



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS
Magistrado Ponente

SP025-2023

Radicado No. 56218

Aprobado según acta n° 022

Bogotá, D. C., ocho (8) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

I. ASUNTO

1. Derrotado el proyecto inicial en Sala del 8 de febrero de 2023, procede la Sala mayoritaria a resolver los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía y el representante de la víctima, contra la decisión del 22 de julio de 2019, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, que absolvió al procesado del concurso heterogéneo de prevaricato por acción y prevaricato por omisión.

II. HECHOS

2. De la sentencia de primera instancia se extraen los siguientes:

“Considera el persecutor penal que el delito de prevaricato por omisión se configuró porque el acusado, en su calidad de fiscal 103 local de Palmira (Valle), en indagación adelantada como consecuencia de querrela presentada el 9 de agosto de 2013 por el señor NILTON VALDÉS JARAMILLO contra su compañera permanente LUISA GABRIELA VERGARA, por haberlo herido con arma cortopunzante el 7 de enero de 2012, no atendió las solicitudes probatorias que le hizo el querellante, no libró órdenes a policía judicial para desarrollar su programa metodológico de investigación del 27 de agosto de 2013, nada hizo para restablecer los derechos de la víctima y no adoptó medidas para proteger frente a publicidad que implicó ataque indebido a su vida privada o dignidad, vulnerando con esas omisiones lo dispuesto en los artículos 11 literal d), 22, 133, 134 y 138 numeral 5 de la Ley 906 de 2004.

El persecutor también considera que el delito de prevaricato por acción se configuró porque el 25 de abril de 2014 el acusado, en su calidad de fiscal 103 local de palmira, ordenó el archivo de la indagación que adelantaba como consecuencia de la querrela atrás referida, argumentando como fundamento de esa decisión que había operado caducidad de la querrela, decisión contraria a la ley porque: (i) desde el 5 de julio de 2012, por virtud de lo consagrado en el artículo 2° de la Ley 1542 del 5 de julio de 2012, el delito investigado había dejado de ser querellable, y porque (ii) no aplicó precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia según el cual ante la caducidad de la querrela la Fiscalía debe solicitar audiencia de preclusión”.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3. El 27 de junio de 2017 se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación ante el Juzgado 3° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Buga, en la cual la Fiscalía imputó al procesado los delitos de prevaricato por omisión y prevaricato por acción en calidad de autor, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 414 y 413 del Código Penal.

4. La Fiscalía General de la Nación presentó escrito de acusación el 22 de septiembre de 2017, el cual correspondió conocer a la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, razón por la que el 8 de noviembre de 2017 se realizó audiencia de acusación y la Fiscalía formuló cargos en los mismos términos de la imputación.

5. El 26 de junio, 31 de julio y 29 de agosto de 2018 se llevó a cabo la audiencia preparatoria. En distintas sesiones, culminadas el 12 de marzo de 2019, se adelantó el juicio oral que finiquitó con la emisión de sentido de fallo absolutorio.

6. La sentencia de primera instancia fue proferida el 22 de julio de 2019, oportunidad en la que la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga absolvió al procesado por el concurso heterogéneo de los delitos de prevaricato por omisión y prevaricato por acción.

IV. SENTENCIA IMPUGNADA

7. Para sustentar la decisión adoptada, el Tribunal Superior de Buga, luego de revisar todos los elementos probatorios, planteó los siguientes argumentos:

7.1. Se refirió al concurso aparente de delitos, sobre lo cual manifestó que las imputaciones fácticas en los punibles por los cuales se acusa al procesado son diferentes, razón por la que descartó un concurso aparente. En efecto, adujo que:

(i) los hechos que fundamentan el delito de prevaricato por omisión consisten en que el acusado, en su calidad de Fiscal 103 Local de Palmira, en la indagación que adelantó como consecuencia de la denuncia presentada por Nilton Valdés Jaramillo contra la señora Luisa Gabriela Vergara, no atendió las solicitudes probatorias, tampoco libró órdenes a policía judicial -para desarrollar su programa metodológico-, nada hizo para restablecer los derechos de las víctimas y no adoptó medidas para protegerlas frente a la publicidad del caso -que implicó ataques a su vida privada y dignidad-; y,

(ii) los hechos que fundamentan el delito de prevaricato por acción consisten en que el acusado, en su calidad de Fiscal 103 Local de Palmira, archivó la indagación mencionada, considerando que había operado el fenómeno jurídico de la caducidad de la querrela, desconociendo el precedente de la Corte Suprema de Justicia.

Lo anterior, consideró, evidencia que no existió unidad de acción, porque los comportamientos son diversos, y las acciones no tenían la misma finalidad, pues el prevaricato por omisión *“tenía como propósito no garantizar los derechos de la víctima, haciendo caso omiso a sus peticiones y no brindarle protección que de acuerdo con la ley tenía derecho”*, mientras que el de acción *“tenía como finalidad favorecer a la denunciada, archivando el caso que se adelantaba en su contra”*.

7.2. Respecto del prevaricato por acción, aseguró que el acusado, en calidad de Fiscal 103 Local de Palmira, el 25 de abril de 2014, archivó la indagación que adelantaba, como consecuencia de la querrela presentada por Nilton Valdés Jaramillo el 9 de agosto de 2013, en contra de Luisa Gabriela Vergara, por hechos ocurridos el 7 de enero de 2012, en los cuales la última en mención lesionó físicamente al primero.

Afirmó que para la fecha de los hechos estaba vigente el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 108 de la Ley 1453 de 2011, donde se dispuso que el delito de violencia intrafamiliar era querellable dentro de los 6 meses siguientes a la comisión de la conducta punible. Dando aplicación a esa norma, el denunciante tenía hasta el 7 de julio de 2012 para presentar la querrela en contra de Luisa Gabriela Vergara, pero, la presentó el 9 de agosto de 2013.

Indicó que el 5 de julio de 2012 entró a regir la Ley 1542 de 2012, la cual dispuso que la violencia intrafamiliar no era querellable y, por lo tanto, investigable de oficio.

Manifestó que la Fiscalía centra la ilegalidad de la decisión de archivar en que esta fue proferida el 25 de abril de 2014, fecha en la que el delito de violencia intrafamiliar había dejado de ser querellable.

Arguyó que, en aplicación al principio de favorabilidad en su variante de ultraactividad, la norma aplicable al caso es el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 108 de la Ley 1453 de 2011, porque esta disposición favorecía al procesado, en la medida en que disponía como querellable el delito de violencia intrafamiliar.

Explicó que aplicar la norma expedida de manera posterior a la ocurrencia de los hechos implica un irrespeto al principio de legalidad, pues nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al momento de los hechos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 de la Constitución, 6 de la Ley 599 de 2000 y 6 de la Ley 906 de 2004.

Afirmó que la Fiscalía también pretende demostrar el delito de prevaricato por acción en el hecho de que el procesado archivó las diligencias, cuando debió solicitar la preclusión, lo cual constituye una violación al non bis in ídem, pues *“el solo hecho de haber procedido el acusado a emitir la decisión de archivo de la indagación, engloba al*

hecho de haber omitido aplicar el precedente que lo obligaba a solicitar audiencia de preclusión, ya que si hubiera hecho lo segundo (o sea solicitar preclusión), la decisión la había proferido un juez con funciones de conocimiento, lo que habría hecho imposible que hiciera lo primero, o sea que archivara la indagación”.

Indicó que no haber solicitado la preclusión es una omisión, consistente en no aplicar el precedente de la Sala de Casación Penal, lo cual no puede ser el fundamento de un prevaricato por acción, sino de un prevaricato por omisión. Además, *“por el único cargo de prevaricato por acción se proferirá decisión absolutoria, lo que deja sin objeto la variación de esa imputación jurídica, destacándose que la Fiscalía no acusó por concurso de prevaricatos por acción, sino por un solo delito de esa naturaleza”.*

7.3. Sobre el prevaricato por omisión, consideró que, si bien el procesado no libró órdenes a policía judicial para el desarrollo del programa metodológico y no atendió las solicitudes probatorias realizadas por el denunciante, cualquier actividad habría sido inocua, pues la querrela había caducado, lo que significa que la inactividad investigativa no tenía el potencial para poner en peligro el bien jurídico de la administración de justicia.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

8. El delegado de la Fiscalía formuló los siguientes reproches:

8.1 Sobre el delito de prevaricato por acción:

Argumenta que el plazo inicial para que Nilton Valdés Jaramillo interpusiera la querrela por el delito de violencia intrafamiliar vencía el 7 de julio de 2012, porque los hechos ocurrieron el 7 de enero del mismo año, pues en ese momento regía la Ley 1453 de 2011; no obstante, antes de vencerse los 6 meses que tenía la víctima para formular la querrela, el 5 de julio de 2012, entró a regir la Ley 1542 de 2012, mediante la cual se eliminó la condición de delito querellable del punible de violencia intrafamiliar, por lo que la caducidad de la querrela no logró consolidarse a favor de la denunciada Luisa Gabriela Vergara.

Asegura que no podía arribarse a un fallo absolutorio, porque la decisión de archivo de las diligencias, por caducidad de la querrela, la profirió el procesado el 25 de abril de 2014, cuando se encontraba en vigencia el artículo 2 de la Ley 1542 de 2012, mediante el cual se modificaron los artículos 73 y 74 de la Ley 906 de 2004, lo cual implicó el desconocimiento de ese mandato.

Manifiesta que el procesado activó el aparato judicial el 27 de agosto de 2013 con la realización del programa metodológico, a pesar de que tenía tan claro que debía decretarse la caducidad de la querrela, lo cual hizo de manera arbitraria y caprichosa, máxime si lo que debía hacer era pedir la preclusión ante un juez, como lo ordena el precedente de la Corte Suprema de Justicia.

Considera que la fuente de la conducta de prevaricato por acción es: (i) el archivó la querrella, cuando no había caducado, y (ii) la inexistencia de solicitud de preclusión, pese a que el precedente de la Corte Suprema de Justicia -“*auto del 5 de julio de 2007, rad. 2007-00019*”- obligaba a realizar ese acto procesal, por lo que no es cierto que se haya transgredido el non bis in ídem.

Aduce que no es cierto que el acto de desconocer el precedente, al no solicitar la preclusión de las diligencias por caducidad de la querrella, constituya un prevaricado por omisión, porque la acción prevaricadora que se endilga es la de archivar las mismas.

8.2. Sobre el delito de prevaricato por omisión:

Arguye que, pese a que era claro para el fiscal del caso que había ocurrido la caducidad de la querrella, el 27 de agosto de 2013 trazó el programa metodológico, realizando un desgaste que ningún fiscal realizaría teniendo en cuenta la gran carga laboral que se tiene.

Explica que la administración de justicia se activó con el programa metodológico, pero no se realizó ninguna actividad investigativa, transgrediendo el bien jurídico de la administración de pública. Además de que la víctima hizo peticiones probatorias específicas que no fueron atendidas.

Afirma que, si entre el 27 de agosto de 2013 (*elaboración del programa metodológico*) y el 25 de abril de 2014 (*archivo de las diligencias*) la acción penal estuvo vigente, la víctima tenía derecho a que se le ampararan sus derechos, de conformidad con lo descrito en los artículos 11, 22, 133, 134 y 138, numeral 5, de la Ley 906 de 2004.

8.3. En consecuencia, solicita que se revoque la sentencia absolutoria y, en su lugar, se condene al procesado por los delitos de prevaricato por omisión y prevaricato por acción.

9. El representante de víctimas realizó los siguientes reproches:

9.1. Aduce que el procesado, al decretar el archivo de las diligencias por caducidad de la querrela, desconoció lo preceptuado en el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, porque uno de los afectados con el ilícito de violencia intrafamiliar que investigaba el procesado fue la hija menor de edad de Nilton Valdés Jaramillo (*denunciante*), pues ella presencié los hechos y eso le causó una afectación de carácter psicológico.

Considera que, como los delitos cometidos en contra de menores de edad no son querellables, la actuación debió adelantarse de forma oficiosa, pero, en vez de ello, se resolvió archivar las diligencias, lo cual constituye el delito de prevaricato por acción.

Manifiesta que, sí existió antijuricidad en el delito de prevaricato, porque se le impidió el acceso a la administración de justicia a Nilton Valdés Jaramillo y a su hija menor de edad.

9.2. Por lo expuesto, solicita condenar al procesado como autor del delito de prevaricato por acción.

VI. TRASLADO NO RECURRENTES

10. El representante del procesado realiza las siguientes apreciaciones sobre los recursos de apelación:

Considera que debe declararse desierto el recurso de apelación presentado por la Fiscalía, porque no realizó ningún reproche en concreto en contra de la decisión adoptada por el Tribunal.

Aduce que, como ocurrió el fenómeno jurídico de la caducidad de la querrela, es fácil concluir que el procesado no cometió ningún delito, porque su decisión no fue contraria a la ley.

Manifiesta que es desacertado afirmar que por la elaboración de un programa metodológico se debe tipificar la conducta punible de prevaricato por omisión, ante la no práctica de algunas pruebas, pues sería un desperdicio de tiempo realizar cualquier actividad cuando la acción penal se encontraba caducada.

Considera que la Fiscalía no probó que el procesado pusiera en peligro o lesionara el “*bien jurídico objeto de protección*”, porque, archivado o precluido el asunto, a la administración de justicia le estaba “*vedado realizar actividad alguna por haber configurado la caducidad de la querrela*”.

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

11. Cuestión previa

La Sala debe indicar que le asiste razón a la Corporación de Primera Instancia al conceder el recurso de alzada, pese a la petición del no recurrente de que se declarara desierto por indebida o insuficiente sustentación.

En efecto, como pacíficamente lo ha sostenido esta Sala¹, basta una exposición en la que el recurrente manifieste los argumentos fácticos, jurídicos y/o probatorios de discrepancia con la decisión judicial, pues la norma procesal no impone solemnidades ni formalidades determinadas para el cumplimiento de tal obligación. En concreto, se ha dicho que:

“la fundamentación de un mecanismo de impugnación ordinario (reposición o apelación) no precisa de argumentaciones superlativamente elaboradas, sino claras, puntuales y lógicas, de las cuales se desentrañe sin mayor dificultad el alcance de la oposición y los aspectos que abarca la misma” (CSJ AP2391-2015)

¹ AP2391-2015, SP973-2019, SP709-2019, SP708-2019.

Con fundamento en el anterior derrotero, habilitada se encuentra la Sala para examinar la decisión recurrida, en tanto el apelante cuestiona sus fundamentos en punto a que, contrario a lo expuesto en la sentencia apelada, según él, se estructuraron los delitos de prevaricato por acción y prevaricato por omisión, respectivamente, por lo siguiente:

(a) Está demostrado que el procesado en su calidad de Fiscal archivó, por caducidad de la querella, las diligencias seguidas por el delito de violencia intrafamiliar, desconociendo (i) la norma procesal vigente (artículo 2 de la Ley 1542 de 2012) al momento de la presentación de la denuncia, que disponía que el delito era investigable de oficio, lo cual impedía que se archivaran las diligencias por caducidad de la querella, y (ii) el precedente de la Corte Suprema de Justicia aplicable al caso, en el cual dispone que es la preclusión el mecanismo procesal para extinguir la acción penal por caducidad de la querella.

(b) Quedó probado que el procesado dejó de realizar actividades investigativas y tampoco adelantó acciones positivas para la protección de la víctima, a pesar de que expidió un plan metodológico, lo cual desconoce las normas que disponen la obligación de la Fiscalía de investigar y prestar atención a las víctimas.

12. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, la Corte es competente

para resolver el recurso de apelación, por cuanto se impugna la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, que absolvió a ARTURO PELÁEZ CARDONA por los delitos de prevaricato por acción y prevaricato por omisión, por hechos ocurridos cuando se desempeñaba como Fiscal 103 Local de Palmira.

13. Problema jurídico y metodología del desarrollo de la cuestión

En orden a examinar los motivos de apelación, en la forma propuesta por los impugnantes, con sujeción al principio de limitación, procede la Corte a determinar si, como lo declaró la primera instancia, de las pruebas incorporadas y debatidas durante el juicio no es posible llegar al conocimiento más allá de toda duda para sustentar la condena; o si, por el contrario, se deben acoger las pretensiones del recurso de apelación, en el sentido de condenar al procesado por los delitos por los cuales se le acusa.

Para lo anterior, se hace indispensable (i) estudiar la estructura del tipo penal de prevaricato por omisión; (ii) estudiar la estructura del tipo penal de prevaricato por acción; (iii) examinar las pruebas que tienen relación con los hechos jurídicamente relevantes; (iv) establecer los hechos objetivamente probados; y, (v) resolver el caso concreto.

14. Del tipo penal de prevaricato por acción

El artículo 413 de la Ley 599 de 2000, frente al tipo penal de prevaricato por acción, dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 413. PREVARICATO POR ACCIÓN. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.”

De acuerdo con lo anterior, la Sala tiene decantado que el comportamiento punible desde el punto de vista objetivo se compone en los siguientes elementos:

“(i) un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público; (ii) que profiera resolución, dictamen o concepto; y (iii) que este pronunciamiento sea manifiestamente contrario a la ley, esto es, no basta que la providencia sea ilegal -por razones sustanciales, de procedimiento o de competencia-, sino que la disparidad del acto respecto de la comprensión de los textos o enunciados -contentivos del derecho positivo llamado a imperar- «no admite justificación razonable alguna»”².

Ahora, sobre el ingrediente normativo “*manifiestamente contrario a la ley*”, la Corte ha precisado lo siguiente:

“(...) para que la actuación pueda ser considerada como prevaricadora, debe ser “ostensible y manifiestamente ilegal,” es

² CSJ. AP. 29 de julio de 2015, radicado No. 44031 y CSJ SP134-2016.

decir, “violentar de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma”³, dependiendo siempre de su grado de complejidad, pues resulta comprensible que del grado de dificultad para la interpretación de su sentido o para su aplicación dependerá la valoración de lo manifiestamente ilegal, de allí que, ciertamente, no puedan ser tenidas como prevaricadoras, todas aquellas decisiones que se tilden de desacertadas, cuando quiera que estén fundadas “en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso”⁴.

Se concluye, entonces, que para que el acto, la decisión o el concepto del funcionario público sea manifiestamente contrario a la ley, debe reflejar su oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo”⁵.

Entonces, cuando de prevaricato por acción se trata, es indispensable acreditar que exista contradicción manifiesta entre el ordenamiento jurídico que regula el asunto y la decisión adoptada por el servidor público o el incumplimiento de los demás elementos constitutivos del tipo, verbigracia, el dolo -necesario para incurrir en la infracción-.

De hecho, el delito de prevaricato solamente se configura cuando se despliega una conducta *eminentemente dolosa*⁶. Incorre en ella el servidor público que, con conocimiento y voluntad, profiere resolución, concepto o

³ CSJ SP, 24 jun. 1986, rad. 406.598, GJ CLXXXV n.º 2424, pág. 438 – 442.

⁴ CSJ SP, 24 jun. 1986, rad. 406.598, GJ CLXXXV n.º 2424, pág. 438 – 442.

⁵ CSJ SP4620-2016

⁶ CSJ SP2767-2019, rad. 54023 y SP2171-2020, rad. 50294, entre otras.

dictamen manifiestamente contrario a la ley. Es decir, cuando conoce *los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización*, según los términos del artículo 22 de la Ley 599 de 2000.

En torno a la acreditación de este elemento subjetivo de la conducta, la jurisprudencia ha reconocido la “*dificultad de obtener pruebas directas*”, que permitan afirmar su materialización, por lo que, con tal propósito, ha de acudirse a factores como la trayectoria y experiencia profesional del acusado, “*la manera minuciosa y disfrazada como se llevó a cabo el comportamiento dirigido a infringir la ley penal, o las explicaciones ofrecidas con base en hechos que procesalmente resultaron inexistentes, ocultados o tergiversados*”⁷.

En esta línea, se ha dicho que es igualmente importante verificar si el servidor público obró de forma caprichosa o arbitraria, “*como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo*”⁸, o dentro del contexto de cualquier otra situación de la que pueda razonablemente inferirse el propósito de contrariar la normatividad legal.

De esa manera, en este tipo penal no encuadran las providencias que resulten del examen complejo de las distintas disposiciones que regulen el asunto propuesto ante el funcionario, respecto de las cuales exista la posibilidad de

⁷ *Ibidem*.

⁸ CSJ SP 13 ago. 2003, rad. 19303; y, CSJ SP2438-2019, rad. 53651.

distintas opciones interpretativas razonables, toda vez que en éste el juicio no es de acierto sino de legalidad.

15. Del tipo penal de prevaricato por omisión

De conformidad con el artículo 414 del Código Penal *“El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de 32 a 90 meses, multa de 13.33 a 75 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 80 meses”*.

Desde la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal el 27 de mayo de 2003, Rad. 18850, se explicó que para la estructuración del tipo penal de prevaricato por omisión no basta con que se configure el tipo objetivo, pues también es indispensable estudiar el elemento subjetivo. En concreto, se dijo lo siguiente:

“Según lo describe el artículo 414 de la Ley 599 de 2000, el delito de prevaricato por omisión se configura cuando el servidor público omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones.

Evidentemente y como corresponde a la definición del tipo básico de prevaricato, omitir, retardar, rehusar o denegar, deben ser actos realizados deliberadamente al margen de la ley, esto es con violación manifiesta de ella. Por tanto, la simple demostración objetiva de la adecuación aparente del hecho en alguno de los verbos que alternativamente configuran la ilicitud, no es suficiente para pregonar su punibilidad”.

Sobre esa infracción, la Corte continuó precisando mediante sentencia CSJ AP4725-2014, del 13 de agosto de 2014, rad. 41600⁹, que, desde el punto de vista de su estructura objetiva, es un tipo penal de sujeto activo calificado, de omisión propia, de conducta alternativa y en blanco, que protege el bien jurídico de la administración pública. Y, en cuanto a su estructura subjetiva, un tipo penal esencialmente doloso puntualiza un comportamiento de no hacer.

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. Por eso se ha dicho, con razón, que la omisión no existe *per se*, sino sólo en la medida que preexista un mandato que obliga a una determinada acción.

Por lo mismo, como se trata de un tipo penal en blanco, *“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 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*¹⁰.

En concreto, sobre el aspecto subjetivo, en la providencia SP5332-2019, Rad. 53445, esta Corporación explicó:

⁹ Precedente reiterado en: SP3419-2021, 11 de agosto de 2021, Rad. 58837 y SP4120- 2020, 28 de octubre de 2020, Rad. 51938.

¹⁰ CSJ AP4725-2014, del 13 de agosto de 2014, rad. 41600.

(...) 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.

Entonces, desde el enfoque objetivo, el delito de prevaricato por omisión, como preservador del bien jurídico de la administración pública, con sujeto activo calificado, de omisión propia y de conducta alternativa, es de los denominados tipos penales en blanco o de reenvío, porque su estricta configuración impone integrar las disposiciones que consagran los deberes y funciones dentro de los cuales tiene que adecuarse la omisión atribuida al funcionario.

Además, la tipicidad objetiva la componen cuatro acciones alternativas de comisión: omitir, retardar, rehusar o denegar; y, el elemento normativo, referido al acto propio de las funciones.

En tanto que el tipo subjetivo, de comisión exclusivamente dolosa, requiere el conocimiento y voluntad de omitir deliberadamente el acto que el funcionario está obligado a ejecutar.

16. Las pruebas que tienen relación con los hechos jurídicamente relevantes

La Corte procederá a referirse a la conducta demostrada y desplegada por el acusado, poniendo de presente los elementos de prueba legalmente aducidos en juicio, de los cuales se desprenden las circunstancias que rodearon los hechos:

16.1. De las estipulaciones probatorias se desprende que (i) ARTURO PELÁEZ CARDONA se desempeñaba como Fiscal 103 Local CAVIF de Palmira (*Valle*) para la fecha de los hechos, esto es, entre el 9 de agosto de 2013 y el 25 de abril de 2014, ostentando la calidad de servidor público; (ii) el 24 de noviembre de 2014 se celebró un preacuerdo, dentro del rad. 75206000181201202219, adelantado en contra de Nilton Valdés Jaramillo y donde figuraba como víctima Luisa Gabriela Vergara, en el que el primero acepta cargos como autor del delito de violencia intrafamiliar, por hechos del 4 y 14 de agosto y 18 de octubre de 2012 bajo estado de ira e intenso dolor; (iii) el 6 de marzo de 2015, el Juzgado 1° Penal de Conocimiento de Palmira profirió sentencia, como consecuencia del preacuerdo atrás mencionado, en la cual se condenó a Valdés Jaramillo a 2 años de prisión.

16.2. A través de las declaraciones de los investigadores Jairo Herrera Osorio, Janeth Milena Urrego y Laura Cristina González Bejarano y Nilton Valdés Jaramillo (*víctima en el rad. el rad. 2013-00523*) se introdujeron (i) la Resolución del Centro de Atención Integral de la Comisaría de Familia de Palmira, proferida el 24 de febrero de 2012; (ii) la estadística de la Fiscalía 103 Local de Palmira, entre julio de 2013 y junio de

2014; (iii) el Formato único de la Noticia Criminal 76-520-60-00182-2013-00523; (iv) el Formato Integral del Programa Metodológico dentro del rad. 2013-00523; (v) la ampliación de la denuncia dentro del rad. 2013-00523; (vi) la Historia Clínica de Nilton Valdés Jaramillo de la atención prestada en Comfandi el 7 de enero de 2012; y, (vii) el archivo de las diligencias dentro del rad. 2013-523.

16.3. De acuerdo con la Resolución del 24 de febrero de 2012, proferida por la Comisaría de Familia de Palmira, se estableció que (i) impuso medida de protección definitiva a favor de Luisa Gabriela Vergara y en contra de Nilton Valdés Jaramillo, para que este último se abstuviera de agredirla a ella y a cualquier miembro del grupo familiar; (ii) ordenó el desalojo de Valdés Jaramillo del lugar donde residía con Luisa Gabriela Vergara y su hija menor de edad SCVV; (iii) ordenó a Valdés Jaramillo no ingresar a ningún lugar donde se encontrara Luisa Gabriela Vergara; y, (iv) fijó cuota alimentaria por valor de \$300.000 pesos.

16.4. Según la Estadística Mensual de casos de Ley 906 de 2004, a cargo del despacho del Fiscal 103 Local de Palmira, entre julio de 2013 y junio de 2014, se estableció que el procesado tramitó entre 69 y 81 procesos mensuales.

16.5. De acuerdo con la actuación, se tiene que el 9 de agosto de 2013, Nilton Valdés Jaramillo presentó “denuncia” ante la Fiscalía 103 Local de Palmira, en contra de Luisa Gabriela Vergara, por el delito de violencia intrafamiliar, por hechos acaecidos el 7 de enero de 2012, consistentes en que

ese día Luisa Gabriela Vergara, estando en inmediaciones de su casa, al mediar una conversación con Valdés Jaramillo sobre el estudio de su hija, desenfundó un arma cortopunzante y la introdujo en la pierna izquierda del agredido.

16.6. Según el Programa Metodológico, el 27 de agosto de 2013 la Fiscalía 103 Local de Palmira planteó la hipótesis investigativa, denominada “*entrevista*” y la teoría del caso por la presunta comisión del delito de violencia intrafamiliar cometido por Luisa Gabriela Vergara y donde aparecía como víctima Nilton Valdés Jaramillo.

16.7. Del documento con asunto “*Ampliación de denuncia*”, de fecha 12 de agosto de 2013 y sus anexos, se establece que Nilton Valdés Jaramillo sumó a los hechos de la noticia criminal que su hija menor de edad se encontraba en el lugar y aportó a la Fiscalía 103 Local de Palmira su historia clínica, la Resolución de la Comisaría de Familia de Palmira, la minuta de la estación de policía y datos de contacto de Raúl Alfredo Vargas.

16.8. De acuerdo con la historia clínica emitida por Comfandi, se estableció que el 7 de enero de 2012 Nilton Valdés Jaramillo ingresó al centro de salud con “*herida profunda en cara anterior tercio medio de muslo izquierdo con sangrado*”.

16.9. De la orden de “*ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS*” emitida el 25 de abril de 2014 por ARTURO PELÁEZ

CARDONA, como Fiscal 103 Local CAVIF de Palmira, se tiene que la sustentación de la decisión fue la siguiente:

“Esos hechos que hace saber, como noticia criminal, el señor NILTON VALDÉS JARAMILLO, solo el 9 de agosto de 2013, es menester precisar debió presentarlos a modo de querrela seis (6) meses después de ocurrido tales hechos, iterase, desde el 7 de enero de 2012 hasta seis (6) meses posteriores.

Para la época de los hechos, 7 de enero de 2012, se encontraba vigente la denominada Ley de Seguridad Ciudadana desde el 24 de enero de 2011, Ley 1453, que por su artículo 108 modificó el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, para indicar que, para iniciar acción penal, entre ellos, el de Violencia Intrafamiliar, se requiere querrela.

Definida la querrela como la solicitud que hace el ofendido o agraviado para que se inicie la investigación. La ley la establece como condición de procesabilidad, porque estima que en ciertos tipos penales media un interés personal de la víctima del ilícito, que puede verse vulnerado en forma más grave con la investigación que sin ella. En tales casos, restringe la facultad investigativa, condicionándola a la previa formulación de la querrela, como medio de protección de este interés personal (Sentencia C-658/97).

Efecto de lo antecedentemente expuesto precisa determinar si la querrela que se exige para iniciar acción penal en este caso, por los hechos ocurridos el 7 de enero de 2012 en este municipio de Palmira, no se presentó dentro del término que exige el artículo 73 del Código Procesal Penal, eso es dentro de los seis (6) meses siguientes a la supuesta comisión del delito fulgura la inexistencia de tal condición de procesabilidad.

Importante será referir que el tipo penal de violencia intrafamiliar es de carácter subsidiario, como que se adecua a esa conducta en la medida que la misma no constituya delito sancionado con pena mayor, y es del caso precisar que el mismo denunciante hace saber que la incapacidad no superó los 35 días, como para indicar que podríamos estar frente a una conducta que para la época de los hechos debía iniciarse de oficio.

El principio de legalidad orienta de que nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme la ley procesal vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, con precisa observancia de las formas propias de cada juicio. Por efecto entonces de esa magna orientación normativa es que habrá que aplicarse al caso presente la Ley 1453 de 2011, pues su artículo 108 que hubo de modificar el artículo 74 del Código Procesal Penal estaba en pleno vigor, y así en consecuencia declarar la caducidad de la querrela de conformidad con el artículo 73 ibidem, por no haberse presentado dentro de los seis meses siguientes a la comisión del delito.

En virtud de lo anterior, se procede al archivo de esta carpeta.”

16.10. De la declaración de Nilton Valdés Jaramillo se desprende que el 9 de agosto de 2013 radicó una denuncia en contra de Luisa Gabriela Vergara, con quien tenía una relación sentimental y una hija, por agresiones físicas consistentes en una puñalada en su muslo izquierdo, ocasionadas el 7 de enero de 2012. A pesar de la solicitud de algunas pruebas no se practicó ninguna. Aportó a la investigación la historia clínica donde se evidencia la incapacidad por la lesión que le causó Luisa Gabriela Vergara y una publicación realizada por ella en Facebook donde lo insultaba, pero aun así la Fiscalía no investigó o brindó alguna medida de protección.

Valdés Jaramillo se queja de que cuando acudió a la fiscalía a instaurar la denuncia, el procesado fue reacio y solo por su insistencia la recibió, eso sí, luego de ponerlo a recorrer varios lugares de la entidad, como si hubiera algún tipo de animadversión, lo que pudo generarse por el proceso que adelantó el Fiscal en su contra por el delito de violencia intrafamiliar del que era víctima Luisa Gabriela Vergara. Aseguró que el procesado tenía una relación estrecha con Luisa Gabriela Vergara.

16.11. Del testimonio de ARTURO PELÁEZ CARDONA se extrae que:

(i) antes de la presentación de la denuncia en contra de Luisa Gabriela Vergara a *“NILTON VALDÉS se le imputaron cargos por violencia intrafamiliar en concurso homogéneo”*, sobre los cual se profirió sentencia del 6 de marzo de 2015, con fundamento en preacuerdo celebrado entre Nilton Valdés y el procesado en calidad de Fiscal 103 de Palmira, para lo cual se acordó con Valdés Jaramillo *“la preclusión de la investigación por los hechos ocurridos en los años 2011, mayo de 2012 y 20 de junio de 2012 que le fueron imputados al señor NILTON VALDÉS, o sea previo a la celebración del preacuerdo o, mejor, presupuesto para negociación de NILTON VALDÉS fue la postura de la señora LUISA GABRIELA diametralmente favorables a los intereses de ella misma como víctima, pero sí accediendo este servidor no le hiciera más grave la situación al señor NILTON VALDÉS y me proponen que ella desistiría por los delitos que estaban en vigencia de la Ley anterior a la Ley 1542 de 2012, o sea donde se permitía desistir y la señora LUISA*

GABRIELA desiste de los delitos por los cuales se le formuló imputación en concurso homogéneo y quedó vigente el delito por el cual no se podía desistir y por el cual consecuentemente se hizo el preacuerdo”.

(ii) la decisión de archivar la elaboró convencido de que estaba apegado a la legalidad, considerando que no estaba vigente la Ley 1542 de 2012, que eliminó la querrela para el delito de violencia intrafamiliar, y que, ni en Bogotá -en donde laboró-, ni en Palmira, los Fiscales pedían preclusión por caducidad de la querrela y no se hacía por capricho.

(iii) para el procesado las diligencias se encuentran archivadas, pero no han prescrito, por lo que aún es posible que se solicite el desarchivo, porque no se quiere negar justicia.

17. Los hechos demostrados

De acuerdo con las pruebas legalmente aducidas al proceso, desde las reglas de la sana crítica, en torno a los hechos jurídicamente relevantes, se logró establecer que:

(i) Luisa Gabriela Vergara presentó denuncia en contra de Nilton Valdés Jaramillo (*ex compañero sentimental*) por distintos hechos de violencia intrafamiliar; no obstante, por los ocurridos “*en los años 2011, mayo de 2012 y 20 de junio de 2012*” desistió con el objeto de que Valdés Jaramillo aceptara el preacuerdo realizado el 24 de noviembre de 2014, en el que se allanaba a cargos como autor del delito de violencia

intrafamiliar; solamente por los hechos del 4 y 14 de agosto y 18 de octubre de 2012, bajo estado de ira e intenso dolor, asunto que concluyó el 6 de marzo de 2015 con sentencia de condena contra Valdés Jaramillo.

(ii) Por los hechos presuntamente constitutivos de violencia intrafamiliar ocasionados *“en los años 2011, mayo de 2012 y 20 de junio de 2012”*, ARTURO PELÁEZ CARDONA (procesado) solicitó la preclusión, pues conocía que esos delitos *“estaban en vigencia de la Ley anterior a la Ley 1542 de 2012, o sea donde se permitía desistir”*.

(iii) El **9 de agosto de 2013** Nilton Valdés Jaramillo presentó denuncia en contra de Luisa Gabriela Vergara, por el delito de violencia intrafamiliar, asunto que le correspondió a la Fiscalía 103 Local CAVIF de Palmira, en cabeza del procesado ARTURO PELÁEZ CARDONA.

(iv) Los hechos de la denuncia presentada consistieron en que, el **7 de enero de 2012**, cuando estaba en inmediaciones de su residencia en Palmira, Luisa Gabriela Vergara le propinó una puñalada en el muslo de la pierna izquierda a su ex compañero sentimental Valdés Jaramillo.

(v) Nilton Valdés Jaramillo presentó ampliación de denuncia el **12 de agosto de 2013**, a través de la cual manifestó que su hija menor de edad, quien es producto de su relación con Luisa Gabriela Vergara, presencié los hechos. También aportó algunos elementos que consideró pruebas sobre los sucesos.

(vi) El **27 de agosto de 2013**, el procesado elaboró el programa metodológico de la investigación sobre los hechos ocurridos el 7 de enero de 2012.

(vii) El **25 de abril de 2014** ARTURO PELÁEZ CARDONA en su condición de Fiscal 103 CAVIF de Palmira, emitió orden de archivo de las diligencias, por caducidad de la querrella, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley 1453 de 2011, mediante la cual se modificó el artículo 74 de la Ley 906 de 2004.

18. El caso concreto a partir de la prueba recaudada

18.1. De la responsabilidad del procesado en el prevaricato por acción

18.1.1. De entrada, se aclara que, en el presente asunto, la acusación por el punible de prevaricato por acción se dio con sustento en dos hechos jurídicamente relevantes, que de ninguna manera suponen la ocurrencia de un prevaricato por acción y otro por omisión como lo propone el Tribunal y lo señaló originalmente la Fiscalía, sino que obedecen al sustento fáctico propuesto por el fiscal para demostrar una sola conducta, que fue la de archivar las diligencias el 25 de abril de 2014.

En la acusación, en efecto, el ente acusador manifestó que el prevaricato por acción consistía en que el procesado profirió orden de archivo por caducidad de la querrella, sin

considerar (i) que los hechos son del 7 de enero de 2012, y para el 5 de julio de la misma anualidad había dejado de ser delito querellable y se convirtió en delito investigable de oficio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, modificada por el artículo 2 de la Ley 1542 de 2012; y, (ii) que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 5 de julio de 2007, Rad. 2007-00019, consideró que en los casos donde ocurre la caducidad de la querrela procede la preclusión y no el archivo de las diligencias.

Lo anterior, a todas luces, hace referencia a la sustentación fáctica de un solo supuesto jurídico, concretamente el de prevaricato por acción, pues los dos fundamentos están encaminados a soportar la ilegalidad de la decisión de archivo, que, en últimas, es la acción sobre la cual la Fiscalía pretende demostrar que constituyó el delito en mención.

18.1.2. Entonces, de acuerdo con los reproches propuestos en contra de la sentencia de primer grado, inicialmente, se hace indispensable determinar, si para el momento en que se profirió la orden de archivo por caducidad de la querrela, el delito de violencia intrafamiliar era investigable de oficio o si, debido al momento en que ocurrieron los hechos, era querellable.

De manera excepcional, la persecución penal está condicionada a la voluntad expresa de una persona de derecho público o privada, a quien la ley le otorga tal facultad. Las conductas punibles que requieren de ese

impulso se encuentran enlistadas en el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, bajo la denominación de *delitos que requieren querrela*¹¹.

Ahora bien, el delito de violencia intrafamiliar, por razones de política criminal, ha recibido distintos tratamientos legislativos por parte del Estado durante el paso de los años; así, el texto original del artículo 74 de la Ley 906 de 2004 lo incluía como delito que requería *querrela* para iniciar la acción penal, salvo que el sujeto pasivo fuese menor de edad.

Este precepto fue modificado por el artículo 4° de la Ley 1142 de 2007, que cambió la lista de delitos querellables, oportunidad en que el legislador optó por excluir de aquella el punible de violencia intrafamiliar, entendiéndose entonces que -sin importar la edad del sujeto pasivo-, desde ese momento este hecho delictivo era de persecución *oficiosa*.

Luego, por medio de la Ley 1453 de 2011-*Ley de Seguridad Ciudadana*-, en su artículo 108, se volvió a incluir este delito, lo que implicaba que a partir de este momento, se requería de *querrela* para iniciar la acción penal.

Posteriormente, mediante la Ley 1542 de 2012, cuyo objeto es “*garantizar la protección y diligencia de las autoridades en la investigación de los presuntos delitos de violencia contra la mujer y eliminar el carácter de querellables y desistibles de los*

¹¹ CSJ - SP7343-2017, 24 may. 2017, Rad. 47.046.

delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, tipificados en los artículos 229 y 233 del Código Penal”, volvió a suprimirse¹².

En el presente caso, se tiene que los hechos por los cuales el procesado archivó las diligencias, tuvieron lugar el 7 de enero de 2012, mes para el cual estaba vigente la Ley 1453 de 2011, en cuyo artículo 108, enlistó los delitos que requerían querrela, entre los que figuraba la *violencia intrafamiliar* tipificada en el artículo 229 del Código Penal.

No obstante, para el 9 de agosto de 2013, fecha en que los hechos fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía, ya estaba vigente la Ley 1542 de 2012 (*publicada en el Diario Oficial No. 48.482 el 5 de julio del 2012*), mediante la cual se reformó el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, para excluir, entre otros, el delito de violencia intrafamiliar de los delitos querrelables.

18.1.3 El siguiente problema jurídico que debe resolverse, entonces, es si la decisión de archivar las diligencias, adoptada por el Fiscal al percatarse de la caducidad de la querrela en aplicación ultractiva de la Ley 1453 de 2011, es o no manifiestamente contraria a la ley, conforme al momento histórico y al contexto en el que actuó, que era el siguiente:

¹² SP5323-2019, Rad. 55717, del 4 diciembre de 2019.

- i) Los hechos por los que se procedía ocurrieron el 7 de enero de 2012.
- ii) El delito era querellable.
- iii) La querrela se formuló el 9 de agosto de 2013.
- iv) Para el momento en que sucedieron los hechos, estaba vigente la Ley 1453 de 2011 que establecía un término de caducidad de la querrela de 6 meses.
- v) Entre el 7 de enero de 2012 y el 9 de agosto de 2013 transcurrieron 17 meses y 2 días.
- vi) Para el 9 de agosto de 2013 (*fecha de formulación de la querrela*), estaba vigente la Ley 1542 de 2012 que hizo investigable de oficio el delito de violencia intrafamiliar.
- vii) El archivo de las diligencias por caducidad de la querrela fue dispuesto mediante resolución del 25 de abril de 2014 por el Fiscal acusado.

18.1.4 Expuesta así la situación procesal, el archivo de las diligencias ordenado por el Fiscal PELÁEZ CARDONA, no se muestra manifiestamente contrario a la ley, sino que, tal como lo anotó expresamente en la decisión, contiene elementos que la tornan correcta, lo que desde el punto de vista objetivo deviene en atipicidad de la conducta.

En efecto, el tema que ocupa la atención de la Sala ocurrió en vigencia de la Ley 906 de 2004 y en este ordenamiento procesal, el principio de legalidad varió con respecto al que venía con la Ley 600 de 2000, que en su artículo 6, sobre "*Legalidad*", refiere:

“Nadie podrá ser investigado, ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio”.

A continuación, en el mismo precepto se define legalmente la favorabilidad de la ley procesal: *“La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.*

Con ese panorama, no resultaba entonces manifiestamente contrario a la ley que el fiscal PELÁEZ CARDONA decidiera dar aplicación a lo dispuesto en la Ley 1453 de 2011, pues en efecto, de la lectura del artículo 6° del Código de Procedimiento Penal adoptado por la Ley 906 de 2004 era esa la salida procesal adecuada.

La ley procesal vigente al momento de los hechos, era la 1453 de 2011, que establecía que el delito de violencia intrafamiliar era querellable; bajo ese contexto, y por tratarse de una norma con efectos sustanciales favorables a la implicada (*Luisa Gabriela Vergara*), fue acertada la interpretación al considerar que había sobrevenido la caducidad, por haber transcurrido más de 6 meses entre la ocurrencia de los hechos y la presentación de la denuncia.

Nótese al efecto el último párrafo de la decisión de archivo proferida por el procesado en su condición de Fiscal:

“El principio de legalidad orienta de que nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme la ley procesal vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, con precisa observancia de las formas propias de cada juicio. Por efecto entonces de esa magna orientación normativa es que habrá que aplicarse al caso presente la Ley 1453 de 2011, pues su artículo 108 que hubo de modificar el artículo 74 del Código Procesal Penal estaba en pleno vigor, y así en consecuencia declarar la caducidad de la querrela de conformidad con el artículo 73 ibidem, por no haberse presentado dentro de los seis meses siguientes a la comisión del delito”.

Una interpretación contraria, como la sugerida por los apelantes iría en contravía de lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Nacional¹³, pues estaría encaminada a aplicar en contra de Luisa Gabriela Vergara una disposición menos favorable que, además, no estaba vigente al momento de ocurrencia de los hechos.

Argumentos que resultan suficientes para entender el fundamento jurídico de su decisión, y por lo tanto, objetivamente excluyente de tipificar el delito de prevaricato.

En consecuencia, por este aspecto específico y por estas precisas razones se mantendrá la absolución del Fiscal ARTURO PELÁEZ CARDONA.

¹³ “(...) Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”

18.1.5. Ahora bien, con relación a la decisión de ordenar el archivo de la actuación, la Sala estima necesario determinar si el fiscal procesado tenía competencia para pronunciarse sobre la caducidad de la querrela a través del archivo de las diligencias, o si era un asunto que estaba reservado al Juez de Conocimiento, por constituir causal de preclusión.

De conformidad con el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, *“cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación. Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal”*.

Esta norma fue objeto de control por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1154 de 2005, en la que, con relación a esta figura, indicó:

«cuando el fiscal ordena el archivo de las diligencias en los supuestos del artículo 79 acusado, no se está ante una decisión de política criminal que, de acuerdo a unas causales claras y precisas definidas en la ley, permita dejar de ejercer la acción penal, sino que se está en un momento jurídico previo: la constatación de la ausencia de los presupuestos mínimos para ejercer la acción penal. El archivo de las diligencias corresponde al momento de la averiguación preliminar sobre los hechos y supone la previa verificación objetiva de la inexistencia típica de una conducta, es decir la falta de caracterización de una conducta como delito.»

Entonces, el archivo de las diligencias es admisible cuando no se encuentran los presupuestos del tipo objetivo, esto es, que el hecho investigado no reúne los elementos previstos en la norma penal, en tanto no puede ser caracterizado como delito. A partir de ello, la Corte Constitucional condicionó su aplicación, así:

“La amplitud de los términos empleados en la norma acusada para referirse a la causa del archivo, hace necesario precisar la expresión para que se excluya cualquier interpretación de la norma que no corresponda a la verificación de la tipicidad objetiva. También, para impedir que en un momento inicial se tengan en cuenta consideraciones de otra naturaleza sobre aspectos que le corresponden al juez, y no al Fiscal. No le compete al fiscal, al decidir sobre el archivo, hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad. Lo que le compete es efectuar una constatación fáctica sobre presupuestos elementales para abordar cualquier investigación lo que se entiende como el establecimiento de la posible existencia material de un hecho y su carácter aparentemente delictivo. En ese sentido se condicionará la exequibilidad de la norma”.

Es claro entonces que la preclusión de la investigación debe ser solicitada por la fiscalía ante el juez de conocimiento, para que este último la resuelva cuando no exista mérito para acusar (*artículo 331 de la Ley 906 de 2004*) o cuando concurra alguna de las siguientes causales (*artículo 332 ibidem*):

“1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.

2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.
3. Inexistencia del hecho investigado.
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este código” (negrilla fuera del texto original).

El mismo Código de Procedimiento Penal en su artículo 77 establece que una de las causales de extinción de la acción penal es la “*caducidad de la querrela*”, surgiendo una circunstancia insuperable que impide al Estado ejercer la potestad jurisdiccional de perseguir al presunto delincuente.

El fenómeno de la caducidad de la querrela, es una circunstancia que se enmarca dentro del supuesto de hecho de “*imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal*” contenido en el numeral 1 del artículo 332 que dispone que ese tipo de asuntos son objeto de debate ante un juez de conocimiento y mediante la preclusión, tal como lo señaló el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Buga al promover la acusación en el presente asunto.

Así mismo, el tema ha sido decantado ampliamente por la Sala en distintas oportunidades¹⁴, en las que ha referido, en resumen, que la causal 1ª del artículo 332 *ibidem* se

¹⁴ CSJ 26 de octubre de 2007, rad. 28492; 8 de febrero 2008, rad. 28908; 17 de octubre de 2012, rad. 39679; 24 de abril de 2013, rad. 40.367; AP6492-2017, rad. 50009; AP1741-2017, rad. 47551; entre otras.

refiere a los eventos donde concurre alguno de los supuestos fácticos de extinción de la acción, pues *“son ellos los que impiden el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Por tanto, ese precepto remite a los artículos 77 de la Ley 906 de 2004 y 82 del Código Penal por tratarse de las normas que establecen los motivos por los cuales, en un evento particular, fenece el ius puniendi”*.

Justamente, son circunstancias que imposibilitan iniciar o continuar la acción penal: *“la muerte del imputado o acusado, la prescripción, la aplicación del principio de oportunidad, el desistimiento, la amnistía, la oblación, la caducidad de la querrela, el desistimiento, el pago, la indemnización integral y la retractación en los casos previstos en la ley”*.

En ese orden de ideas, la Sala considera que la acción de archivar las diligencias, impartida por el fiscal procesado, fue contraria a ley, pues desconoció las normas que lo obligaban a solicitar la preclusión y aplicó indebidamente otra que no contemplaba la posibilidad de archivar por el referido fenómeno.

Empero, desde el punto de vista subjetivo, no se puede tildar de prevaricadora la resolución de archivo sin verificar que la manifiesta ilegalidad de esa decisión provenía de una determinación adoptada con dolo, esto es, conocimiento y voluntad.

18.1.6 En el presente asunto, aun cuando la decisión se revela manifiestamente contraria a las normas que regulan el archivo y la preclusión, no encuentra la Sala elementos que den cuenta de que ARTURO PELÁEZ CARDONA archivó el trámite por capricho o arbitrariedad, es decir, que su decisión fuese producto del desconocimiento *burdo y mal intencionado del marco normativo*.¹⁵

Contrario a ello, la decisión del procesado tuvo en cuenta supuestos fácticos que en su sentir le permitían el archivo, entre las que se destaca la manera como, en la práctica se venían resolviendo los casos en que operaba la caducidad de la querrela; de allí, resulta imposible para la Sala determinar que su actuar estuvo orientado conscientemente a obrar de manera ilegal, contrariando el ordenamiento jurídico.¹⁶

18.1.7 Al respecto, debe recordarse que, renunciando al derecho que le asiste a guardar silencio, en audiencia de juicio oral adelantada el 11 de marzo de 2019, ARTURO PELÁEZ CARDONA admitió que conocía a Nilton Valdés Jaramillo y Luisa Gabriela Vergara, en razón a su labor como Fiscal Local 103 de la ciudad de Palmira, en varias averiguaciones por hechos de *violencia intrafamiliar* en los que ellos se vieron inmiscuidos, pues era el único Fiscal

¹⁵ CSJ SP 13 ago. 2003, rad. 19303; y, CSJ SP2438-2019, rad. 53651.

¹⁶ SP14499-2014, Rad. 39538 y CSJ SP1657-2018, rad. 52545.

encargado de investigar tales conductas en la Unidad CAVIF de dicha ciudad.

En esa oportunidad, con respecto a los fundamentos que lo llevaron a adoptar el archivo cuestionado el procesado manifestó¹⁷:

“la decisión allí tomada la hice convencido de que estaba apegado al principio de legalidad, (...) consideré que en aquella oportunidad no estaba vigente la Ley 1542 del año 2012 que proscribía la querellabilidad para el delito de violencia intrafamiliar, y esa orden de archivo la hice apegado a lo que la Constitución y por la ley que debía yo aplicar de acuerdo a la vigencia de la normatividad no era caprichosa (...).

Por caducidad de la querrela ni en Bogotá donde laboré, ni en Palmira, los fiscales nunca pedíamos preclusión por caducidad de la querrela y no se hacía por capricho, los juzgados de conocimiento de la ciudad de Palmira oportunamente expedieron certificaciones que así lo indican (...)”

Manifestaciones que ratificó el denunciante Nilton Valdés Jaramillo¹⁸, cuando en juicio, mientras se le tomaba testimonio, aceptó que PELÁEZ CARDONA era el fiscal de Palmira asignado para conocer los asuntos de *violencia intrafamiliar*, así como la existencia de procesos que, por este delito, él siguió en su contra donde era víctima Luisa Gabriela

¹⁷ Record 1:17:10 y ss de la audiencia del 11 de marzo de 2019, contenidos en la carpeta 2 folio 337.

¹⁸ Récord 6:31 y ss de la audiencia de juicio oral del 11 de marzo de 2019.

Vergara, su entonces compañera permanente y con quien tenía una hija.

18.1.8 Así mismo, el procesado incorporó en audiencia, copia de dos certificaciones expedidas por: i) la Juez Quinta Penal Municipal de Conocimiento; y ii) del Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento, ambos de Palmira – Valle, el 29 de enero de 2018, en las que dan cuenta de no haber recibido solicitudes de *preclusión por caducidad de la querella*, prueba que respalda, por lo menos en parte, lo indicado por el Fiscal implicado respecto a que en la práctica no era esa la vía procesal que se seguía. En la última de las citadas se indicó:

“Que una vez se llevó a cabo la revisión de las carpetas relacionadas con las solicitudes de audiencia de preclusión y que fueron decididas por esta judicatura, durante los años 2014, 2015, 2016 y 2017 se pudo constatar que los FISCALIA LOCALES de esta localidad, en sus solicitudes no elevaron la causal de CADUCIDAD DE LA QUERELLA (artículo 73 C.P. Penal), como fundamento de petición”

Aseveraciones que de ninguna manera fueron desvirtuadas por la Fiscalía, a quien le correspondía, por ejemplo, demostrar de alguna manera, que en la práctica los fiscales sí acudían a la preclusión en casos como el que estaba en conocimiento de ARTURO PELÁEZ CARDONA, a fin siquiera de sugerir, que la manera de obrar del procesado fue caprichosa y arbitraria, además de abiertamente ilegal.

18.1.9 Tampoco se advierte de las pruebas aportadas por la entidad acusadora, la existencia de algún tipo de ánimo o interés que hubiere motivado la decisión con el fin de obviar un control judicial; por el contrario, tal y como el mismo procesado lo refirió en su testimonio, en su sentir y con fundamento en jurisprudencia que no recordó, llegó a la conclusión de que la decisión de archivo era más favorable a los intereses de la víctima (*Nilton Valdés Jaramillo - denunciante*) ya que se trataba de una disposición que no hacía tránsito a cosa juzgada, como sí lo hacía la preclusión; además de permitirle, si era su deseo, acudir a un juez de control de garantías para solicitar el desarchivo.

Tampoco se logró demostrar el desinterés del procesado en la causa del demandante o su preferencia e inclinación en favorecer a la denunciada Luisa Gabriela Vergara; pues, la razón para archivar fue objetiva, en concreto, el haber pasado más de 6 meses desde la ocurrencia de los hechos sin que se hubiera interpuesto la querrela, tratándose el asunto de un delito que, para la fecha de ocurrencia de los mismos, tenía la connotación de querellable.

18.1.10 Aunado a lo anterior, debe también tenerse en cuenta que la norma que regula el ejercicio de la querrela (*artículo 73 del Código de Procedimiento Penal*), solo establece una excepción a la regla general según la cual el término para presentarla es de 6 meses, so pena de ocurrir la caducidad; la cual opera “*cuando el querellante legítimo por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados no hubiere tenido conocimiento de su ocurrencia (...)*” evento en la que dicho

“término se contará a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a seis (6) meses”.

Excepción que, a simple vista, no resultaba aplicable al caso que estaba conociendo el procesado, lo que tampoco impedía que se adoptara tal determinación (*archivo*) pues los hechos de los que se trataba la denuncia consistían en la lesión que presuntamente Luisa Gabriela Vergara infligió a su compañero permanente Nilton Valdés Jaramillo con un cuchillo en su pierna izquierda, de donde ninguna evidencia permitía siquiera considerar que la demora en la interposición de la queja pudiese haber tenido lugar por razones de fuerza mayor o caso fortuito, que dieran lugar a que la víctima no conociera el hecho.

18.1.11 La Sala no ignora que el procesado actuaba como Fiscal 103 Local CAVIF de Palmira, desde el 30 de agosto de 2010, lo que significa que para el momento de proferir la orden de archivo llevaba más de 3 años y 7 meses en su labor dentro del ente acusador, participando en investigaciones y procesos por el delito de violencia intrafamiliar.

No obstante, como ya ha sido expuesto por esta Corporación en asuntos semejantes¹⁹, para que la práctica profesional, los conocimientos, la formación o los estudios puedan ser tenidos como fundamento para acreditar el dolo,

¹⁹ CSJ SP rad. 46206 de junio 3 de 2009 SP8383-2017, rad. 46206 y CSJ SP3270-2020. Rad. 55508.

le corresponde a la Fiscalía demostrar de qué manera ese conocimiento, dominio o ejercicio de la profesión, fueron omitidos o desconocidos en el caso específico como elemento indiciario para corroborar ese elemento volitivo; de lo contrario, como aquí sucede, su mero planteamiento se convierte tan solo en un enunciado carente de contenido, de aquellos que suelen emplearse con el ánimo de suplir vacíos probatorios.

En estos términos lo indicó la Sala en sentencia SP3270-2020, radicado 55508:

En todo caso, con la sola experiencia o trayectoria de la funcionaria, no puede darse por sentado el conocimiento y la voluntad de obrar contra derecho, pues como lo ha expuesto la Sala en otras oportunidades, dicho elemento no puede analizarse de manera insular, al punto de concluirse que toda equivocación de un funcionario experimentado y estudioso se entiende dolosa, por cuanto sería irrumpir en terrenos de responsabilidad objetiva, proscrita por el ordenamiento legal.

De esa manera, por no contar con pruebas que acrediten el elemento subjetivo, en las condiciones que lo exigen los artículos 7° y 381 del Código de Procedimiento Penal (*Ley 906 de 2004*), la Sala confirmará también en este aspecto el fallo impugnado; pues, si bien se demostró que la decisión desconoció la normatividad legal de manera manifiesta, no así, que el funcionario hubiese actuado con

conocimiento de que contrariaba el orden legal y quisiera su realización.

18.2. De la responsabilidad del procesado en el prevaricado por omisión

18.2.1. La Sala, con respecto del delito de prevaricato por omisión, debe advertir que mantendrá la decisión de absolver adoptada por el Tribunal, aunque las razones no serán las mismas, porque el fundamento del juez colegiado de segunda instancia estuvo centrado en que no tenía sentido investigar o realizar cualquier otro trámite dentro del proceso penal seguido en contra de Luisa Gabriela Vergara, por haber ocurrido el fenómeno de la caducidad de la querrela que impedía la continuación del ejercicio de la acción penal; mientras que en este proveído ya se demostró que debido a la expedición de la Ley 1542 de 2012, el delito de violencia intrafamiliar era investigable de oficio, por lo que lo lógico era la continuación del ejercicio de persecución penal en cabeza de la Fiscalía.

Sin embargo, lo inmediatamente anterior no significa que el procesado haya incurrido en el delito de prevaricato por omisión, pues que tuviera la obligación de continuar con el ejercicio de la acción penal, no estructura de forma automática los elementos del tipo penal, como se procederá a explicar.

Para dilucidar el marco fáctico sobre el cual estructuró el pliego de cargos la Fiscalía y así vislumbrar con claridad los

puntos de estudio, se transcribirá lo plasmado en la acusación, así:

“La Fiscalía 103 Local CAVIF de Palmira (Valle del Cauca), en cabeza de su Titular ARTURO PELÁEZ CARDONA, sin el recaudo de ningún medio cognoscitivo y sin atender las solicitudes probatorias de la Víctima NILTON VALDÉS JARAMILLO, al no haberse librado Orden a Policía Judicial alguna, ni como desarrollo de su Programa Metodológico del 27 de agosto de 2013, con claro desconocimiento de lo dispuesto en; a) El Lit. d) del art. 11 de la Ley 906/04 sobre DERECHOS DE LA VÍCTIMAS a ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas, b) El art. 22 de la Ley 906/04 sobre RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO en orden a hacer cesar los efectos producidos por el delito, c) El art. 133 de la Ley 906/04 sobre ATENCIÓN Y PROTECCIÓN INMEDIATA A LAS VÍCTIMAS al no adoptar las medidas necesarias para la atención de la víctima y la protección frente a toda publicidad que implique un ataque indebido a su vida privada o dignidad, d) El art. 134 de la Ley 906/04 sobre MEDIDAS DE ATENCIÓN Y PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS al no haber solicitado ante el Juez de Control de Garantías las medidas indispensables para su atención y protección, y e) El Nral. 5° del art. 138 de la Ley 906/04 sobre INTERVENCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA ACTUACIÓN PENAL al no atender oportuna y debidamente las peticiones dirigidas por los intervinientes dentro del proceso penal, especialmente la petición de pruebas de la víctima y contenida en el escrito del 23 de septiembre de 2013”.

Asimismo, lo expuesto en la acusación sobre la atribución jurídica, de la siguiente manera:

“1. PREVARICATO POR OMISIÓN, bajo la conducta de OMITIR, tipificado como tal en el Código Penal de 2000, Libro II, Título XV, Capítulo VII, art. 414 modificado por el art. 14 Ley 890/04), y que

responde al siguiente tenor normativo: "El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de treinta y dos\ (32) meses 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, por el hecho de haber presuntamente omitido, en favor de la víctima denunciante NILTON VALDÉS JARAMILLO, lo dispuesto en las normas contenidas en: a) El Lit. d) del art. 11 de la Ley 906/04 sobre DERECHOS DE LA VÍCTIMAS, a ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas, b) El art. 22 de la Ley 906/04 sobre RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, en orden a hacer cesar los efectos producidos por el delito, c) El art. 133 de la Ley 906/04 sobre ATENCIÓN Y PROTECCIÓN INMEDIATA A LAS VÍCTIMAS, al no adoptar las medidas necesarias para la atención de la víctima y la protección frente a toda publicidad que implique un ataque indebido á su vida privada o dignidad, d) El art. 134 de la Ley 906/04 sobre MEDIDAS DE ATENCIÓN Y PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS, al no haber solicitado ante el Juez de Control de Garantías las medidas indispensables para su atención y protección, y e) El Nral. 5° del art. 138 de la Ley 906/04 sobre INTERVENCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA ACTUACIÓN PENAL, al no atender oportuna y debidamente las peticiones dirigidas por los intervinientes dentro del proceso penal, especialmente la petición de pruebas de la Víctima Denunciante y contenida en el escrito del 23 de septiembre de 2013, así como la ausencia de recaudo de medio cognoscitivo alguno, ni libramiento de Orden a Policía Judicial alguna en orden a desarrollar el Programa Metodológico trazado el 27 de agosto de 2013".

De acuerdo con lo expuesto, entiende la Sala que el ente acusador imputó al procesado el delito de prevaricato por omisión, porque, al no recaudar elementos materiales probatorios y pretermitir los derechos de las víctimas, omitió

lo consagrado en los artículos 11, literal d, 22, 133, 134 y 138, numeral 5, de la Ley 906 de 2004.

Aclarado lo anterior, se advierte que no existen elementos materiales probatorios que den cuenta de que hubiera ocurrido el delito en mención, ni siquiera desde la tipicidad objetiva, como pasará a exponerse:

(a) El artículo 11 del Código de Procedimiento Penal dispone que *“el Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código”* y consagra el derecho *“a ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas”*, por lo que en el caso particular se imputa una omisión a esa obligación de la Fiscalía.

De acuerdo con lo probado en juicio, no existe evidencia demostrativa de que en el transcurso de la investigación el Fiscal haya dejado de escuchar a Nilton Valdés Jaramillo o le haya impedido o no le haya recibido elementos de prueba que quisiera aportar, porque, al contrario, se observa que, más allá de la renuencia que existiera en recibir la denuncia, según el dicho de la víctima, se repite, el procesado acogió la noticia criminal; posteriormente recibió, sin ninguna traba, la ampliación de la denuncia que contenía algunos elementos de convicción que consideraba pertinentes para el desarrollo del proceso y, finalmente, teniendo en cuenta esas actuaciones, resolvió elaborar el programa metodológico.

Así las cosas, las actividades desplegadas por el acusado de ninguna manera son indicativas de una omisión

de sus obligaciones, al contrario, se puede considerar que en los momentos referidos cumplió sus deberes.

(b) El artículo 22 *ibidem* consagra que, “*cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal*”, lo que implica que se debía demostrar que, en el marco de la investigación adelantada en contra de Luisa Gabriela Vergara, procedían las medidas de que trata el artículo y que el procesado tenía la obligación de adoptarlas.

No encuentra la Sala elemento alguno que demuestre que, en la indagación adelantada, producto de la denuncia presentada por NILTON VALDÉS JARAMILLO era procedente la adopción de medidas para hacer cesar los efectos del delito de violencia intrafamiliar y que no se haya adoptado por PELÁEZ CARDONA la adecuada al caso.

En cambio, está demostrado que el núcleo familiar se había desintegrado, pues Nilton Valdés Jaramillo al momento de interponer la denuncia ya no convivía con Luisa Gabriela Vergara, y que existía una medida de protección expedida por la Comisaría de Familia de Buga, que, si bien era en favor de la denunciada, obligaba a que estos no se volvieran a agredir porque estaban impedidos de estar en el mismo lugar, sobre lo cual tenía conocimiento el enjuiciado.

Lo expuesto significa que el procesado de ninguna manera omitió los alcances contemplados en la norma citada, porque no era necesario adoptar medidas para cesar los efectos del delito, en tanto preexistían algunas que menguaban dichos efectos.

(c) Los artículos 133 y 134 *ibidem* disponen que “*La Fiscalía General de la Nación adoptará las medidas necesarias para la atención de las víctimas, la garantía de su seguridad personal y familiar, y la protección frente a toda publicidad que implique un ataque indebido a su vida privada o dignidad*” y que “*las víctimas, en garantía de su seguridad y el respeto a su intimidad, podrán por conducto del fiscal solicitar al juez de control de garantías las medidas indispensables para su atención y protección*”.

Como se observa, la primera de estas normas consagra la obligación de la Fiscalía de adoptar las medidas para la atención de las víctimas, su seguridad y la de sus familiares, de manera oficiosa, de verlo necesario; y, la segunda, dispone que esas medidas de protección podrán también ser solicitadas por las víctimas, de ser ellas quienes evidencien algún riesgo en su seguridad, ante un juez de control de garantías, todo lo cual considera el ente acusador como pretermitido.

De acuerdo con lo anterior, no dilucida la Sala que el procesado hubiera omitido cumplir el artículo 133 *ibidem*, en la medida de que no se evidencian pruebas que den cuenta

que existía la necesidad de adoptar alguna medida de protección en favor de la víctima Nilson Valdés Jaramillo, porque, como se dijo, él para ese momento ya no convivía con la denunciada Luisa Gabriela Vergara y existía una medida expedida por parte de la Comisaría de Familia de Buga que impedía que la expareja estuviera en el mismo lugar, lo cual, por obvias razones, disminuía el riesgo en la seguridad del entonces denunciante.

En torno a lo dispuesto por el artículo 134 *ibidem*, es claro que no consagra ninguna obligación atribuible a la Fiscalía, por lo que era imposible que el procesado omitiera esa norma, en la medida en que no dispone ninguna obligación hacia este y sí la obligación del juez de garantías de resolver la solicitud que pueda presentar una víctima dentro de un proceso, sobre los cual no tenía competencia el procesado.

(d) El numeral 5 del artículo 138 consagra que es deber de *“los servidores públicos, funcionarios judiciales e intervinientes en el proceso penal, en el ámbito de sus respectivas competencias y atribuciones”, “Atender oportuna y debidamente las peticiones dirigidas por los intervinientes dentro del proceso penal”*.

La Fiscalía sustenta esta omisión en que el procesado no atendió las solicitudes probatorias de la víctima, que tampoco expidió órdenes a policía judicial para desarrollar el programa metodológico y, en general, que no investigó, afirmaciones que son ciertas parcialmente de acuerdo con los

hechos demostrados, pero que no demuestran de ninguna manera una actitud prevaricadora del procesado.

Lo anterior, porque la víctima no realizó solicitudes probatorias, sino que procedió a aportar unos documentos (*en el oficio de ampliación de la denuncia*) y datos que podían servir para el desarrollo de la investigación, lo cual estaba en consideración del procesado para el momento en que elaborara el programa metodológico o cuando pretendiera imputar.

El hecho de que el procesado hubiera recibido la documentación no significa de ninguna manera que no las haya tenido en cuenta o las hubiera desechado, pues el solo acto de recibirlas implicaba que se encontraban en el plenario de la indagación y que eran elementos con los cuales contaba para realizar cualquier actividad.

Tanto así que días después de recibir esos elementos, que dice el censor no fueron tomados en cuenta, el enjuiciado en su calidad de Fiscal procedió a elaborar el programa metodológico, poniendo de presente los sucesos narrados en la denuncia y la ampliación de aquella, lo que hace sencillo advertir que la acusación no tiene fundamento probatorio y, menos, contribuye a demostrar que ese acto hubiera constituido un prevaricato por omisión, pues no alcanza a estructurar sus elementos objetivos.

Es cierto que el procesado no realizó ninguna orden a policía judicial, a pesar de haber realizado el plan

metodológico; no obstante, hay algunos elementos fácticos probados con los cuales se entienden las razones de que el enjuiciado no impulsara la actuación desde la elaboración del plan metodológico (*27 de agosto de 2013*) y hasta el archivo de las diligencia (*25 de abril de 2014*).

Lo primero es que entre un acto y otro transcurrieron alrededor de 8 meses, tiempo que no es irrazonable para impulsar un asunto, si se cuenta con la carga de procesos que adelantaba el enjuiciado (aproximadamente 70 asuntos); o porque simplemente, él consideró que con los elementos materiales aportados por la víctima tenía suficiente para imputar y, por ello, no era necesario desgastar el aparato judicial.

Esta última hipótesis no es irrazonable, si se cuenta con que el procesado para demostrar lo manifestado en la denuncia, sobre una puñalada en su mulso izquierdo, la víctima aportó la historia clínica que así lo decía y sus manifestaciones claras que coincidían con lo plasmado en aquel dictamen médico.

En ese orden, si bien se estructura el elemento objetivo del tipo penal de prevaricato por omisión, porque existe una omisión en el deber de la Fiscalía de investigar, no observa la Sala que esta hubiera sido deliberada. Por tanto, la simple demostración objetiva de la adecuación aparente del hecho en alguno de los verbos que alternativamente configuran la ilicitud no es suficiente para pregonar su punibilidad.

En todo caso, lo expuesto no evidencia de ninguna manera la omisión del artículo 138, numeral 5, porque de acuerdo con lo reglado en ese precepto, lo que se omite es la atención a “*las peticiones dirigidas por los intervinientes dentro del proceso penal*”, lo que implicaría que el Fiscal procesado hubiera pretermitido una solicitud incoada por alguna de las partes dentro del asunto que acá se discute, lo cual no ocurrió, pues los dos únicos escritos que fueron radicados ante el enjuiciado, sobre los cuales esta Sala tiene conocimiento, no llevan intrínsecas solicitudes que no se hubieran resuelto.

Con todo lo expuesto, es claro que no se estructuró objetivamente el tipo penal de prevaricato por omisión, por ninguno de los hechos jurídicamente relevantes que presentó el ente acusador, que básicamente estaban encaminados a demostrar la omisión en la obligación de proteger los derechos de las víctimas y en el deber de investigar lo ocurrido.

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

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de julio de 2019, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga absolvió a ARTURO PELÁEZ CARDONA, identificado con la Cédula de Ciudadanía N° 6.114.388 de Andalucía (*Valle*), del concurso integrado por *prevaricato por*

acción y prevaricato por omisión; por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO- Contra este fallo no proceden recursos.

TERCERO. Devolver la actuación al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


HUGO QUINTERO BERNATE

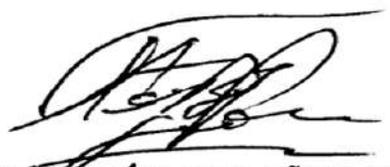
Salvamento de voto


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Salvamento de voto



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



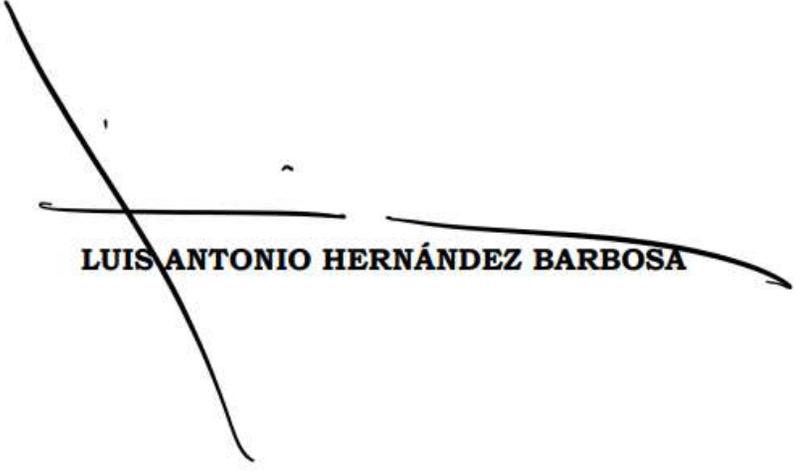
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal@2023