITÁN GAONA en su condición de Procurador Judicial II, aunque por conducta supuestamente cometida cuando se desempeñó como Juez Único Promiscuo de Familia de La Plata, Huila, del delito de prevaricato por omisión por el cual fue acusado por la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

SEGUNDO. En firme esta determinación, archívese el expediente previa comunicación a las autoridades correspondientes, a lo cual se procederá por la Secretaría de la Sala.

[Handwritten signature]
200

Contra esta decisión procede el recurso ordinario de apelación en el efecto suspensivo²¹ ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia²².

Las partes quedan notificadas en estrados.

Cúmplase.

[Handwritten signature]
RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ
Magistrado

[Handwritten signature]
JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado *ACIARO VOTO*

[Handwritten signature]
ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado

[Handwritten signature]
RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario

²¹ Arts. 176 y ss. de la Ley 906 de 2004

²² Art. 235.6 de la Carta Política, modificado por el artículo 3º del A.L. 01 de 2018

221
226

ACLARACIÓN DE VOTO

A continuación, procedo a exponer las razones que me llevaron a aclarar el voto frente a la decisión adoptada en el presente asunto por cuyo medio se emitió sentencia absolutoria en favor del doctor HERNANDO GAITÁN GAONA, acusado por el delito de prevaricato por omisión.

La disparidad conceptual que tengo con la providencia se funda en la forma como se llega a la conclusión de que existe un término inmediato y de hasta tres días para que los jueces efectúen los depósitos judiciales.

Ciertamente, en la decisión se parte del hecho, con el que estoy plenamente de acuerdo, de que la normatividad especializada no establece un lapso para abrir cuentas bancarias con el objeto de consignar los dineros puestos a disposición de los funcionarios judiciales (pág. 64), pero, y es lo que no comparto, que el mismo se infiere aplicando el principio de oficiosidad en las actuaciones judiciales y efectuando una especie de símil o parangón con lo previsto en el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el Decreto 2282 de 1989, art. 1º, mod. 68, a su vez modificado por el artículo 16 de la Ley 794 de 2003, en el cual se señala, como

286
P

se consigna en la decisión, *“el término para la adopción de las providencias que de los jueces se demandan y que, cuando no existe oposición de parte, este tipo de decisiones se deben adoptar de manera inmediata”*, de ahí se arriba a la conclusión que el doctor GAITÁN GAONA ha debido consignar las divisas puestas a su disposición de inmediato o, a lo sumo, en el plazo de tres días.

Pues bien, estimo que el principio de oficiosidad no puede servir para determinar términos no regulados en la ley —mucho menos cuando son tan perentorios, como los que se fijan en la decisión—, en cuanto lo que dicho postulado indica, en lo pertinente, conforme al inciso segundo de la disposición referida, es que *“con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos, si es ocasionada por negligencia suya”* (subraya fuera de texto). La tardanza ocasionada por negligencia imputable a los funcionarios debe partir, por consiguiente, de un plazo debidamente determinado, el cual, justamente, se echa de menos en el caso de la especie.

Por otro lado, al acudir al referido artículo 124 del Código de Procedimiento Civil, que establece los términos con que cuentan los funcionarios judiciales para emitir

sus decisiones, con el fin de suplir el vacío legal que hay en torno al plazo para llevar a cabo los depósitos judiciales, más aún, repito, si los que se deducen son tan perentorios, no se hace cosa distinta a aplicar una analogía *in malam partem*, proscrita del ordenamiento jurídico penal para llenar vacíos legales, como así lo prevé el último inciso del artículo 6° del Código Sustantivo, cuando alude al principio de legalidad, con carácter de principio rector:

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

La analogía sólo se aplicará en materias permisivas
(subraya fuera de texto).

284 P

Roxín también comprende la prohibición de este tipo de analogía restrictiva como una consecuencia del principio de legalidad, al señalar que:

“Analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía de la semejanza (de los casos). Se distingue entre analogía legal y analogía jurídica, según que la regla jurídica que se va a trasladar proceda de un precepto concreto (analogía legal) o de una idea jurídica que se desprenda de varios preceptos (analogía jurídica). Dicha argumentación por analogía, que en otros campos del Derecho es uno de los métodos usuales de aplicación del Derecho, en Derecho Penal y para proteger al reo está prohibida por el art.103 II GG en la medida en que opere en perjuicio de aquel; pues para un supuesto que solo sea similar al regulado en la ley, no está fijada o determinada legalmente la punibilidad”¹ (subraya fuera de texto).

Es por ello que, como así lo expuse en los debates realizados alrededor del tema, se ha debido acudir al criterio de plazo razonable desarrollado ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de algunos organismos internacionales, con fundamento en lo establecido en los artículos 8 y 25 de la Convención

¹ ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1997, pág. 140.

Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José” y, a partir de ahí, colegir que en el caso *sub examine* no se desconoció. Sobre el particular, el alto tribunal constitucional patrio, ha precisado, siguiendo los derroteros sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que:

“...[P]ara definir la existencia de una lesión de los derechos fundamentales ante el retardo judicial, se requería valorar la razonabilidad del plazo y el carácter injustificado del incumplimiento, estableciendo que sí se da una mora lesiva del ordenamiento cuando se presenta: (i) el incumplimiento de los términos judiciales, (ii) el desbordamiento del plazo razonable, lo que implicaba valorar la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de la autoridad competente y la situación global del procedimiento, y (iii) la falta de motivo o justificación razonable de la demora. Advirtió, además, que (iv) el funcionario incumplido debía demostrar el agotamiento de todos los medios posibles para evitar el detrimento de las garantías de acceso a la administración de justicia y debido proceso”² (subraya fuera de texto).

² Sentencia T-186 de 2017, reiterando las sentencias T-803 de 2012 y T-945A de 2008. En el mismo sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 22 de junio de 2016, caso Tenorio Roca y Otros vs. Perú; Caso 19

Desde mi punto de vista, emerge diáfano, para el caso objeto de análisis, que se trataba de un asunto complejo en la medida en que carecía de regulación legal, pues adicional a que no hay un término previsto para la constitución de los llamados depósitos judiciales, menos aún existe un procedimiento cierto que reglamente esa situación cuando se trata de divisas extranjeras. A ello se suma, en primer lugar, que el obrar del doctor GAITÁN GAONA fue diligente al punto que en vista de que en la localidad de La Plata las entidades bancarias no prestaban el servicio de apertura de cuentas en moneda diferente a la nacional, se movilizó hasta la capital departamental en procura de cambiar los dólares y, en segundo orden, que su pronta consignación, a los pocos días de recibidos los dineros, no produjo detrimento alguno a las partes del proceso de sucesión sometido a su conocimiento.

Si ello es así, no hay duda de que el doctor GAITÁN GAONA consignó los dineros puestos a su disposición dentro de un plazo razonable y que, en esa medida, su conducta no actualizó el verbo rector “retardar”. Es por

Comerciantes vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas; sentencia de 5 de julio de 2004, caso Osorio Rivera y familia vs. Perú; caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas y sentencia de 21 de junio de 2002, caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú.

287 Q

229

este motivo fundamental por el que, a mi juicio, procedía la absolución a su favor derivada de la atipicidad objetiva de su comportamiento.

Corolario de lo anterior, no estoy de acuerdo con el razonamiento plasmado en la providencia según el cual el funcionario sobrepasó dichos términos, solo que otros factores determinaron que no se configurara el retardo. Tal razonamiento está plasmado en los siguientes párrafos de la decisión, que transcribo en su integridad con el objeto de no tergiversar su contexto:

*“Pero volviendo al tema de la prueba testimonial y documental válidamente practicada, incluidas las estipulaciones probatorias celebradas entre fiscalía y defensa, encuentra la Corte que el caso que ahora le ocupa, resulta verdaderamente paradigmático en cuanto aquí no se ofrece plausible diferenciar entre pruebas de cargo aducidas por la fiscalía, o de descargo que hubiere presentado la defensa, pues independientemente del acierto o desacierto de la Fiscalía y la defensa en la formulación de sus pretensiones probatorias en el presente asunto, lo cierto del caso es que toda la prueba presentada y debatida en el juicio oral, evidencia que **si bien el funcionario acusado se tardó unos días más (no que hubiere***

208

omitido como erradamente lo adujo la fiscalía en la acusación) para dar cumplimiento al deber legal de consignar de manera inmediata en la cuenta oficial de depósitos judiciales los dineros puestos a disposición del juzgado, es lo cierto que atendiendo las circunstancias concretas en que el hecho tuvo realización, tal comportamiento no podría ser calificado como retardo en los términos exigidos por la jurisprudencia para la configuración típica de la conducta en dicha modalidad comportamental” (pág. 61, énfasis mío).

Y más adelante, luego de realizar el proceso inferencial analógico que reprocho, cuando se señala que:

“En consecuencia, en atención al planteamiento de la Fiscalía, cabe precisar que para suponer acreditada la realización del punible endilgado en la modalidad de retardar el cumplimiento de un deber legal, que es el que se le puede atribuir al acusado por cuanto habría cumplido lo dispuesto por la ley superando el tiempo, no basta la sola demostración objetiva de haber transcurrido el término establecido en la ley sin culminar el cumplimiento de la acción esperada, con prescindencia de las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico y que en el caso concreto evidencian

que desde el momento mismo del recibo de los recursos, el funcionario actuó diligentemente en procura de cumplir el cometido legal, llevando a cabo una serie de actividades adecuadas para alcanzar ese propósito.

En otras palabras, el retardo, como verbo rector a tener en cuenta en este caso, **sólo se configura en la medida que los 3 días, tiempo máximo que tenía el aforado para consignar el dinero,** habrían transcurrido sin que hubiere adelantado alguna actividad positiva para alcanzar ese fin, empero, como desplegó una gama de comportamientos orientados inequívocamente a poder consignarlos, vale recordar, averiguar con las entidades bancarias de esa localidad si recibían o cambiaban a moneda nacional los dólares, enterado que no se prestaba ese servicio, investigar si en las casa de cambio podía obtener su cambio, desplazarse a Neiva a realizarlo, como no le eran convertidos en su totalidad, como último recurso cambiarlos a un amigo con las cautelas debidas, realizar la consignación y finalmente hacerla; es incontrovertible que no se le puede imputar retardo, pues efectuó todo lo que humanamente era posible para consignar el dinero y lo pudo hacer, **sólo un día después de vencidos los tres días legales,** sin que, se reitera, dentro de dicho lapso no realizara ninguna

conducta dirigida a posibilitar cumplir con el deber legal”
(págs. 66 y 67, énfasis mío).

Es decir, coincido con la conclusión plasmada en el fallo en cuanto a que la conducta desplegada por el doctor GAITÁN GAONA no configura el retardo y que ello conduce a absolverlo por atipicidad objetiva, pero me aparto de la construcción realizada para inferir el término en que ha debido consignar los dineros puestos a su disposición y derivar de ahí un “deber legal”. A mi entender, la razón fundamental para que la conducta analizada sea atípica objetivamente, es porque no sobrepasó el plazo razonable con que contaba para actuar, motivo por el cual no se estructuró el retardo, pues recuérdese que a lo imposible nadie está obligado, habida cuenta también las circunstancias especiales que tuvo que afrontar y su comportamiento diligente, puntos éstos sobre los que, con lujo de detalles, explayó la decisión.

En los anteriores términos, cordialmente dejo sentada mi aclaración de voto.

Con toda atención,


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado

Fecha ut supra.