El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto – 1ª instancia – 19 de abril de 2017

Proceso: Penal – Decreta preclusión de la investigación

Radicación Nro. : 66001 60 00 058 2011 00416 00

Procesado: WOLFANG OTTO GARTNER GALVIS

Magistrado Sustanciador: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**Temas: PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.** “[E]n el caso *sub examen,* se advierte la ausencia de los componentes de orden cognitivo y volitivo previstos en el artículo 22 del C.P., por lo cual se presenta un evento de atipicidad subjetiva frente al tipo penal del artículo 414 del C.P. en atención a los precedentes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia antes citados, lo que desestructura la conducta punible, en los términos del artículo 9º del C.P., por lo cual la Sala concluye que le asiste razón al Fiscal Delegado en su petición, pues en nuestro ordenamiento la culpabilidad constituye un presupuesto de la responsabilidad penal, como lo manifestó la Corte Constitucional en la sentencia C- 425 del 4 de septiembre de 1997. (…) [A]l no contarse con prueba de la existencia de una conducta dolosa por parte del funcionario investigado y estar proscrito el criterio de responsabilidad objetiva como fundamento de la responsabilidad penal según el artículo 12 del C.P. se decretará la preclusión de la investigación que se adelantaba contra el Dr Otto Wolfang Gartner Galvis, por su actuación como juez penal del circuito de Belén de Umbría, dentro del proceso que se adelantó contra el señor Luis Alejandro Niaza Bigama por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, determinación que se toma con base en lo dispuesto en el artículo 332-4 del C. de P.P., y que tiene los efectos previstos en el artículo 334 ibídem, (…)”.

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 0323 del seis (6) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Pereira, diecinueve (19) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 9:30 A.M.

1. ASUNTO A DECIDIR

Se procede a resolver la solicitud de preclusión presentada por el señor Fiscal Tercero Delegado ante los Tribunales Superiores de Armenia y Pereira, en favor del doctor WOLFANG OTTO GARTNER GALVIS, por la conducta de prevaricato por omisión.

2. ANTECEDENTES

2.1 El Fiscal Tercero Delegado ante esta Corporación, elevó solicitud de preclusión a favor del doctor Gartner Galvis, para tal fin sustentó lo siguiente:

*“Fue a través del auto de fecha once de marzo del dos mil once mediante el cual el Juzgado Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Anserma Caldas, que se desató el recurso de HABEAS CORPUS instaurado por el señor LUIS ALEJANDRO NIAZA BIGAMÁ en contra del Juzgado Promiscuo del Circuito dé Belén de Umbría Risaralda. En decurso de dicho auto el funcionario judicial mencionado en primer término señala como el accionante señor NIAZA BIGAMÁ estuvo recluido desde el 13 de diciembre de 2009 hasta el once de marzo de 2011, esto es un lapso correspondiente a catorce meses (14) y veinte días (20) sin que se hubiera resuelto su situación jurídica, habiéndose pospuesto según el señor Juez en varias oportunidades la Audiencia de Juicio Oral tanto el juzgado como el representante del ente legal. Se señala allí mismo que las conductas por las que se mantenía privado de la libertad eran las de ACCESO CARNAL ABUSIVO en concurso heterogéneo con ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE CATORCE AÑOS e INCESTO.*

*En tal virtud al desatar la solicitud propuesta el señor Juez en el resultando primero de su auto señaló "DECLARAR PROCEDENTE la acción constitucional de Hábeas Corpus, reclamada por el Señor LUIS ALEJANDRO NIAZA BIGAMÁ, debido a que se dan las condiciones estipuladas en el artículo 30 de la Constitución Política para su concesión..."*

*A su vez en el resultando CUARTO ibídem dispuso "COMPULSAR COPIAS a la Fiscalía Delegada ante el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda y a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura, Seccional Risaralda, con sede en Pereira, para que investiguen la posible conducta punible y disciplinaria asumida por el Dr. WOLFANG OTTO GARTNER GALVIS, quien actúa como Juez Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría Risaralda (Art. 9o Ley Estatutaria 1095 de 2006, Sentencia C-187 de 2006)".-*

*Es de anotar que el auto ya mencionado trae los siguientes anexos: Copia del acta del Juzgado Promiscuo Municipal de Mistrató (Rda) con funciones de Control de Garantías de fecha diciembre 15 de dos mil nueve mediante la cual se legalizó la captura del señor LUIS ALEJANDRO NIAZA BIGAMÁ, se le formuló imputación y se le impuso medida de aseguramiento consistente en Detención Preventiva; igualmente se encuentra copia de la BOLETA DE ENCARCELACIÓN O DETENCIÓN librada en contra del señor LUIS ALEJANDRO NIAZA BIGAMÁ*

*Igualmente obra copia del oficio 0048 de marzo 11 de 2011 mediante el cual la Fiscal Treinta y Dos Seccional de Belén de Umbría le solicita al señor Juez Promiscuo del Circuito de la misma ciudad fijar nueva fecha de juicio oral aduciendo no haber podido localizar a la denunciante y representante legal de las víctimas en el asunto penal del cual se desprende la presente indagación.*

*Copia del oficio Nro 165 de fecha marzo 11 de 2011 mediante el cual el Doctor WOLFANG OTTO GARTNER informa al señor Juez Penal del Circuito de Anserma donde señala como son varias las causas que han originado traumatismos en la celebración de las audiencias, entre ellas el hecho de no poder contar con defensores públicos los días jueves pues deben acudir a la reunión o "barra de abogados" programado por la Defensoría Pública , al desmantelamiento de la cárcel del municipio y el ulterior traslado de los detenidos a otro centro de reclusión, al hecho de existir encargos por lapsos de no más de dos meses en la Fiscalía del municipio donde ejerce sus funciones.*

*Copia del oficio mediante el cual el señor Secretario del Juzgado Único Penal de Circuito con funciones de Conocimiento de Anserma comunica al Doctor GARTNER GALVIS el contenido del auto del once de marzo donde como vimos en el resultando cuarto se dispone la compulsa de copias en su contra.*

*Copia de la BOLETA DE LIBERTAD número 004 de fecha 11 de marzo de 2011 expedida en favor del ciudadano LUIS ALEJANDRO NIAZA BIGAMÁ en virtud al habeas corpus proferidO en su favor.*

*LO ACTUADO:*

*Radicado en esta Delegada el asunto penal que hoy nos concita, de inmediato se elaboró el correspondiente programa metodológico y se impartieron las órdenes de policía judicial pertinentes, las cuales una vez desarrolladas arrojaron la aducción de los siguientes elementos materiales probatorios:*

*a) Se acreditó la calidad de funcionario del Doctor WOLFANG OTTO GARTNER GALVIS, mediante la aducción de copia de la resolución Nro 264 del 27 de noviembre de 2008 mediante la cual la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira designa al Doctor WOLFANG OTTO GARTNER GALVIS como Juez Promiscuo del Circuito en Belén de Umbría, copia de la resolución Nro 7 del 22 de enero de 2009 mediante la cual se CONFIRMA el anterior nombramiento. Acta Nro 007 de fecha 25 de febrero de 2009 mediante la cual el Doctor GARTNER GALVIS toma posesión del cargo para el que fuera designado.*

*b) Se obtuvo fotocopia de su tarjeta de preparación de cédula de ciudadanía Nro. 10.101.195 de Pereira Risaralda con miras a una identificación plena.*

*c) Igualmente se surtió diligencia de Inspección al expediente radicado al NUNC 660886000062300902320 donde es indiciado LUIS ALEJANDRO NIAZA BIGAMÁ por el delito de acceso carnal abusivo, estableciéndose que durante su perfeccionamiento fungieron como fiscales GLORIA PUERTA QUINTERO, EGDAR (sic) DANIEL RODRÍGUEZ FLORES, MANUEL ARTURO POVEA BARRIOS, NELSON CAMACHO y BEATRIZ ELENA RAMÍREZ.*

*d) Se surtió entrevista con el doctor JAIME SOTO RAMÍREZ Juez Penal del Circuito del Conocimiento de Anserma Cds quien aseguró que ante el cumulo de trabajo que manejaba no tenía tiempo de aportar mayores detalles, aunque consideraba que los aspectos principales se encontraban vertidos en el auto génesis de la indagación, además indicó que si era necesario aportar mayores detalles se le remitieran las preguntas para el darles respuesta por escrito.*

*e) Igualmente se entrevistó al señor JESÚS ANTONIO JIM´RNEZ quien es el Secretario del Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, el cual se mostró ajeno a lo ocurrido en el despacho en lo que tiene que ver con asuntos penales ya que dice se encarga de lo relativo a los negocios civiles, aduce no saber nada respecto a la dilación de términos en el proceso en contra de LUIS ALEJANDRO NIAZA BIGAMÁ.*

*f) Se recepcionó entrevista al personero municipal de BELÉN DE UMBRÍA para la fecha de los hechos doctor HÉCTOR FABIO CORRALES MONTES, el cual señala como en su criterio el Doctor GARTNER ARIAS era muy complaciente con los indiciados en los procesos adelantados allí y principalmente por los delitos de ACCESO CARNAL ABUSIVO y ESTUPEFACIENTES.*

*g) Se obtuvo fotocopia de la carpeta llevada en el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría del asunto génesis de la presente indagación del análisis de dicha carpeta se pueden extraer las siguientes conclusiones : i) El escrito de acusación fulminado por la Fiscalía Seccional de Belén de Umbría lleva como fecha la del 16 12 09, ii) El juzgado Promiscuo del Circuito a través de auto del 14 de enero de 2010, fija como fecha para la celebración de la audiencia de formulación de acusación la del 27 de enero de dos mil diez, iii) Con fecha del 19 de enero de 2010 y a través de oficio Nro 004, el Juzgado Promiscuo Municipal de Mistrató (Rda) deja a disposición del señor Juez Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría al señor LUIS ALEJANDRO NIAZA BIGAMÁ por cuanto la fase del conocimiento ya cursa en ese despacho, iv) a folio 23 de esas copias, obra copia del oficio dirigido al señor JOSÉ FERNANDO GONZÁLES VARELA Juez Promiscuo Municipal de Mistrató mediante el cual el notificador del Despacho señala que no fue posible notificar a la señora MARÍA ROSARIO BARIAZA NEQUIRUCAMA sobre la audiencia a celebrarse en Belén de Umbría, v) a folio 24 y ss obra copia del Acta de Audiencia de Formulación de Acusación en la cual se establece que el DEFENSOR del imputado solicitó el aplazamiento de la audiencia "...toda vez que no cuenta con los documentos necesarios para solicitar el cambio a la jurisdicción indígena, ya que el imputado pertenece a la etnia indígena. Esta solicitud es coadyuvada por el Ministerio Público y apoderado de la víctima". El juzgado accedió a lo solicitado por el defensor y dispuso como fecha para la realización de la audiencia la del 18 de febrero de 2010 a partir de las once de la mañana, vi) A folio 31 fte obra constancia (sin firmar) de la Secretaría del Juzgado Promiscuo del Cto de Belén de Umbría señalando que el Defensor del acusado habría advertido sobre la imposibilidad de estar presente en la Audiencia, motivo por el cual se fija como nueva fecha la del día dos de marzo del mismo año , vii) obra también copia de un escrito del señor NIAZA BIGAMÁ demandando que sus hijas puedan visitarlo pues según su criterio está detenido más no secuestrado, viii) A folio 17 de las copias recibidas obra copia del acta de la Audiencia de Formulación de Acusación, en la cual el defensor del ya acusado NIAZA BIGAMÁ menciona como su defendido pertenece al Cabildo Menor LAS LOMAS de Mistrató cuyo gobernador se encuentra en la ciudad de Pereira y por lo tanto solicita hacer su exposición en el sentido de cambiar la jurisdicción petición que sería convalidada por el Gobernador del Cabildo lo cual efectivamente hace en el sentido de solicitar el cambio de radicación del asunto, el Despacho determinó hacer un receso y continuar la diligencia el miércoles 24 de marzo de 2010 a partir de las 4 de la tarde, ix) efectivamente el 24 de marzo de 2010 se surtió la audiencia de cambio de competencia donde el Despacho determina "....aceptar la solicitud de la defensa y ordena el traslado del presente proceso a la jurisdicción indígena, propiamente al Cabildo de Las Lomas de San Antonio del Chamí, lo que se hará efectiva si la autoridad correspondiente convalida la presente decisión".- x) Como quiera que en contra del auto del Juzgado se interpuso recurso de apelación por parte de la Fiscalía, mediante oficio Nro 241 de fecha 05 de abril de 2010 se remitieron las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de esta ciudad para que por intermedio de su Sala Penal se destrabara el recurso planteado, xi) Asignado que fue el Doctor JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ el asunto que concita nuestra atención mediante auto del cinco de mayo de 2010 ordenó remitir el expediente en forma inmediata al Consejo Superior de la Judicatura atendiendo lo dispuesto en el artículo 256 numeral 6o de la Constitución Nacional, xii) El Consejo Seccional de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria a través de auto del trece de mayo de dos mil diez con ponencia del H. Magistrado PEDRO ALONSO SANABRIA BUITRAGO, resolvió el conflicto de competencias propuesto asignándole la competencia para conocer del mismo al Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, xiii) El expediente fue remitido el 25 de mayo de 2010 por parte del Consejo Seccional de la Judicatura y el dos de junio de la misma anualidad se expidió por parte del Doctor GARTNER GALVIS auto en ei cual fijaba como fecha del 23 del mismo mes para llevar a cabo la audiencia de formulación de acusación, xiv) Efectivamente para la fecha señalada se surtió la audiencia de formulación de acusación y se fijó como fecha para celebrar la Audiencia Preparatoria la del 16 de julio del mismo año a partir de las dos y media de la tarde, xv) con fecha del 07 de julio de 2010 se remite al Juzgado, el oficio Nro 287 mediante el cual el señor Fiscal 32 Seccional de Belén de Umbría solicita la suspensión de varias audiencias entre ellas la que corresponde al asunto en ciernes, aduciendo que se le celebraría una intervención médica en la ciudad de Medellín , xvi) Atendiendo lo solicitado por la Fiscalía se fijó para el 11 de agosto del 2010 la audiencia preparatoria, xvii) Efectivamente la audiencia preparatoria se surtió en la fecha y hora indicadas y allí mismo se fijó como fecha de la audiencia de Juicio Oral la del siete de septiembre del 2010 a partir de las 3 y media de la tarde, xviii) El día siete de septiembre se da inicio a la audiencia de Juicio oral habiendo presentado las partes su teoría del caso, se interrogó al acusado sobre si aceptaba los cargos y se fijó como fechas para la continuación de la misma audiencia para los días nueve (9) y diez (10) de noviembre, xix) con fecha del 08 de octubre de 2010 se recibió el oficio Nro 0407 procedente de la Fiscalía 32 Seccional donde ya otro fiscal diverso solicita el aplazamiento de la audiencia "...en razón a que existe tres juicios relevantes más y se precisa el estudio de los mismos", xx) A la petición anterior se dio respuesta positiva a través de auto del cinco de noviembre de 2010 mediante el cual se fijó para el día doce (12) de enero de dos mil once la fecha de la continuación de la Audiencia de Juicio Oral, xxi) El día 11 de enero de 2011 se allega oficio nro 009 mediante el cual tanto el señor Fiscal 32 Seccional como el Defensor Público solicitan el aplazamiento de la continuación de la audiencia de juicio oral , xii) el Juzgado mediante auto del mismo día cita para el nueve (9) de marzo a las partes procesales para la continuación de la audiencia de juicio oral, xiii) El día 02 de marzo de 2011 procedente de la Fiscalía Seccional 32 de Belén de Umbría pero ya en cabeza de otro funcionario se recibe el oficio 036 mediante el cual se solicita el aplazamiento de la audiencia señalándose la imposibilidad física de asistir a la audiencia por cuanto la titular en ese momento apenas se encontraba recibiendo los casos asignados y debía concurrir a otras audiencias ante el H. Tribunal Superior, xiv) el cuatro de marzo el hoy investigado dispone fijar como fechas para continuación de la audiencia de juicio oral los días quince y dieciséis de marzo de 2011, xv) Con fecha del diez (10) de marzo de 2011 se allega oficio Nro 437 del juzgado penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Anserma dando cuenta de la interposición de recurso de HABEAS CORPUS en favor xvi) con fecha del 10 de marzo de 2011 se profiere el auto interlocutorio Nro 044 mediante el cual el señor Juez Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Anserma Caldas admite la acción interpuesta, xvii) Con fecha del 11 de marzo de 2011 se allega oficio 048 de la Fiscalía 32 Seccional solicitando nuevo aplazamiento de la audiencia en virtud de no haber podido localizar a las víctimas en el asunto en ciernes , xviii) Auto del once de marzo de dos mil once fijando como fecha para llevar a cabo la audiencia la del día nueve (9) de mayo de la misma anualidad.-*

*h) Se recibió suscrito por el doctor OTTO GARTNER GALVIS escrito de fecha 09 de abril de 2014 en el cual plasma como su decisión de remitir las diligencias a la Jurisdicción indígena, que incidió notoriamente en cuanto al transcurso del tiempo entre la presentación del escrito de acusación y el inicio de la audiencia de juicio oral, derivó de la capacitación que sobre tal tema había recibido previamente; que además incidía en la fijación de audiencias, el hecho de tener que atender siete especialidades en su Despacho dado lo promiscuo de su cargo, tales como Civil, Penal, laboral, Agrario, Familia, Ejecución de Penas, Constitucional referidas a Tutelas y Acciones Populares, como también las segundas instancias de 3 juzgados promiscuos municipales que integran el Circuito de Belén de Umbría, más las continuas comisiones de la jurisdicción administrativa (Tribunal y Juzgados) y los desplazamientos a otros municipios por los impedimentos presentados por sus pares en el Área Penal lo que lo ha obligado a fijar audiencias con tres meses de posterioridad. Señaló igualmente como en su criterio el Juzgado de Anserma concedió en forma incorrecta el recurso del HABEAS CORPUS por cuanto tal acción no procede por el "...lamentable e ineluctable alargamiento de los términos, sino por capturas y prolongaciones ilegales de la detención", lo cual en su criterio no era aplicable al caso en ciernes, y que ya el Tribunal Superior de Manizales lo corrigió. Señala igualmente el señor Juez como las demoras en el trámite, obedecieron "...exclusivamente a las objetivas circunstancias procesales frente al derecho de postulación del defensor, donde el acusado osciló frente a un eventual de confianza y el público, la inasistencia de los testigos de la Fiscalía, la congestión en juicios y de trámites de ese ente acusador y a la situación material de congestión del despacho, y jamás a una dilación intencional o culposa"*

*EL DELITO INVESTIGADO:*

*Son elementos constitutivos del delito de PREVARICATO POR OMISION:*

*Sujeto Activo: Cualificado jurídicamente y singular: Servidor Público. Sujeto Pasivo: El Estado.*

*Conducta: Verbo determinador compuesto alternativo: Omitir, retardar, denegar,*

*Elementos Descriptivos: Sin especificación de las circunstancias de modo o lugar.*

*De Tiempo: El retardo, la omisión, o la denegación se deben analizar en directa referencia a la oportunidad legal para la realización del acto debido Objeto Jurídico: Principio de legalidad de la actividad estatal. Objeto Material fenoménico: Acto propio de las funciones del agente al cual está obligado. (Código Penal esquemático Edic Doctrina y Ley Ltda Pag 418)*

*Sobre esta conducta ha mencionado la jurisprudencia:*

*EI acto omisivo debe ser realizado deliberadamente al margen de la ley.*

*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'.- (CSJ Cas. Penal, Sent. Mayo 27/2003 M.P. Yesid Ramírez Bastidas).*

*Igualmente se ha mencionado: "En cuanto a la tipicidad subjetiva, el prevaricato por omisión solo admite el dolo, exigencia que entraña la confluencia de sus dos componentes, el cognitivo o conciencia de que su actuar es objetivamente típico, y el volitivo que comporta querer realizarlo" (Sentencia del 3 de julio de 2013 radicado 38.995 M.P. Javier Zapata Ortiz).-*

*No nos referiremos tanto al primer aspecto por cuanto se ha efectuado denuncia en contra del Doctor WOLFANG OTTO GARTNER GALVIS, en su condición de Juez Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría Risaralda. Lo cual se traduce en la capacidad potencial de poner en peligro el bien jurídico tutelado de la Administración Pública. Situación que se comprobó fehacientemente con la aducción tanto del Decreto de nombramiento como del acta de posesión que hiciera el funcionario del cargo para el cual fuera promovido, y los cuales hemos reseñado suficientemente en prolegómenos anteriores.*

*Lo que no se cuenta en este asunto, es con la certeza en cuanto al hecho de haber producido el señor Juez Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría Rda para esas calendas. Lesión al bien jurídico tutelado de la Administración Pública, cuando actuó dentro del asunto penal radicado bajo partida Nro 660883189-001-2009-00222-00; y es precisamente a dicho aspecto al que centraremos nuestra atención para dirimir el conflicto propuesto.*

*Como vimos la jurisprudencia ha señalado como elemento estructurante de la conducta del prevaricato por omisión, que esta sea realizada deliberadamente al margen de la ley, o lo que es lo mismo con la intención proterva de desviar los alcances de aquella.*

*Pues bien en el caso a estudio, contrario a lo que se denuncia, que es la aviesa intención a través de OMISIÓN, consciente, voluntaria y definitivamente ilegal, del cumplimiento de los deberes que le eran inherentes al cargo que en ese momento desempeñaba, cual era el de dar pronto y cumplido desarrollo a las audiencias programables dentro del asunto penal adelantado en contra del señor LUIS ALEJANDRO NIAZA BIGAMÁ; lo que se avizora es la diligencia del señor Juez al proferir los autos que fijaban la celebración de las audiencias lo más pronto posible dentro de la agenda que manejaba el Despacho.*

*En este punto del análisis es necesario hacer un alto y reflexionar sobre los diversos aspectos que se desprenden de los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida hasta el momento:*

*a) Es un hecho que efectivamente al Juzgado Único Promiscuo del Circuito hizo su arribo la noticia criminal 660883189-001-2009-00222-00 que por el delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO, INCESO Y ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE AÑOS, se adelantaba en contra del señor LUIS ALEJANDRO NIAZA BIGAMÁ el pasado 18 de diciembre de 2009.*

*b) Es decir un día antes de iniciarse la vacancia judicial, por lo tanto fue el día 14 de enero de 2010 cuando se expidió el auto que fijaba la fecha para la celebración de la audiencia de formulación de acusación y a fuer de decir la verdad se fijó para una fecha bastante próxima, esto es el día veintisiete de enero del mismo año, esto es 13 días, sin contar días que no eran hábiles.*

*c) Sin embargo una serie de vicisitudes tales como el hecho de no poder notificar a la Denunciante y Representante legal de los menores según constancia emitida por el Notificador del Juzgado Promiscuo Municipal de Mistrató, y la solicitud del defensor del para esas calendas acusado dieron al traste con la celeridad impartida.-*

*d) Fue necesario fijar nueva fecha, ello a través de auto del mismo día de la audiencia aplazada, la cual se concretó para el 18 de febrero siguiente; sin embargo Según constancia del Secretario del Despacho, el señor Defensor en forma verbal manifestó su imposibilidad de asistir a la misma, motivo por el cual ese mismo día fijó nueva fecha que recayó en el día dos de marzo.-*

*e) Fue precisamente en decurso de dicha audiencia que el señor Defensor del acusado solicitó el cambio de competencia de dicho asunto para que fuera la jurisdicción indígena la que continuara conociendo de los hechos; el Despacho dispuso entonces que fuera para el día 24 de marzo la fecha en la cual se dispondría lo pertinente, y a fuer que así lo hizo ya que en decurso de la misma se dispuso la remisión de las diligencias a la jurisdicción indígena; contra tal decisión se interpuso recurso de apelación por parte de la Fiscalía y el defensor de víctimas, y de ahí derivó que las diligencias se remitieran por error involuntario al H. Tribunal Superior de distrito Judicial, en este punto del discurso es necesario hacer un paréntesis, no es posible endilgar responsabilidad al señor Juez por el envío de las diligencias al H. Tribunal Superior, ya que como bien se lee en el auto su orden fue la remisión de lo actuado al Consejo Seccional de la Judicatura.*

*f) Como era apenas lógico, aquel yerro derivó en el hecho de que el H. Magistrado de la Sala Penal Doctor JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ debiera enmendarlo y re dirigir las diligencias ante el organismo al cual estaban destinadas.*

*g) Pero ello naturalmente derivó en que solamente hasta el día trece (13) de mayo del año 2010 se dirimiera el conflicto propuesto, y hasta el 21 de esas mismas fechas fuera remitido al Juzgado a cargo del doctor GARTNER GALVIS, funcionario que fijó como fecha para la audiencia de acusación la del 23 de junio de 2010, finalmente pudiéndose celebrar en la fecha y hora indicada.*

*h) Ahora bien habiéndose fijado como fecha para la celebración de la
Audiencia Preparatoria la del día 16 de julio como se enunció
anteladamente fue solicita su aplazamiento junto a otras cuatro más por
parte del señor Fiscal en ese momento Doctor MANUEL ARTURO POVEDA
BARRIOS, porque le había sido fijada fecha para una intervención de
cirugía.*

*i) Dos días después, esto es el nueve de julio, el señor Juez nuevamente fija
fecha y ya lo hace para el once de agosto, disponiendo como en ocasiones
anteriores, todas las acciones pertinentes para su realización y logrando
que efectivamente se agotara, motivo por el cual allí mismo y notificó a
las partes por estrado la celebración de la Audiencia de Juicio Oral en la
fecha del 7 de septiembre, y efectivamente el día siete de septiembre se
dio inicio a dicha diligencia y las partes presentaron su teoría del caso.*

*j) Habiéndose surtido el primer acto de la Audiencia se dispuso la suspensión de la misma y se fijó para el día nueve de noviembre su continuación sin embargo un nuevo funcionario de la Fiscalía a saber el Doctor NELSON CAMACHO BETANCUR solicitó su aplazamiento en virtud a tener otros juicios que atender; situación que fue aceptada por el señor Juez quien determinó como fecha para continuar el juicio oral la del 12 de enero del 2011 es decir después de la fecha de la Vacancia Judicial.*

*k) Sin embargo un día antes de la fecha, esto es el 11 de enero de 2010 se recibe una solicitud de aplazamiento signada por el Defensor Público y avalada por el Fiscal del caso, lo que naturalmente originó un nuevo aplazamiento y la designación del día nueve de marzo como nueva fecha.-*

*l) Sucedió sin embargo que para el 02 de marzo, ya la en ese momento Fiscal 32 Seccional Doctora BEATRIZ ELENA RAMÍREZ LONDOÑO solicitara un nuevo aplazamiento puesto que debía asistir a otras audiencias. Esta petición tuvo acogida por el Juzgador de primera instancia y mediante auto del cuatro de marzo fijo la de los días 15 y 16 del mismo mes y año para continuar la audiencia-.*

*Como también lo hemos historiado fue entonces que con fecha del 10 de marzo se dio inicio al trámite del HABEAS CORPUS por parte del señor Juez Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Anserma Caldas.*

*Visto lo anterior y analizado en contexto, pueden extractarse las siguientes conclusiones:*

*a) Las continuas y reiteradas peticiones de aplazamiento fueron plasmadas por los sujetos procesales actuantes a saber defensa y Fiscalía.*

*b) En el caso de la Fiscalía, existe constancia que durante el lapso al que se contrajo la remisión del escrito de acusación hasta el momento del habeas corpus actuaron cuatro funcionarios a saber los doctores GLORIA PUERTA QUINTERO, EDGAR DANIEL RODRÍGUEZ FLOREZ, MANUERL ARTURO POVEA BARRIOS, NELSON CAMACHO y BEATRIZ ELENA RAMÍREZ, situación que impide lógicamente una actividad dinámica al interior de los diversos asuntos sometidos a su análisis, c)*

*c) Solamente el juzgado dispuso un aplazamiento de la Audiencia y lo fue cuando ya vertida la teoría del caso se dispuso que la evacuación de los elementos materiales probatorios fuera en una fecha posterior.*

*Ni que decir que nada de lo hasta aquí expuesto señala la posibilidad de la existencia del delito de PREVARICATO POR OMISIÓN en cualquiera de los verbos rectores que lo conforman.*

*LA CAUSAL INVOCADA:*

*La Tipicidad descrita y sancionada en el artículo 10 del código penal vigente se encuentra definida en los siguientes términos:*

*"Art 10 Tipicidad. La ley penal definirá de manera Inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penar.-*

*"En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la lef-*

*La Atipicidad apunta contrario sensu a indicar que determinada actuación no puede ser catalogada como punible vgr por que no se compagina con los verbos rectores que constituyen el tipo penal y en el caso del inciso segundo que hace relación a la omisión esta debe estar claramente definida por (a ley, por lo tanto si lo denunciado hace relación a la falta de gestión del señor Juez Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría Rda dentro del asunto ya suficientemente mencionado, vemos como lo que se traduce de los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida aducidos, es que dicho funcionario si evacuó y prontamente la actividad que de él se demandaba como era fijar las fechas y estar dispuesto a presidir las Audiencias de que se compone la etapa del Juicio.*

*Situación diversa es que tales audiencias no llegaran a realizarse por que los sujetos procesales intervinientes, en ocasiones la defensa y en otras ocasiones la Fiscalía solicitaran aplazamientos aduciendo para ello razones valederas.*

*Amén de lo anterior, hemos de reseñar como también el hecho de la solicitud de cambio de radicación de las diligencias, agotó un tiempo más o menos importante ya que si esa situación no se hubiera presentado, es muy probable que el caso a estudio hubiera ya culminado con una Sentencia de Primera instancia.*

*No derivó sin embargo la petición de cambio de radicación de actuación temeraria de la defensa, sino de la exhibición de elementos válidos de convicción, otra cosa es que no hubieran sido compartidos por el Consejo Seccional de la Judicatura, pero ello no resta mérito a quien en su momento lo solicitó.*

*Siguiendo con esta misma línea de pensamiento, bueno parece traer a colación los siguientes apartes jurisprudenciales y doctrinales:*

*El prevaricato por omisión: "Se trata, según se advierte, 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 mandato constitucional o legal debe realizar el funcionario cuestionado' (C.SJ auto Única instancia 24053 del 21 de febrero de 2007).-*

*"Sobre el contenido y alcance de estas modalidades, la Corte ha hecho precisión en el sentido de que omitir es abstenerse de hacer una cosa, pasarla en silencio; retardar es diferir, detener, entorpecer, dilatar la ejecución de algo; rehusar es excusar, no querer o no aceptar una cosa; y denegar es no conceder lo que se pide o solicita" (C.SJ Única instancia 26243, auto de 27 de octubre de 2008).-*

*En relación con la diferencia entre omitir y retardar la Corte ha dicho:*

*"La omisión y el retardo no son fenómenos idénticos, aunque todo retardo supone una omisión; cuando ocurre aquella, 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 el 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 realiza la acción esperada" - (C.SJ Auto de junio 19 de 1984).-*

*En cuanto a la diferencia entre rehusar y retardar la Corte ha precisado:*

*"(...) Pero rehusar y retardar no son fenómenos idénticos, porque cuando ocurre aquel, el funcionario se resiste a hacer lo que podía y debía hacer, es decir, niega su deber jurídico; mientras que cuando éste acontece, el sujeto deja de hacer lo que jurídicamente debió realizar en un momento o periodo dados, aunque lo hubiera hecho o pudiera válidamente hacerlo con posterioridad, pero siempre más allá de los límites temporales que le habían sido trazados. Cuando se rehúsa, el actor se sustrae definitivamente a su deber de acción, mientras que en el retardo no ejecuta el acto esperado y debido dentro del término previsto para ello, pero lo realiza más tarde, o está en condiciones de cumplirlo extemporáneamente" (C.SJ Segunda Instancia 19912, sentencia de 26 de noviembre de 2003. En el mismo sentido única instancia 26243, auto de 27 de octubre de 2008).*

*"El omitir, rehusar, retardar y denegar, debe concretarse o recaer sobre un acto propio de sus funciones, siendo el conocimiento de la norma extrapenal que las contiene y su preexistencia al momento de realizar la conducta, elementos necesarios para cometer el juicio de tipicidad objetiva de este delito" (C.S. J Segunda Instancia 22639, sentencia de 27 de octubre de 2004. Única Instancia 27695, auto de 26 de septiembre de 2007; Segunda Instancia 28428, sentencia de 17 de septiembre de 2008 entre otras)*

*Dicho de otro modo, si los verbos estructurantes de la conducta por la que se procede hacen relación a la no actividad, al dejar de hacer algo a lo que se está obligado, precedido de un ánimo protervo o torcido encaminado a causar perjuicio a la administración de justicia, en el caso presente no puede ni remotamente señalarse que se hubieren dado las condiciones expresadas, pues se reitera, la función del señor Juez como director del proceso era dar dinamismo y continuidad a la actuación, fijando las fechas y presidiendo las audiencias, lo cual surtió, otra cosa es que debido a las diversas peticiones fundadas elevadas por los sujetos procesales, el asunto penal no hubiera tenido la celeridad necesaria para que no se hubiere presentado el vencimiento de términos.*

*Lógicamente entonces al no poder estructurarse la conducta por ausencia de elementos del tipo requeridos, deviene entonces la solicitud de PRECLUSION, que en esta oportunidad formulo de la manera más respetuosa al Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de esta ciudad.-*

*COMPETENCIA:*

*Es competente el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira Risaralda atendiendo los factores territorial y funcional; lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2o del artículo 34 del código de procedimiento penal vigente (ley 906 de 2004).-*

*OPORTUNIDAD LEGAL PARA INVOCAR LA SOLICITUD:*

*De conformidad con lo dispuesto en el auto del 13 de noviembre de 2013, radicado 40.414 con ponencia de la H. Magistrada MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLES MUÑOZ, no es necesario la formulación de imputación o acusación en contra de la persona a quien se pretende beneficiar, debido a la estructura progresiva del sistema procesal acusatorio"... acorde con la cual una vez instaurada la denuncia o iniciada de oficio la indagación, el Fiscal elabora el programa metodológico orientado a constatar la materialidad y autoría de los hechos investigados".*

*"Si luego de desplegar amplias y suficientes labores investigativas, a partir de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, logra establecer la configuración del delito e inferir razonablemente la autoría o participación en el mismo, imputará cargos al investigado. Por el contrario, si no obtiene dicha convicción y, además, encuentra presente alguna de las causales previstas en el artículo 332 de la ley 906 de 2004, podrá solicitarla preclusión de la investigación".*

2.2 APODERADO DE LA RAMA JUDICIAL.

* Coadyuva la petición del delegado de la FGN, ya que se advierte que la conducta atribuida al funcionario investigado no se puede subsumir en el tipo de prevaricato por omisión, por ausencia de dolo.

2.3 APODERADO DEL SEÑOR LUIS ALEJANDRO NIAZA BIAGAMA (VICTIMA)

* No se opone a la solicitud de preclusión formulada por el delegado de la FGN.

2.4 SEÑOR LUIS ALEJANDRO NIAZA BIAGAMA.

* Dijo que no tenía ninguna observación sobre la solicitud del Fiscal.

2.5 INTERVENCION DEL DELEGADO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

* El delito de prevaricato por omisión es un delito esencialmente doloso. Su elemento fundante es la actividad del servidor público dirigida a lesionar la administración pública.
* En el presente caso se habla de que se vencieron los términos de privación de libertad del señor Niaza.
* Desde que conoció los EMP de la FGN, le quedó claro que la acción de habeas corpus no procedía en la instancia procesal en que se hizo uso de ella.
* Lo que se debe analizar es si el Dr. Gartner Galvis de manera dolosa o intencional permitió un vencimiento de términos en lo relativo a la privación de la libertad del señor Niaza, o si se presentaron circunstancias ajenas a la voluntad del citado juez.
* De acuerdo a la intervención del delegado de la FGN, las diversas suspensiones que se presentaron dentro del proceso penal obedecieron a causas no imputables al juez investigado y se explicaban por causas atribuibles al sistema de Defensoría Pública, la propia FGN, la ausencia de un centro carcelario y solamente se presentó una suspensión del trámite por decisión del juez de conocimiento.
* El Dr. Gartner no actuó de manera dolosa, ya que el dolo es un elemento que hace parte de la subjetividad del tipo, y en ausencia de ese elemento se presenta un evento de atipicidad en el caso en estudio, ya que la situación examinada se podría asemejar al caso de un juez que hubiera sido sancionado por haberse vencido un término en época de vacancia judicial.
* Por lo tanto coadyuva la petición del representante del ente acusador.

2.6 INTERVENCIÓN DEL DEFENSOR

* Del relato detallado que hizo el señor Fiscal se colige que los hechos denunciados se produjeron por causas ajenas al despacho que regentaba el Dr. Gartner. En unos casos las dilaciones se presentaron porque el procesado alegaba con todo derecho que estaba consiguiendo un apoderado de confianza y que no se podía continuar con las actuaciones, ya que ese profesional no estaba disponible.
* Fuera de lo anterior en el proceso del señor Niaza Biagama hubo cinco funcionarios que ejercieron el cargo de fiscal delegado ante el Juzgado del Circuito de Belén de Umbría, lo que implicaba que cada uno de ellos tenía que conocer el asunto. Varios de los delegados de la FGN tuvieron que solicitar aplazamientos porque acababan de llegar al cargo y no tenían suficiente información.
* En otras ocasiones los profesionales del Sistema de Defensoría Pública pidieron suspensiones porque no estaban informados del caso, o porque las audiencias se cruzaban con las barras de abogados a las que son convocados de manera obligatora.
* Solo se presentó un aplazamiento por parte del director del despacho, que fue causado al decidir un conflicto de jurisdicción planteado por la defensa, que resolvió adscribiéndolo a la jurisdicción indígena. En su criterio ahí se presentó un error de procedimiento al aceptar una apelación que no era procedente, ya que ese tipo de conflictos son de competencia del CSJ. Sin embargo en virtud de los recursos que formularon el defensor y el delegado de la FGN, el Dr. Gartner Galvis envió la actuación a la SP del TS de Pereira que actuó con diligencia y lo reenvió al CSJ.
* El habeas corpus pudo ser concedido por error ya que si se planteaba un evento de vencimiento de términos, se debió solicitar la libertad del incriminado a un juez con función de control de garantías como lo dispone la ley 906 de 2004, ya que la figura invocada está destinada únicamente y exclusivamente para privaciones arbitrarias o prolongaciones injustas de la libertad, lo cual no ocurrió en el caso en estudio, por lo cual no se puede atribuir responsabilidad penal al Dr. Gartner Galvis, en razón de una acción constitucional que prosperó por error del funcionario que la decidió.
* Comparte los argumentos del delegado del Ministerio Público, sobre la atipicidad de la conducta atribuida a su mandante, por lo cual pide que se acoja la petición de preclusión solicitada por la FGN.

2.7 DR. WOLFANG OTTO GARTNER GALVIS

* El juzgado Promiscuo de Belén de Umbría por razón de su naturaleza conoce de siete ramas del derecho y se encuentra absolutamente congestionado, entre otras razones porque tiene un empleado menos que los demás despachos homólogos de este Distrito, situación que ha reclamado insistentemente ante la Sala Administrativa del CSJ y su Consejo seccional.
* Por esas razones la agenda de su despacho en el momento supera los cuatro meses, por lo cual no es fácil señalar la fecha para la práctica de una diligencia.
* Fuera de los procesos penales debe atender actuaciones de carácter civil y laboral, lo que incide en el rendimiento de su despacho.
* La FGN nombra dos meses un nuevo fiscal para Belén de Umbría. Cada fiscal que llega tiene dos tres juicios programados y dice que no ha podido entrevistar a los testigos. Además no se localizaban las víctimas, que son parte importante en lo relativo a las pruebas de la FGN.
* No puede dudar de las solicitudes de aplazamiento que hagan un fiscal o un defensor, por diversas razones.
* Además en el juzgado a su cargo no existe un centro de servicios judiciales, por lo cual las partes son las encargadas de procurar la comparecencia de sus propios testigos, lo que hace que en ocasiones los sujetos procesales pidan aplazamiento de las diligencias, ya que no pueden ubicar a los declarantes y siempre ha estado dispuesto a escucharlos sobre esos problemas.
* En este caso instaló el juicio que hubo de ser suspendido y no tuvo ninguna intención de prolongar el caso del señor Niaza, máxime si eso podía incidir en su calificación de servicios, fuera de que era un asunto bastante difícil y llamativo por razón del delito investigado.
* El citado ciudadano fue condenado y se le aplicaron las penas previstas en la ley.
* Ante la ausencia de dolo y por tratarse de un atipicidad solicita que se precluya la investigación que se adelanta en su contra.

3 .CONSIDERACIONES

3.1 Esta Colegiatura es competente para conocer de la actuación según el artículo 34-2 del C. de P.P.

3.2 En el caso *sub examen* se encuentra demostrado que el 11de marzo de 2011, el juez penal del circuito de Anserma declaró procedente una acción de *habeas corpus* que presentó el ciudadano Luis Alejandro Niaza Biagama contra el Juzgado Promiscuo del Circuito del municipio de Belén de Umbría. Para el efecto expuso lo siguiente:

“(…)

*Por lo visto, se observa que para la realización del Juicio Oral habrían transcurrido 187 días, a los que se le descuentan los 22 días de vacancia judicial (diciembre 20 de 2010 a enero 10 de 2011 inclusive), así como el tiempo del aplazamiento del Juicio Oral por parte del Defensor (55 días) y 7 días por parte de la Fiscalía debidamente justificados por la nueva Fiscal 32 Seccional de allí, los que suman 84 días, por lo que irían corridos 103 días para llevar a cabo el Juicio Oral y Público.*

*Ahora bien, entre la presentación del escrito de acusación, 18 de diciembre de 2009, al 7 de septiembre de 2010, fecha en que se inició el Juicio Oral, trascurrieron 259 días ininterrumpidos, a los que se le restan los días que se encuentran justificados 140 días, así: 15 días por suspensión de la audiencia de acusación; 5 días de semana santa; 3 días que debió haberse tomado como máximo el Juez para pronunciarse sobre el conflicto de jurisdicciones; 63 días por el trámite y definición de dicho conflicto (entre la ordinaria y la indígena); 29 días entre las audiencias de acusación y preparatoria, y 25 días entre las audiencias preparatoria y la del Juicio Oral. Lo anterior implica que habían transcurrido más de 90 días para iniciar el Juicio Oral y Público, pues se excedió en veintinueve (29) días, ya que tardaría 119 días para esos efectos.*

*(…)*

*Situación que indudablemente compromete al Juez y al Defensor de la persona privada de la libertad, por cuanto se había actualizado un requisito para lograr la liberación del interno NIAZA BIGAMÁ. Adicionalmente, como ya se indicó en la sentencia precitada C-198 de 2008 dicha audiencia se hubiera podido iniciar por causa razonable, que no justas se fundaba en hechos externos y objetivos constitutivos de fuerza mayor, ajenos al Juez o a la Administración de Justicia, y a más tardar, en un plazo no superior a 45 días, que sería la mitad del numeral 5o, del artículo 317 aludido.*

*b.) De otro lado, se observa en esta misma sentencia (acápite III, trámite) que se han dejado pasar 103 días, sin que aparezca debidamente justificado el transcurrir de ese lapso, lo que no se ve como un plazo razonable para que la administración de Justicia opere en forma efectiva.” (*Folio 83 y 87).

3.3 Como se observa, el argumento central del funcionario que concedió el *habeas corpus* al señor Niaza Bigamá, según su decisión del 11 de marzo de 2011,es que desde el 18 de diciembre de 2009, que fue cuando se presentó el escrito de acusación, hasta el 7 de septiembre de 2010, que fue la fecha en que se dio inicio a la audiencia de juicio oral corrieron 259 días ininterrumpidos, de los cuales 140 estaban justificados por diversas causas que se mencionaron en esa providencia, lo que implicó que: *“ ..,habían transcurrido más de 90 días para iniciar el juicio oral y público, pues se excedió en veintinueve (29) días, ya que tardaría 119 días para esos efectos…”.* (Folio 83).

En otros apartes de esa decisión se dijo lo siguiente: *“...entre la presentación del escrito de acusación y la iniciación del juicio oral y público, transcurrieron 119 días que no fueron justificados”.* (Folio 86)

3.4 Para el efecto se debe mencionar que la norma que regulaba la concesión de libertad provisional para la fecha en que se concedió el *habeas corpus* al señor Niaza Bigama, era el numeral 5º del artículo 317 del CPP, modificado por el artículo 30 de la ley 1142 de 2007, que disponía lo siguiente en materia de causales de libertad provisional:

*“(...) 5. Cuando transcurridos noventa (90) días contados a partir de la fecha de la presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio oral.”*

3.5 Siguiendo el razonamiento del funcionario que concedió el habeas corpus, el escrito de acusación fue presentado el 18 de diciembre de 2009 y transcurrieron 259 días ininterrumpidos hasta la fecha en que se inició el juicio oral, pero 140 días se encontraban justificados por diversas razones como: i) la suspensión de la audiencia de acusación; ii) los 5 días de semana santa; iii) 3 días que debió haberse tomado como máximo el juez para pronunciarse sobre el conflicto de jurisdicciones; iv) 63 días por el trámite y definición de dicho conflicto entre la jurisdicción indígena y la ordinaria; v) 29 días entre la audiencia de formulación de acusación y la preparatoria; y vi) 25 días entre las audiencias preparatoria y de juicio oral. Finalmente concluyó que: *“Lo anterior implica que habían transcurrido más de 90 días para iniciar el juicio oral y público, pues se excedió en veintinueve (29) días, ya que tardaría 119 días para esos efectos.”*.

De conformidad con esos cálculos se advierte entonces que si a los 140 días que estaban justificados por las razones mencionadas, se les agregaban los 90 días previstos en el numeral 5º del artículo 317 del CPP para la fecha de los hechos para dar inicio al juicio oral, lo real es que al menos durante 230 días no operó ninguna causal de libertad provisional por vencimiento de términos ya que el parágrafo de la norma citada disponía lo siguiente: *“No habrá lugar a la libertad cuando la audiencia del juicio oral no se haya podido iniciar por maniobras dilatorias del imputado a acusado, o de su defensor, ni cuando la audiencia no se haya podido iniciar por causa justa o razonable”.*

En ese orden de ideas, de los términos de la providencia que decidió la acción de habeas corpus, se desprende que el Dr. Gartner Galvis debió haber iniciado el juicio contra el señor Niaza 29 días antes del 7 de septiembre de 2010, es decir el 9 de agosto de ese año, fecha que de acuerdo a la decisión de amparo constitucional, se tendría como aquella en que se cometió la conducta punible descrita en el artículo 414 del C.P., con base en lo dispuesto en los artículos 26 y 83ibídem, así:

*Artículo 26 C.P.: “La conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción o en aquél en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el del resultado.”*

*Artículo 83 C.P.: “Iniciación del término de prescripción de la acción. En las conductas punibles omisivas el término comenzara a correr cuando ha cesado el deber de actuar.”*

3.6 Según la documentación contenida en la carpeta anexada por la FGN, se cuenta con prueba de las siguientes actuaciones relacionadas con el proceso que se tramitó contra Luis Alejandrro Niaza Bigama, por delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años e incesto:

3.6.1 El 15 de diciembre de 2009 el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Mistrató (Rda), consideró legal la captura del señor Luis Alejandro Niaza Bigama, a quien se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado por los numerales 4º, 5º, y 6º del artículo 211 del C.P., acto sexual abusivo con menor de 14 años y el delito de incesto (art.237 C.P.), en concurso homogéneo (folio 102 a 4105 C. Anexos 1 FGN)

3.6.2 La FGN presentó escrito de acusación contra el citado ciudadano, en los mismos términos, recibido el 18 de diciembre de 2009 por el juzgado promiscuo de Belén de Umbría. [[1]](#footnote-1)

3.6.3 Mediante auto del 14 de enero de 2010, el despacho de conocimiento fijó como fecha para la celebración de la audiencia de formulación de acusación, el 27 de enero de dos mil diez.[[2]](#footnote-2)

3.6.4 El señor Niaza Bigama fue dejado disposición del citado despacho el 19 de enero de 2010.[[3]](#footnote-3)-

3.6.5 Copia del oficio dirigido al juez promiscuo municipal de Mistrató, mediante el cual el notificador de ese despacho informa que no fue posible notificar a la señora María del Rosario Bariaza Nequirucama, sobre la audiencia de formulación de acusación fijada para el 27 de enero de 2010.[[4]](#footnote-4)

3.6.6 Acta del 27 de enero de 2010, según la cual el defensor del procesado requirió el aplazamiento de la audiencia en mención, aduciendo que no contaba con los documentos necesarios para solicitar un cambio de jurisdicción ya que el imputado pertenecía a una etnia indígena, petición que fue coadyuvada por el delegado del Ministerio Público y el apoderado de la víctima. En tal virtud se suspendió ese acto y se ordenó reanudarlo el 18 de febrero de 2010.[[5]](#footnote-5)

3.6.7 El 15 de febrero de 2010 se dejó constancia de que el defensor del acusado había manifestado que no podía asistir a la audiencia fijada para el 18 de febrero de 2010. En consecuencia se programó ese acto para el 2 de marzo de 2010.[[6]](#footnote-6)

3.6.8 El 2 de marzo de 2010 se efectuó la audiencia de formulación de acusación. En esa oportunidad el defensor del procesado expuso que el señor Niaza Bigama pertenecía al cabildo “Las Lomas” del municipio de Mistrató y por lo tanto solicito el cambio de jurisdicción. El delegado de la FGN se opuso a esa solicitud. En tal virtud se suspendió la audiencia y se ordenó reanudarla el 24 de marzo de 2010.[[7]](#footnote-7)

3.6.9 El 24 de marzo de 2010 el Dr. Gartner Galvis accedió a esa solicitud y ordenó el traslado del proceso a la jurisdicción indígena del cabildo de “Las Lomas” de San Antonio del Chamí, el cual se haría efectivo en caso de que “la autoridad correspondiente”, convalidara esa decisión. El delegado de la FGN y el apoderado de la víctimas apelaron esa determinación. El juez ordenó la remisión de las diligencias al Consejo Superior de la Judicatura.[[8]](#footnote-8)Sin embargo, la actuación fue enviada a esta Colegiatura el 5 de abril de 2010[[9]](#footnote-9).

3.6.10 Mediante auto del 5 de mayo de 2010, quien funge como ponente en esta actuación, ordenó enviar la actuación al CSJ, atendiendo lo dispuesto en el artículo 256 numeral 6o de la Constitución de 1991.[[10]](#footnote-10)

3.6.11 La Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante auto del 13 de mayo de 2010, se pronunció sobre el conflicto de competencia propuesto y asignó el conocimiento del proceso al Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría.[[11]](#footnote-11)

3.6.12 En consecuencia, mediante auto del 2 de junio de 2010, se fijó la fecha del 23 de junio del mismo año para adelantar la citada audiencia[[12]](#footnote-12)

3.6.13 La audiencia prevista en el artículo 339 del CPP se llevó a cabo el 23 de junio de 2010 y se fijó el 16 de julio del mismo año, para celebrar la audiencia preparatoria.[[13]](#footnote-13)

3.6.14 El 7 de julio de 2010, el Fiscal 32 Seccional de Belén de Umbría solicitó a la suspensión de varias audiencias entre ellas la del señor Niaza Bigama, aduciendo que se le iba a practicar una intervención médica el 15 de julio de 2010.[[14]](#footnote-14)

3.6.15 En tal virtud se ordenó que la audiencia preparatoria se adelantara el 11 de agosto del 2010, acto que se llevó a cabo en esa fecha, donde igualmente se dispuso que la audiencia de juicio oral se iniciaría el 7 de septiembre de 2010.[[15]](#footnote-15)

3.6.16 En la fecha antes citada se instaló el juicio oral, las partes presentaron su teoría del caso, se interrogó al acusado sobre si aceptaba los cargos .La audiencia se suspendió para continuarla los días 9 y 10 de noviembre de 2010.[[16]](#footnote-16)

3.6.17 El 8 de octubre de 2010 el Fiscal 32 Seccional solicitó el aplazamiento de la audiencia fijada para esa fecha, manifestando que tenía tres juicios relevantes más que debía estudiar.[[17]](#footnote-17)

3.6.18 El *A quo* aceptó la petición y fijo el 12 de enero de 2011, para la continuación de la vista pública.[[18]](#footnote-18)

3.6.19. El día anterior a esa fecha el Fiscal 32 Seccional y el Defensor del procesado solicitaron el aplazamiento de la continuación de la audiencia de juicio oral, aduciendo respectivamente, que habían estado en “actos urgentes” en la URI de Pereira y cumpliendo labores como Defensor Público.[[19]](#footnote-19)

3.6.20 En consecuencia, se fijó la fecha del 9 de marzo de 2011 para continuar con el juicio del señor Niaza.[[20]](#footnote-20)

3.6.21 El 2 de marzo de 2011, la Fiscal Beatriz Elena Ramírez Londoño, quien había sido encargada de la Fiscalía 32 seccional de Belén de Umbría solicitó un nuevo aplazamiento de la sesión del juicio, para lo cual manifestó que apenas estaba recibiendo los casos asignados a su despacho[[21]](#footnote-21).

3.6.22 En tal virtud el despacho de conocimiento señalo los días 15 y 16 de marzo de 2011, para continuar con el juicio oral contra el señor Niaza Bigama.[[22]](#footnote-22)

3.6.23 El 11 de marzo de 2011, se allegó un nuevo oficio de Fiscal 32, quien pidió el aplazamiento de la sesión del juicio, aduciendo que no había podido localizar a las víctimas[[23]](#footnote-23)

3.6.24 Con base en lo anterior se fijó la fecha del 9 de mayo de 2011, para reanudar el juicio. [[24]](#footnote-24)

3.7 Para esa fecha el juez penal del circuito con funciones de conocimiento de Anserma, mediante providencia del 11 de marzo de 2011, ya había declarado procedente la acción constitucional de *habeas corpus,* que presentó el señor Luis Alejandro Niaza Bigamá contra el juzgado penal del circuito de Belén de Umbría, aduciendo que estaba detenido desde el 13 de diciembre de 2009, sin que se hubiera resuelto su situación jurídica.

3.8 En el presente caso, la solicitud de preclusión que presentó el señor delegado de la FGN fue sustentada así:

*“a) Las continuas y reiteradas peticiones de aplazamiento fueron plasmadas por los sujetos procesales actuantes a saber defensa y Fiscalía.*

*b) En el caso de la Fiscalía, existe constancia que durante el lapso al que se contrajo la remisión del escrito de acusación hasta el momento del habeas corpus actuaron cuatro (sic) funcionarios a saber los doctores GLORIA PUERTA QUINTERO, EDGAR DANIEL RODRÍGUEZ FLÓREZ, MANUEL ARTURO POVEA BARRIOS, NELSON CAMACHO y BEATRIZ ELENA RAMÍREZ, situación que impide lógicamente una actividad dinámica al interior de los diversos asuntos sometidos a su análisis,*

*c) Solamente el juzgado dispuso un aplazamiento de la Audiencia y lo fue cuando ya vertida la teoría del caso se dispuso que la evacuación de los elementos materiales probatorios fuera en una fecha posterior.”* (Folio 10 y 11 C. solicitud preclusión).

3.8.1 En atención a esas consideraciones el Fiscal requirente consideró en lo esencial que la conducta atribuida al Dr. Gartner no se adecuaba al tipo de prevaricato por omisión, ya que de los medios de prueba aducidos se desprendía que en su calidad de juez promiscuo del circuito de Belén de Umbría, había actuado de manera diligente durante el trámite del proceso que se tramitó contra el ciudadano Niaza Bigama, en lo relativo a la actividad que le correspondía de fijar las fechas y presidir las audiencias correspondientes a la fase del juicio.

Igualmente adujo que se habían presentado circunstancias ajenas a la voluntad del funcionario investigado, que habían generado dilaciones en la actuación así: i ) tanto el defensor del procesado y algunos de los cinco fiscales que habían intervenido en el proceso hasta la fecha en que se concedió el *habeas corpus* al señor Niaza, habían invocado razones justificadas para solicitar aplazamientos de esos actos procesales; y ii) en el decurso de la actuación se tuvo que resolver un *“ cambio de radicación”* (sic) – (que en realidad fue un conflicto de jurisdicción) presentado por la defensa, con base en motivos fundados, el cual motivó un pronunciamiento de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, situación que igualmente tuvo injerencia en la prolongación de la fase del juicio, que de no haberse propuesto seguramente habría permitido el proferimiento de la sentencia de primera instancia.

3.8.2 En consecuencia manifestó que no era posible subsumir la conducta del funcionario investigado en ninguna de las inflexiones verbales del artículo 414 del CP, citando jurisprudencia de la SP de la CSJ relacionada con el tema en estudio, para concluir que el juez investigado cumplió con su deber de dar dinamismo y continuidad a la actuación, pero que en razón de las circunstancias ya referidas, el proceso contra el señor Niaza Bigama no pudo tener la celeridad necesaria para que no se hubiera presentado el vencimiento de términos y al no estructurarse la conducta descrita en el artículo 414 del CP era procedente solicitar la preclusión en favor del Dr. Gartner Galvis, por atipicidad de la conducta (causal prevista en el artículo 332-4 del CPP).

3.8.3 Frente a esa solicitud, a la cual no se opusieron la víctima ni su apoderado, hay que decir inicialmente que en la providencia del juez penal del circuito de Anserma que concedió el *habeas corpus,* invocado por el señor Niaza Bigamá, no se hizo referencia a ninguna conducta ilegal en que hubiera incurrido el juez penal del circuito de Belén de Umbría, en lo relativo a la prolongación de la privación de la libertad del citado ciudadano, por lo cual se entiende que la orden de compulsar copias para que se investigara al Dr. Gartner tuvo como sustento lo dispuesto en el artículo 9º de la ley 1095 de 2006, como dispuso en la parte resolutiva el fallo de *habeas corpus [[25]](#footnote-25)*

3.8.4 En ese sentido, al examinar el texto de esa providencia y confrontarlo con la documentación allegada por el delegado de la FGN, se deduce lo siguiente:

3.8.4.1 Que pese a la afirmación del señor juez penal del circuito de Anserma (folio 126 C. FGN), en el sentido de que habían transcurrido: i) 191 días ininterrumpidos desde la audiencia de formulación de imputación hasta la audiencia de formulación de acusación; ii) 49 días desde la formulación de la acusación hasta la audiencia preparatoria; y iii) 26 días desde ese acto hasta la iniciación del juicio oral el 7 de septiembre de 2010, lo real es que la solicitud de *habeas corpus* que invocó el señor Niaza Bigama se presentó cuando ya se había iniciado el juicio oral, por lo cual resulta claro que de haberse acudido a la vía ordinaria, el pedimento de libertad del citado ciudadano no habría tenido sustento legal, ya que la norma vigente para esa fecha, que era el artículo 317 –5 del CPP, disponía claramente que la libertad del imputado o acusado, operaba entre otros, en los siguientes eventos: *“Cuando transcurridos noventa (90) días contados a partir de la fecha de la presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio oral.”.*

En ese sentido, el acta levantada el 7 de septiembre de 2010 en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, demuestra claramente que se dio cumplimiento a lo ordenado en el artículo 367 del CPP, ya que: i) se interrogó al acusado sobre si aceptaba los cargos, que es lo que se conoce como “declaración inicial”; y ii) el fiscal y el defensor expusieron su teoría del caso, lo que significa que ya se había iniciado el juicio oral, por lo cual se reitera que no procedía la concesión de libertad provisional por la vía del procedimiento ordinario previsto en el artículo 317 del CPP (folio 78 C. Anexos Nro. 1 FGN)-

3.8.4.2 Esa situación explica que el juez penal del circuito de Anserma hubiera concedido el amparo constitucional en favor del señor Niaza Bigama, invocando razones diversas a la causal prevista en el artículo 317.5 del CPP, lo que indica claramente que el funcionario investigado no actuó de manera dolosa en lo relativo a la prolongación del estado de detención del señor Niaza Bigamá que estaba habilitada por la ley para el 11 de marzo de 2011, al no concurrir para esa fecha ninguna de las causales previstas en el citado artículo 317 del CPP, según su redacción vigente para ese momento.

3.8.4.2 Para el efecto se debe tener en cuenta que el juez que conoció de la acción constitucional expuso en esencia lo siguiente:

El Dr. Gartner Galvis había contribuido “*de alguna manera”* a la prolongación del proceso, al no exigir prueba concreta de las razones que adujeron los fiscales y el defensor del procesado para pedir el aplazamiento de diversas audiencias.[[26]](#footnote-26)

La única suspensión de la actuación que fue propiciada por el juez investigado, se presentó el 7 de septiembre de 2009. Sin embargo, se debe tener en cuenta que esa afirmación es inexacta ya que para esa fecha ni siquiera se había recibido el escrito de acusación en el despacho que regenta el Dr. Gartner Galvis, pues el citado documento vino a ser recibido el 18 de diciembre de 2009.[[27]](#footnote-27)

El juicio oral, según sus cuentas, se inició el 7 de septiembre de 2010, pero presentó una dilación de 103 días que no consideró “*racional ni razonable”,* ya que el juez promiscuo del circuito, no actuó de manera proactiva frente a las solicitudes injustificadas de suspensión de la actuación, por parte de los fiscales y del defensor. Además el citado funcionario se tomó un término excesivo de 20 días para decidir lo relativo al conflicto de jurisdicción que planteó la defensa.[[28]](#footnote-28)

3.9 En ese orden de ideas y como resultaba evidente que pese a las interrupciones que sufrió el proceso, no se presentaba ninguna de las causales de libertad provisional que contemplaba para esa fecha el artículo 317 del CPP, el señor juez penal del circuito de Anserma manifestó que se debía determinar: *“…si se han vencido los términos legales para dar continuar (sic) el juicio oral, pues en varias ocasiones y con lapsos no razonables, se está dilatado ( sic) una decisión de fondo, sobre la situación jurídica de una persona ,conforme al artículo 317 de la ley 906 de 2004, por lo que resulta procedente el amparo constitucional especial de la libertad.”. (*Folio 133 y 134 C. FGN).

Sobre esta afirmación debe manifestarse que para la fecha en que se produjo la decisión que concedió el *habeas corpus* al señor Niaza Bigamá no existía ninguna disposición que regulara lo concerniente a la concesión de libertad provisional luego de que se iniciara el juicio, que sólo vino a ser introducida a través de la ley 1760 de 2015, donde se introdujo la siguiente causal:

*Artículo 317. Causales de libertad. Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda Ia actuación, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 10 del artículo 307 del presente código sobre las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos:*

*(…)*

*6. Cuando transcurridos ciento cincuenta (150) días contados a partir de la fecha de inicio de la audiencia de juicio, no se haya celebrado la audiencia de lectura de fallo o su equivalente.*

3.10 Del anterior recuento se deduce que en el caso del señor Niaza Bigamá no se presentaba ninguna causal legal de excarcelación luego de iniciado el juicio, como lo afirmó erróneamente el juez penal del circuito de Anserma en su decisión del 11 de marzo de 2011, y sobre ese punto hay que manifestar que precisamente en su decisión acudió a otros argumentos relacionados con el derecho al plazo razonable, para lo cual se apoyó en jurisprudencia de la Corte Constitucional y la SP de la CSJ y en la normativa de la CADH y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para considerar: i) que el funcionario encargado del proceso había dejado transcurrir el caso muchos días sin actividad, lo que “*refulge contraria a la Constitución”;* ii) que se presentó una demora en la remisión del expediente a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para que se resolviera el conflicto de jurisdicción propuesto; y iii) que no existía justificación para que se hubiera suspendido la audiencia de juicio oral que se inició el 7 de septiembre de 2010.

Siguiendo ese razonamiento, el juez de *habeas corpus,* consideró que habían transcurrido 119 días no justificados entre la presentación del escrito de acusación y la iniciación del juicio oral, por lo cual el procesado tenía derecho a su libertad provisional, conforme al artículo 317-5 del CPP en su redacción vigente para el 11 de marzo de 2011, lo que constituyó una apreciación errónea, ya que resulta meridianamente claro que pese al vencimiento del término de noventa días previsto en esa norma, para esa fecha ya se había iniciado el juicio oral en contra del señor Niaza Bigama, como se explicó en precedencia, por lo cual no operaba la causal mencionada.

Finalmente el juez penal del circuito de Anserma concluyó que en este caso procedía el amparo solicitado ya que:i) no se habían respetado las formas propias del juicio; ii) el proceso había contado con dilaciones no justificadas; iii) no se había respetado el principio de concentración; y iv) no aparecían justificadas las suspensiones de las audiencias.[[29]](#footnote-29)

3.11 Igualmente se debe manifestar que al decidir la mencionada acción constitucional el juez penal del circuito de Anserma no tuvo en cuenta que el artículo 199 de la ley 1098 del 8 de noviembre de 2006 dispone expresamente lo siguiente:

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

*(…) Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.”*

3.11.1 Debe entenderse que estas restricciones incluían la concesión de libertad provisional, como lo consideraba la SP de la CSJ, en la jurisprudencia vigente para la fecha de la decisión que concedió el amparo de *habeas corpus.* Para el efecto se cita CSJ SP del 28 de abril de 2010, radicado 34044, donde se manifestó lo siguiente:

*“b) La exclusión de beneficios excarcelatorios, según el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.*

*Por otra parte, tampoco configura la alegada vía de hecho el argumento de los jueces que en primer y segundo grado negaron la libertad provisional; según éstos, y así mismo lo señaló el Magistrado del Tribunal de Sincelejo en la decisión que acá se estudia, en tratándose de delitos de abuso sexual en perjuicio de menores no procede ningún beneficio excarcelatorio.*

*Lo anterior no fue de ninguna manera una postura arbitraria de los jueces del proceso, como tampoco del funcionario judicial que resolvió sobre el hábeas corpus en primer grado; dicha tesis encuentra sustento en que, como esta Colegiatura lo ha decantado, las garantías de los menores víctimas de abuso sexual son superiores y prevalentes a las de las partes del proceso penal (artículo 44 de la Constitución Política)”[[30]](#footnote-30).*

*Así mismo, las instancias se apoyaron en el auto del 17 de septiembre de 2008, rad. 30299, para efectos de negar la libertad provisional conforme el artículo 317-5 de la Ley 906 de 2004. En dicho precedente consta la siguiente precisión:*

*“En su interpretación natural y obvia, es claro que el precepto atrás destacado (artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006) busca cerrar cualquier puerta que en la delimitación exhaustiva de los siete numerales anteriores pueda quedar abierta, haciendo inequívoco el interés del legislador en que a la persona imputada, acusada o condenada por esos delitos señalados en el inciso primero del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, que arrojen como víctimas a infantes y adolescentes, no se les otorgue ningún tipo de beneficio, rebaja o prebenda legal, judicial o administrativa, con la sola excepción, porque expresamente se dejó sentada ella, de los beneficios por colaboración eficaz.*

*Y basta verificar el contenido íntegro del artículo 199 en cita, en particular sus 8 numerales y el parágrafo, para definir inconcuso el querer del legislador, que se extiende al inicio mismo de la investigación penal, en punto de las medidas de aseguramiento a imponer y su imposibilidad de sustitución; el desarrollo de la misma, con limitaciones respecto del principio de oportunidad y las formas de terminación anticipada del proceso; el contenido del fallo, restringiendo la posibilidad de conceder subrogados; y la fase ejecutiva de la pena, impidiendo la libertad condicional o la sustitución de la sanción.*

*A su turno, el Magistrado del Tribunal de Sincelejo recalcó en el contenido del numeral 8 del artículo 199[[31]](#footnote-31) del estatuto en mención y lo ponderó al lado del parágrafo de dicho artículo[[32]](#footnote-32) y la decisión del 17 de septiembre de 2008, como también de las consideraciones atinentes a la protección y prevalencia de los intereses de los menores, según lo ordena la Constitución Política, y fue de esta manera como concluyó, entonces, en que la intención del legislador fue la de excluir de cualquier prebenda a los procesados por ciertas conductas punibles –entre ellas las constitutivas de abuso sexual- en perjuicio de los menores, motivo por el cual debe entenderse incluida la concesión de la libertad provisional[[33]](#footnote-33).*

*Visto el razonamiento judicial plasmado dentro del proceso, así como la postura del magistrado que profirió la determinación impugnada en torno a este tema, por parte alguna se aprecia que hubiese sido el producto de una lógica o juicio arbitrario, pues el argumento se aprecia debidamente motivado, con apoyo en una interpretación teleológica de las normas constitucionales y legales, así como de la jurisprudencia de esta Corporación, lo que descarta de plano la configuración de una vía de hecho, según las diferentes maneras en que éste puede manifestarse.*

*El tema fue entonces resuelto por quienes tenían la competencia para ello a través de una determinación que –aún cuando el defensor no comparte y pueda ser objeto de otros análisis- lejos está de configurar una violación al debido proceso.*

*Valga precisar que la postura que no comparte el apoderado del procesado no equivale a desconocer que el término de la medida de aseguramiento haya de ser indefinido, pues éste se sujeta a los precisos términos consagrados en la ley para tramitar la actuación procesal, lo cual se acompasa, además, con la necesidad de garantizar los fines de verdad, justicia y reparación*. (Subrayas fuera del texto original) *[[34]](#footnote-34)*

3.11.2 La Sala considera necesario advertir que ese criterio vino a ser modificado en una decisión posterior a la fecha en que el juez penal del circuito de Anserma concedió la acción de *habeas corpus,* según CSJ SP del 16 de noviembre de 2016, radicado 49246, donde se citaron como antecedentes CSJ SP del 11 de marzo de 2016, radicado 47721 y 48682 del 22 de agosto de 2016, y se dijo lo siguiente:

(…)

*…se observa que en el sub judice se procede por el delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de dieciocho años previsto en el artículo 219 A del Código Penal, adicionado por el artículo 1º de la Ley 679 de 2001 y, a su vez, modificado por los artículos 13 y 4º de las Leyes 1236 de 2008 y 1329 de 2009, respectivamente, del cual fue víctima una adolescente que para la época de los hechos contaba con 14 años.*

*Por tanto, se debe recordar que el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), prevé que “cuando se trate de delitos… contra la libertad, integridad y formación sexuales… cometidos contra niños, niñas y adolescentes (…) no se otorgará el beneficio de la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario” (…) [como] tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo”.*

*En ese sentido, la Sala ha señalado —y recientemente lo reiteró (CSJ AHP, 11 mar. 2016, rad. 47721)—, que tal prohibición se extiende a la causal de libertad de que trata el numeral 5º del artículo 317, es decir, que a pesar de superarse el término de 120 días de detención preventiva se debe mantener a la persona privada de la libertad, pues se consideró que “la prohibición extendida a la libertad provisional obedece a una interpretación del numeral 8° del artículo 199 de la norma en cuestión al advertir que «Tampoco procederá ningún otro beneficio»…”.*

*En esa medida, a pesar de lo previsto en el numeral 5º del artículo 317 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 4º de la Ley 1760 de 2015, se tiene que el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia contiene una prohibición para acceder a la libertad provisional conforme se ha señalado en la Sala, lo que en principio daría lugar a concluir por esta vía que en el caso de la especie no hay lugar a conceder el amparo constitucional invocado.*

*No obstante, se considera que la aplicación del artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia sin atender a ningún referente relativo al debido proceso y al derecho a la libertad no resulta convencional ni constitucionalmente válido.*

*En una decisión más reciente (CSJ AHP, 22 ago. 2016, rad. 48682) a la que se viene de mencionar (CSJ AHP, 11 mar. 2016, rad. 47721), en la Sala se indicó a propósito de la privación indefinida de la libertad:*

*En el marco del Estado de derecho, toda persona señalada de ser responsable de una conducta punible tiene a su favor, además del derecho a la presunción de inocencia, las garantías fundamentales a la contradicción, defensa, debido proceso y a ser juzgada dentro de un término razonable.*

*Ese último concepto comporta una doble dimensión de justicia: La primera, la expectativa de la comunidad —y por supuesto de las víctimas— de que los culpables sean castigados prontamente y, la segunda, no menos importante, el derecho de los inocentes a ser liberados lo más pronto posible de toda sospecha, así como de cualquier cautela sobre su libertad personal y su patrimonio.*

*También es posible distinguir dos ámbitos de la mencionada garantía: Por un lado, la duración del proceso, en conjunto, hasta que se produzca una decisión judicial definitiva y, por otro, la permanencia del sujeto en detención preventiva mientras se adelanta la investigación o juzgamiento.*

*El primero, como lo ha dicho la Corte Constitucional, con fundamento en los artículos 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 29 y 228 de la Constitución Política, involucra la observancia de los términos judiciales y, por tanto, en forma genérica, el derecho fundamental al debido proceso.[[35]](#footnote-35)*

*El segundo, se resalta, tiene una conexión primaria con los derechos a la presunción de inocencia y libertad personal, por esa razón, en un sentido más estricto, se enuncia como el «derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad».*

*Ese ámbito del plazo razonable está consagrado en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos debidamente ratificados por el Estado colombiano, cuyas normas son las siguientes:*

*i) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante la Ley 74 de 1968. Artículo 9.3:*

*Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución de fallo. —Resalta el Despacho—*

*ii) Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada mediante la Ley 16 de 1972. Artículo 7.5:*

*Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. —Resalta el Despacho—*

*Tales disposiciones, como lo ha dicho esta Sala, —CST STP, 20 abril 2016, rad. 85216, STP4883-2016— integran el bloque de constitucionalidad, por remisión del inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, según el cual los derechos y deberes consagrados en ella se han de interpretar de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, y también a través de lo dispuesto por el canon 94 ibídem, en el sentido de que la enunciación de derechos y garantías efectuada por la Carta y los convenios internacionales vigentes no comportan la negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos.*

*La negativa a reconocer la procedencia de la libertad por vencimiento de términos justifica la detención o prisión provisional de la persona procesada durante todo el proceso, lapso que podría ser equivalente a la anticipación de la pena y, por esa razón, constituye una vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Los imputados o acusados no solo deben ser considerados inocentes hasta que se les pruebe lo contrario, también deben ser tratados como tal.*

*(…)*

*De lo anterior pueden extraerse dos importantísimas conclusiones.*

*La primera, la determinación de los términos y sus consecuencias procesales, en particular sobre la detención preventiva, corresponde al Legislador, de conformidad con la cláusula general de competencia del Congreso de la República para la expedición de las leyes, no obstante, la indeterminación o supresión de los mismos es incompatible con las garantías fundamentales de nuestro sistema normativo.*

*Por esa misma razón, tampoco puede el intérprete judicial crear o amplificar tales indeterminaciones.*

*Así las cosas, se observa que la privación indefinida de la libertad que se desprende de la prohibición contemplada en el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia no consulta una interpretación convencional ni constitucional en relación con el instituto de la detención preventiva.*

*Entonces, conforme se viene de reseñar, si bien el numeral 5º del artículo 317 de la Ley 906 del 2004, modificado por el artículo 4º de la Ley 1760 de 2015, prevé que hay lugar a la libertad provisional si pasados 120 días de presentado el escrito de acusación no se ha dado inicio al juicio oral, por igual se tiene que el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 prohíbe el acceso a ese beneficio cuando se trate, entre otros, de delitos “contra la libertad, integridad y formación sexuales” en donde sean víctimas niños, niñas o adolescentes.*

Ahora, se observa que el artículo 317 de la Ley 906 de 2004 fue modificado por el artículo 2º de la Ley 1786 de 2016 por lo cual actualmente el artículo citado en primer lugar, en lo que aquí importa, es del siguiente tenor literal:

*Artículo 317. Causales de libertad… La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos:*

*(…)*

*5. Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio.*

*(…)*

*Parágrafo 1o. Los términos dispuestos en los numerales 4, 5 y 6 del presente artículo se incrementarán por el mismo término inicial, cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los imputados o acusados, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de que trata la Ley* [*1474*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html#inicio) *de 2011 o de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley* [*599*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html#inicio) *de 2000 (Código Penal).*

*(…)*

*Parágrafo 3o. Cuando la audiencia de juicio oral no se haya podido iniciar o terminar por maniobras dilatorias del acusado o su defensor, no se contabilizarán dentro de los términos contenidos en los numerales 5 y 6 de este artículo, los días empleados en ellas.* (subraya fuera de texto)

*Por tanto, de lo anterior se sigue que la modificación sustancial de la norma trascrita, en lo que aquí interesa, radicó en que se incluyó una nueva condición para duplicar el término de privación de la libertad, esto es, la relativa a que los casos que se sigan por las conductas punibles previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley* [*599*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html#inicio) *de 2000, esto es, las que atentan contra “la libertad, integridad y formación sexuales” tendrán una detención preventiva de 240 días*.

*A su vez se observa que en ese caso el legislador no hizo distinción alguna entre víctimas mayores o menores de edad, sino que en general se refirió a las conductas del Título IV del Código Penal, por lo que no es posible hacerla al intérprete. Es más, allí se hace expresa alusión a los delitos contra “la libertad, integridad y formación sexuales” en donde los sujetos pasivos son menores de edad.*

*Así las cosas, de lo anterior se sigue que si bien el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia prevé una prohibición para acceder a la libertad provisional cuando se trata de delitos contra “la libertad, integridad y formación sexuales” donde son víctimas niños niñas y adolescentes, en el artículo 2º de la Ley 1786 de 2016 se establece un término máximo de detención preventiva de 240 días.*

*Ahora, cabe advertir que como la Ley 1786 de 2016 únicamente entró a regir a partir del 1 de julio de dicho año, el término de privación de la libertad de los 240 días debe contabilizarse desde esa fecha, pues en estricto no se trata de una favorabilidad, por cuanto al tenor del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 no había un término preciso de privación de la libertad para casos como el presente (en sentido semejante CSJ AHP, 19 de feb. 2016, rad. 47578 y CSJ AHP, 22 ago. 2016, rad. 48682).”*

3.11.3 En ese orden de ideas puede decirse que para la fecha en que se decidió la acción constitucional (11 de marzo de 2011) no se configuraba ninguna causal de libertad provisional por vencimiento de términos de las que estaban previstas en el artículo 317 -5 del CPP, y además que la jurisprudencia vigente de la SP de la CSJ para esa fecha, era clara en el sentido de que las personas procesadas por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales no tenían derecho a ese beneficio, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 199 del CIA, por lo cual es factible entender que el señor juez penal del circuito de Belén de Umbría no se hubiera representado nunca la posibilidad de que al señor Niaza se le hubiera prolongado ilegalmente su situación de privación de la libertad, máxime si el juicio se había iniciado el 7 de septiembre de 2010, situación que tiene injerencia directa en la decisión que se debe adoptar en el presente caso, en la medida en que se ha solicitado la preclusión de la investigación en su favor, por la causal de atipicidad de la conducta según lo previsto en el artículo 332-4 del CPP-

3.12 En el caso en estudio, la causal invocada por el delegado de la FGN, remite necesariamente al artículo 10 del C.P.,que dispone lo siguiente:

*“La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución o en la ley”.*

3.12.1 En ese sentido la pretensión formulada por el delegado de la FGN se centra en el hecho de que en razón de las particulares circunstancias que rodearon el proceso que se tramitó contra el señor Niaza Bigama, como: i) el sucesivo cambio de los fiscales adscritos al juzgado penal del circuito de Belén de Umbría; ii) el hecho de que hubo constantes solicitudes de aplazamiento de audiencias por parte del defensor del acusado y los fiscales; y iii) el trámite que se le imprimió a un conflicto de jurisdicción que propuso la defensa, indicaba que el funcionario investigado no había actuado de manera dolosa, es decir con la intención de prolongar de manera ilegal el estado de privación de la libertad del señor Niaza Bigama, situación que igualmente fue referida por el Dr. Gartner Galvis, en el documento que denominó escrito de descargos, dirigido al fiscal requirente, donde manifestó: que existieron motivos fundados para las suspensiones del proceso; e hizo referencia la alta carga laboral de su despacho y la multiplicidad de asuntos que se debían atender en las diversas especialidades, para plantear que en ningún momento tuvo el propósito de lesionar los derechos del señor Niaza Bigama.[[36]](#footnote-36).

3.12.2 En consecuencia se debe examinar si se presentó una conducta dolosa por parte del funcionario investigado, que comportara los elementos de orden cognitivo y volitivo previstos en el artículo 22 del C.P. En ese sentido se debe tener en cuenta que no existen evidencias que desvirtúen la pretensión de preclusión formulada por el señor delegado de la Fiscalía General de la Nación que según se deduce de su exposición, se fundamenta en el artículo 332-4 del C. de P.P., en la medida en que se sustenta en el hecho de que el Dr. Gartner Galvis no actuó con la intención de retardar, omitir o denegar un acto propio de sus funciones, en razón de las situaciones enunciadas en el escrito de preclusión, lo que excluía cualquier actuación dolosa de su parte, por lo cual no era posible atribuirle alguna responsabilidad por la violación del artículo 414 del C.P.

3.12.3 Al respecto se debe recordar que en virtud del principio de *numerus clausus* establecido en el artículo 21 del C.P., el delito de prevaricato por omisión, sólo se puede imputar bajo la forma de conducta dolosa, lo que exige la demostración de los componentes de orden cognitivo y volitivo de esa forma de conducta, como se ha expuesto en la jurisprudencia pertinente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, concretamente en la sentencia del 15 de febrero de 2012 Radicado 33.149.[[37]](#footnote-37)

3.12.4 Del mismo modo, en la sentencia con radicado 32.964 del 25 de agosto de 2010, la misma Corporación se pronunció sobre los elementos que integran el dolo directo, estableciendo la diferencia entre el componente cognitivo o intelectual que se relaciona con el *“conocimiento o conciencia de los elementos del tipo penal respectivo”,* que debe ir aunado a la voluntad de realización de la conducta y el dolo eventual caracterizado por la posibilidad de representación posible o probable del acto, que fue la teoría acogida por la legislación penal colombiana, de acuerdo a la definición de dolo eventual contenida en el inciso 2º del artículo 22 del C.P.[[38]](#footnote-38)

3.12.2 Del mismo modo en el proceso con radicado 34.848 del 31 de agosto de 2011 de la misma corporación se manifestó que con la expedición de la ley 599 de 2000, se había abandonado la escuela causalista del delito, para inclinarse en cierto modo hacia la teoría finalista, por lo cual el dolo, la culpa y la preterintención, ya no se examinaban en sede de culpabilidad, sino que hacían parte de la acción, entendida como el componente de tipicidad, que comprende la tipicidad objetiva, entendida como el componente descriptivo de la conducta junto con sus elementos normativos, aunada a lo que se denomina el “tipo subjetivo”, que en el caso del dolo exige la comprobación de los componentes cognitivo y volitivo de esa forma de conducta, por lo cual la imposibilidad de subsumir la conducta en una norma de prohibición o de mandato o la inexistencia del dolo, (como ocurre en el presente caso) determinan la atipicidad de la conducta.[[39]](#footnote-39)

3.13 Por mandato constitucional, la Fiscalía General de la Nación tiene la obligación de investigar los hechos con características de delitos, que lleguen a su conocimiento, siempre y cuando se cuente con motivos que indiquen su posible existencia. De esta forma, y en cumplimiento de las funciones que la carta superior le asignó al ente acusador en el artículo 250, al término de la etapa de investigación, los delegados de esa institución, deben presentar el correspondiente escrito de acusación con la finalidad de dar inicio a la fase de juicio, cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, con probabilidad de verdad pueda afirmarse que el ilícito existió y que contra quien se dirige el escrito es su autor o partícipe.

Según lo establecido por el artículo constitucional en cita, igualmente es función de la Fiscalía General de la Nación, solicitar al Juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones, cuando no halle mérito para acusar. En desarrollo de esta norma, el artículo 332 de la ley 906 de 2004, estableció las causales por las cuales se puede solicitar la preclusión de la investigación, incluyendo dentro de ellas la atipicidad de la conducta investigada, que es la que se adecua al caso del Dr. Gartner Galvis, ya que el *actus reus* de prevaricato por omisión, solamente se puede imputar como una conducta dolosa, que se debe adecuar a la definición contenida en el artículo 22 del C.P.

3.14 La preclusión de la investigación puede ser solicitada por la Fiscalía bien sea en una etapa procesal o preprocesal, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así:

*“…En efecto, la solicitud de preclusión deberá ser siempre presentada por el fiscal ante el juez de conocimiento; es decir, en cualquier* *momento, y no solamente a partir de la formulación de la imputación. En otros términos, la declaratoria de preclusión de la acción penal debe ser siempre adoptada por el juez de conocimiento a solicitud del fiscal…”* [[40]](#footnote-40)

3.15 En la sentencia C- 651 de 2011 la Corte Constitucional expuso que la atipicidad involucra la ausencia de alguno de los elementos estructurales del tipo. En la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha expuesto que*:*

*“…La causal 4ª del artículo 332 de la ley 906 de 204 se refiere a la “atipicidad del hecho investigado“, contexto dentro del cual resulta incontrastable que la atipicidad pregonada debe ser absoluta, pues para extinguir la acción penal con fuerza de cosa juzgada se requiere que el acto humano no se ubique en ningún tipo penal, en tanto que la relativa esgrimida por la Fiscalía, hace referencia a que si bien los hechos investigados no se adecuan dentro de una específica conducta punible (abuso de función pública, valga el caso) si encuadran dentro de otra (prevaricato, por vía de ejemplo, Si ello es así, esto es, si de lo que se trata es de una atipicidad relativa, no parecería admisible que se aspirase a la preclusión, en tanto que el sentido común indicaría la necesidad de continuar la investigación respecto del tipo penal, que al parecer, si recogería en su integridad lo sucedido“[[41]](#footnote-41)*

3.16 En los precedentes de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, concretamente en el proceso con radicado 30.592 del 5 de octubre de 2011, se expuso que el delito de prevaricato por omisión, descrito en el artículo 414 del C.P., presenta las siguientes características: i) es un tipo de omisión propia y de conducta alternativa bajo las modalidades de omitir, retardar, rehusar o denegar que se debe concretar sobre un acto propio de las funciones del autor de la conducta; ii) se trata de un tipo penal en blanco, ya que se debe acudir a la normatividad complementaria que regula el acto omitido; iii) este delito sólo admite imputación como conducta dolosa, bajo la fórmula de dolo directo, lo que exige conocimiento de los hechos y voluntad de realizarlos, circunstancias que se relacionan directamente con la tipicidad subjetiva de esa conducta, por lo cual el prevaricato por omisión no se puede atribuir a título de dolo eventual; iv) el acto omisivo debe desconocer manifiestamente la ley, por lo cual la conducta no se tipifica con el simple incumplimiento de los deberes funcionales del servidor público, ya que implica que éste deje de actuar a sabiendas de que está omitiendo un acto propio de los deberes funcionales y con voluntad de hacerlo.[[42]](#footnote-42)

3.17 La Sala advierte que las situaciones referidas por el funcionario requirente, encuentran respaldo en la prueba documental aportada por el delegado de la FGN, conforme a los documentos relacionados en el apartado 3.6 de esta decisión. Fuera de lo anterior se reitera que para la fecha en que se decidió la acción constitucional, no se presentaba ninguna causal de libertad provisional, en los términos del artículo 317 el CPP, conforme a la redacción vigente para el 11de marzo de 2011, y que la jurisprudencia de la SP de la CSJ, establecía un criterio restrictivo en materia de excarcelación temporal para las personas investigadas por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, con base en lo dispuesto por el artículo 199 del C.I.A., como se explicó en los apartados 3.8 y 3.11 de esta decisión, por lo cual no era posible que el juez penal del circuito de Belén de Umbría se representara que se había prolongado de manera ilegal el estado de detención del señor Niaza Bigamá, como consecuencia de las suspensiones que se presentaron en el proceso que se tramitaba en su contra.

3.18 En el caso sub examen, acogiendo la solicitud de la FGN, se considera demostrada la situación particular que debió afrontar el Dr. Gartner Galvis frente al trámite del proceso en mención, en especial el hecho de que entre la fecha de presentación del escrito de acusación o sea el 18 de diciembre de 2009 y el 2 de marzo de 2011, hubieran intervenido cinco fiscales distintos como; i) la Dra.Gloria Estela Puerta Quintero, quien suscribió el escrito de acusación; ii) el Dr.Edgar Daniel Rodríguez Flórez quien estuvo presente en la audiencia de formulación de acusación donde el defensor del del acusado planteó el cambio de jurisdicción, aduciendo que el procesado pertenecía a una comunidad indígena, solicitud a la cual se le dio trámite hasta que la Sala Disciplinaria del CSJ se pronunció al respecto; iii) el Dr. Manuel Arturo Povea Barros quien intervino en la audiencia preparatoria; iv) el Dr. Nelson Camacho Betancur quien pidió la suspensión del juicio oral el 8 de octubre de 2010, explicando que tenía que estudiar tres juicios relevantes y luego pidió otro aplazamiento de consuno con la defensa; y v) la Dra. Beatriz Elena Ramírez Londoño, quien igualmente solicitó la postergarción de la audiencia de juicio oral ya que apenas estaba recibiendo los casos asignados a la Fiscalía 32 seccional.

3.19 Estas situaciones, aunadas a las otras que mencionó el funcionario investigado, relacionadas con la alta carga laboral de su despacho, lo mismo que la inexistencia de alguna causal de libertad aplicable al procesado para la fecha de los hechos y la jurisprudencia vigente de la SP de la CSJ en materia de restricciones para conceder libertad provisional a personas investigadas por delitos contra la libertar, integridad y formación sexuales, con base en lo dispuesto en el artículo 199 del C.I.A., llevan a la Sala a considerar que en el caso *sub examen,* se advierte la ausencia de los componentes de orden cognitivo y volitivo previstos en el artículo 22 del C.P., por lo cual se presenta un evento de atipicidad subjetiva frente al tipo penal del artículo 414 del C.P. en atención a los precedentes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia antes citados, lo que desestructura la conducta punible, en los términos del artículo 9º del C.P., por lo cual la Sala concluye que le asiste razón al Fiscal Delegado en su petición, pues en nuestro ordenamiento la culpabilidad constituye un presupuesto de la responsabilidad penal, como lo manifestó la Corte Constitucional en la sentencia C- 425 del 4 de septiembre de 1997.

3.20 Sobre el tema se considera procedente citar lo expuesto el CSJ SP del 3 de julio de 2013 radicado número 40.226, con ponencia del Magistrado José Leonidas Bustos Martínez, en la que se indicó lo siguiente:

*“…La Sala ya ha advertido reiteradamente que la mera constatación del simple paso del tiempo no es elemento suficiente para proferir condena por prevaricato por omisión[[43]](#footnote-43). En uno de tales planteamientos[[44]](#footnote-44) afirmó:*

*“3. Debe reconocer la Sala la desafortunada realidad que agobia a la mayoría de los despachos judiciales en el país, cuya considerable carga laboral, generada por el volumen de expedientes que simultáneamente deben atender, suele llevar en muchos casos a un visible divorcio entre los precisos y limitados términos que la ley señala para resolver los asuntos y el tiempo de que realmente disponen los funcionarios judiciales para cumplir tal cometido.*

*Por eso, al decidir sobre la responsabilidad penal ante una concreta situación de mora es necesario examinar si el juez estuvo o no en condiciones de cumplir dentro del término legal la obligación de decidir, sin dejar de lado las exigencias propias de una actividad que requiere dedicación plena, vocación de servicio, atento y ponderado examen de situaciones jurídicas muchas veces complejas, observancia del orden sistemático de las decisiones de acuerdo con la fecha de entrada al despacho de los expedientes, etc.”*

*En suma, también se revocará la condena por el prevaricato por omisión analizado, toda vez que el elemento subjetivo no fue plenamente probado…”.*

3.21 En conclusión, al no contarse con prueba de la existencia de una conducta dolosa por parte del funcionario investigado y estar proscrito el criterio de responsabilidad objetiva como fundamento de la responsabilidad penal según el artículo 12 del C.P. se decretará la preclusión de la investigación que se adelantaba contra el Dr Otto Wolfang Gartner Galvis, por su actuación como juez penal del circuito de Belén de Umbría, dentro del proceso que se adelantó contra el señor Luis Alejandro Niaza Bigama por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, determinación que se toma con base en lo dispuesto en el artículo 332-4 del C. de P.P., y que tiene los efectos previstos en el artículo 334 ibídem,

Con fundamento en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira,

**RESUELVE**

**PRIMERO: DECRETAR** la preclusión de la investigación a favor del Dr.Otto Wolfgang Gartner Galvis, que fue solicitada por el señor Fiscal 3º delegado ante los Tribunales Superiores de Pereira y de Armenia, por el delito de prevaricato por omisión, decisión que conlleva los efectos previstos en el artículo 334 del C. de P.P.

**SEGUNDO**: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella proceden los recursos previstos de ley.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ**

**Secretaria**

**+**

1. Folios 1 a 8 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 15 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 18 a 20 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 23 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 24 a 25 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 31 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 38 a 40 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 43 a 44 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 44 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 49 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 51 y 52 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 53 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 58 a 60 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 62 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 63 y 71 a 75 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 78 a 79 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN [↑](#footnote-ref-16)
17. Folio 82 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN [↑](#footnote-ref-17)
18. Folio 83 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN [↑](#footnote-ref-18)
19. Folio 91 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN [↑](#footnote-ref-19)
20. Folio 92 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN [↑](#footnote-ref-20)
21. Folio 96 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN [↑](#footnote-ref-21)
22. Folio 97 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN [↑](#footnote-ref-22)
23. Folio 113 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN [↑](#footnote-ref-23)
24. Folio 114 Carpeta Anexos Nro. 1 FGN [↑](#footnote-ref-24)
25. Folio 143 Carpeta FGN. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folio 130 Carpeta FGN [↑](#footnote-ref-26)
27. Ver Follios 4 a 10 Carpeta FGN. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folio 133 Carpeta FGN [↑](#footnote-ref-28)
29. Folio 142 Carpeta FGN. [↑](#footnote-ref-29)
30. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 21 de octubre de 2009, radicación No. 32176.auto [↑](#footnote-ref-30)
31. “Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.” [↑](#footnote-ref-31)
32. “En donde permanezca transitoriamente vigente la Ley 600 de 2000, cuando se trate de delitos a los que se refiere el inciso primero de este artículo no se concederán los beneficios de libertad provisional garantizada por caución, extinción de la acción penal por pago integral de perjuicios, suspensión de la medida de aseguramiento por ser mayor de sesenta y cinco (65) años, rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, y libertad condicional. Tampoco procederá respecto de los mencionados delitos la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal siempre que esta sea efectiva.” [↑](#footnote-ref-32)
33. “La conclusión del los jueces del proceso y del Magistrado que emitió la decisión recurrida, coincide con la postura de la Sala, la cual se pronunció de la siguiente manera en el aludido precedente del cuya decisión del 17 de septiembre de 2008: es claro que el precepto atrás destacado busca cerrar cualquier puerta que en la delimitación exhaustiva de los siete numerales anteriores pueda quedar abierta, haciendo inequívoco el interés del legislador en que a la persona imputada, acusada o condenada por esos delitos señalados en el inciso primero del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, que arrojen como víctimas a infantes y adolescentes, no se les otorgue ningún tipo de beneficio, rebaja o prebenda legal, judicial o administrativa, con la sola excepción, porque expresamente se dejó sentada ella, de los beneficios por colaboración eficaz” (subraya el Despacho, en esta oportunidad). [↑](#footnote-ref-33)
34. C.S.J. Sala de Casación Penal, proceso 34044. 28 de abril de 2010 M.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés [↑](#footnote-ref-34)
35. *«El principio de celeridad que es base fundamental de la administración de justicia debe caracterizar los procesos penales. Ni el procesado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado profiera una sentencia condenatoria o absolutoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad. (...) Luego es esencial la aplicación del principio de celeridad en la administración de justicia. Ello se desprende directamente del artículo 228 de la Constitución, e indirectamente del artículo 209, cuando sostiene que el principio de celeridad debe caracterizar la actuación administrativa. Fue pues voluntad manifiesta del constituyente consagrar la celeridad como principio general de los procesos judiciales. Ahora una dilación por una causa imputable al Estado no podría justificar una demora en un proceso penal. Todo lo anterior nos lleva a concluir que frente al desarrollo del proceso penal, se deben aplicar las disposiciones sobre fijación de términos en desarrollo del principio de respeto a la dignidad de la persona, como límite a la actividad sancionadora del Estado».* Sentencias T-450 de 1993, T-368 de 1995 y T-518 de 2014. [↑](#footnote-ref-35)
36. Folios 151 a 153 Carpeta FGN. [↑](#footnote-ref-36)
37. “*…De esta forma, se tiene que, imprescindible desde la perspectiva legal resulta la constatación de la voluntad como elemento del dolo, en la medida en que el conocimiento como tal no resulta suficiente si no encuentra una voluntad que lo materialice. Así, como en el ejemplo propuesto por DONNA, por más que un médico sea consciente de que al intervenir a un paciente existe una altísima probabilidad de que muera, al hacerlo, en manera alguna podría suponerse que actuó con voluntad de causarle la muerte. De esta forma, queda evidenciado cómo no es posible entender el dolo sin la concurrencia de los dos elementos que lo integran, conocimiento y volición.*

*(…)*

***“3.1.3.*** *La prueba relativa al ingrediente cognitivo del dolo puede deducirse de los mismos actos de naturaleza objetiva que constituyen la acción objeto de estudio, pero también de circunstancias ocurridas antes o después de ésta (en todo caso, analizadas mediante criterios normativos y no tendientes a descubrir datos psicológicos en el agente), siempre y cuando guarden directa relación con la situación típica y, por lo tanto, no constituyan derecho penal de autor. Así lo ha señalado la Sala, en relación con la demostración del dolo:*

*“[…] es viable deducir tanto el elemento cognitivo como el volitivo del dolo de las concretas circunstancias que hayan rodeado la conducta y no del hecho, de difícil comprobación, de establecer qué pasó en realidad por la mente del inculpado.*

*”[…] Así mismo, en la medida en que es imposible conocer los elementos del dolo por medio de la observación directa, éstos también pueden derivarse de los indicios que se construyan alrededor de la situación fáctica imputada, pero no a datos extraños a tal conducta y que constituyan derecho penal de autor. De acuerdo con la doctrina:*

*”‘[…] los hechos externos de los que parte la inferencia deben extraerse siempre de modo directo de la situación enjuiciada, sin que pueda admitirse la introducción de consideraciones relacionadas con otros datos ajenos a aquélla, tales como el modo de vida o la personalidad del autor. Y ello porque el objeto de la prueba –sea el conocimiento o la voluntad– se refiere exclusivamente al hecho cometido, de donde se sigue la total ineptitud de cualquier otro dato personal para aportar alguna información relevante’”.* [↑](#footnote-ref-37)
38. *“…El dolo ha sido definido tradicionalmente como la simbiosis de un conocer y un querer, que se ubica en la vertiente interna del sujeto, en su universo mental. En materia penal se dice que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.*

*De acuerdo con esta definición, alrededor de la cual existe importante consenso, el dolo se integra de dos elementos: Uno intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo. Y otro volitivo, que implica querer realizarlos.*

*Estos componentes, no siempre presentan los mismos grados de intensidad, ni de determinación. Ello, ha dado lugar a que la doctrina dominante distinga, en atención a la fluctuación de estos aspectos, tres clases de dolo: El directo de primer grado, el directo de segundo grado y el eventual.*

*El dolo directo de primer grado se entiende actualizado cuando el sujeto quiere el resultado típico. El dolo directo de segundo grado, llamado también de consecuencias necesarias, cuando el sujeto no quiere el resultado típico pero su producción se representa como cierta o segura. Y el dolo eventual, cuando el sujeto no quiere el resultado típico, pero lo acepta, o lo consiente, o carga con él, no obstante habérselo representado como posible o probable.*

*En todos los eventos es necesario que concurran los dos elementos del dolo, el cognitivo y el volitivo, pero en relación con este último sus contenidos fluctúan, bien porque varía su sentido o porque su intensidad se va desdibujando, hasta encontrarse con las fronteras mismas de la culpa consciente o con representación, que se presenta cuando el sujeto ha previsto la realización del tipo objetivo como probable (aspecto cognitivo), pero confía en poder evitarlo.*

*(…)*

*Las dificultades surgen de sus similitudes estructurales. Tanto en el dolo eventual como en la culpa con representación o consciente el sujeto no quiere el resultado típico. Y en ambos supuestos el autor prevé la posibilidad o probabilidad que se produzca el resultado delictivo. Por lo que la diferencia entre una y otra figura termina finalmente centrándose en la actitud que el sujeto agente asume frente a la representación de la probabilidad de realización de los elementos objetivos del tipo penal.*

*Muchos han sido los esfuerzos que la doctrina ha realizado con el fin de distinguir el dolo eventual de la culpa consciente o con representación, y variadas las teorías que se han expuesto con ese propósito, pero las más conocidas, o más sobresalientes, o las que sirven generalmente de faro o referente para la definición de este dilema, son dos: la teoría de la voluntad o del consentimiento y la teoría de la probabilidad o de la representación.*

*La teoría de la voluntad o del consentimiento hace énfasis en el contenido de la voluntad. Para esta teoría la conducta es dolosa cuando el sujeto consiente en la posibilidad del resultado típico, en el sentido de que lo aprueba. Y es culposa con representación cuando el autor se aferra a la posibilidad de que el resultado no se producirá.*

*La teoría de la probabilidad o de la representación enfatiza en el componente cognitivo del dolo. Para esta teoría existe dolo eventual cuando el sujeto se representa como probable la realización del tipo objetivo, y a pesar de ello decide actuar, con independencia de si admite o no su producción. Y es culposa cuando no se representa esa probabilidad, o la advierte lejana o remota.*

*(…)*

*Hasta el año 2001 la legislación colombiana se mantuvo fiel a los postulados de la teoría del consentimiento, como estructura dogmática que busca explicar la frontera entre el dolo eventual y la culpa con representación. Pero en la Ley 599 de 2000, tomó partido por la teoría de la representación, al definir el dolo eventual el los siguientes términos: “también será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal* ***ha sido prevista como probable*** *y su no producción se deja librada al azar. Sobre esta variación, dijo la Corte,*

***“[…] en lo atinente a la teoría del dolo eventual, el código de 1980 había acogido la llamada teoría estricta del consentimiento, -emplea la expresión “la acepta, previéndola como posible- en el que existe un énfasis del factor volitivo cuando el autor acepta o aprueba la realización del tipo, porque cuenta con el acaecimiento del resultado.***

***El código de 2000, en cambio, abandona esa afiliación teórica para adoptar la denominada teoría de la probabilidad, en la que lo volitivo aparece bastante menguado, no así lo cognitivo que es prevalente. Irrelevante la voluntad en esta concepción del dolo eventual … el sujeto está conforme con la realización del injusto típico, porque al representárselo como probable, nada hace por evitarlo. 8 SUBRAYAS FUERA DEL TEXTO )***

*Desde ahora, es importante precisar que la representación en esta teoría (aspecto cognitivo) está referida a la probabilidad de producción de un resultado antijurídico, y no al resultado propiamente dicho, o como lo sostiene un sector de la doctrina, la representación debe recaer, no sobre el resultado delictivo, sino sobre la conducta capaz de producirlo, pues lo que se sanciona es que el sujeto* ***prevea como probable la realización del tipo objetivo****, y no obstante ello decida actuar, con total menosprecio de los bienes jurídicos puestos en peligro.*

*La norma penal vigente exige para la configuración de dolo eventual la confluencia de dos condiciones, (i) que el sujeto se represente como probable la producción del resultado antijurídico, y (ii) que deje su no producción librada al azar.* [↑](#footnote-ref-38)
39. *“…Teniendo en cuenta que la disertación que convoca a la Sala descansa sobre la tipicidad, primer estanco que conforma la conducta punible a voces del artículo 9 del Código Penal, es importante realizar una precisión previa: con la expedición de la Ley 599 de 2000, se ha entendido superado el esquema causalista del delito, temática frente a la cual la Sala ha tenido la oportunidad de sentar su criterio:*

*“…El legislador del año 2000 (Ley 599) adoptó un concepto en algo finalista de la acción y, así, el dolo, la culpa y la preterintención pasaron al tipo a formar parte de la acción (el denominado tipo subjetivo), pero ese dolo que, se dice, el finalismo “trasladó” desde la culpabilidad hasta la tipicidad, comporta un dolo natural, “avalorado”, en cuanto se estructura solamente con el conocimiento y la voluntad, en tanto que la conciencia de la antijuridicidad “se quedó” en sede de culpabilidad como parte del juicio de reproche en que consiste ésta.*

*En la legislación vigente el dolo no es forma de culpabilidad, sino una modalidad de la conducta punible, según se lee con precisión en el artículo 21 del Código Penal. Pero, en contra de lo planteado dentro de las diligencias estudiadas, la conducta dolosa no implica el conocimiento de un simple hecho, sino que, según enseña el artículo 22, “la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización”. Por tanto, el conocimiento que se exige para la estructuración del dolo, como tipo subjetivo, es el relativo a hechos que tengan relevancia típica”.*

*5. Bajo tal entendimiento, la tipicidad está compuesta por dos aspectos, el objetivo y subjetivo. En el primero yacen los elementos descriptivos y normativos que cada tipo penal consagra, en tanto que el segundo abarca el dolo en su doble manifestación: conocimiento de los hechos que tengan relevancia típica y voluntad, con lo cual resulta evidente que la atipicidad de un comportamiento se puede predicar por ausencia de cualquiera de los elementos objetivos o subjetivos del tipo, circunstancias en las que en todo caso se predica la ATIPICIDAD DEL COMPORTAMIENTO.*  [↑](#footnote-ref-39)
40. Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández [↑](#footnote-ref-40)
41. C.S.J. Sala de C.P. 1º de julio de 2009 M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. [↑](#footnote-ref-41)
42. *“…Se trata, según se advierte, 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 por mandato constitucional o legal debe realizar el funcionario cuestionado”.*

*La Corporación también se ha referido a las diferencias y aproximaciones conceptuales que se presentan en el plano jurídico entre omitir y retardar y entre retardar y rehusar. En relación con los dos primeros conceptos ha dicho: “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”.*

*(…)*

*El delito de omisión, como ya se dijo, 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, infracciones que, en cualquiera de sus expresiones conductuales (omitir, rehusar, retardar y denegar), debe concretarse o recaer sobre un acto propio de sus funciones, siendo esta exigencia un elemento común y necesario de todas ellas.*

***2.4. Es un tipo penal en blanco***

*“El tipo penal de prevaricato por omisión lo describe el artículo 414 de la Ley 599 de 2000 en los mismos términos que lo estaba en la codificación vigente para la época de los sucesos, acertadamente precisada por el aquí demandante, que grava con pena privativa de la libertad al ‘servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones’. Se trata, ciertamente, de un precepto penal en blanco, toda vez que para adecuar en el mismo el obrar de quien tiene la condición de sujeto activo de la conducta, es preciso acudir a la normatividad en la que se hallan establecidas sus funciones específicas”.*

 *Esto ha llevado a la Sala a sostener, en forma pacífica y reiterada, que 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.*

*(…)*

*Aún cuando la norma expresamente no lo exige, es de su consustancialidad que la infracción del deber funcional sea relevante, requisito que la doctrina entiende cumplido cuando la conducta afecta las expectativas legítimas de los ciudadanos en su relación con la administración, porque impide u obstaculiza el ejercicio de un derecho concreto, pone en serio peligro la posibilidad de acceso o de participación en el disfrute de servicios, o en el desarrollo de actividades que las instituciones deben garantizar.*

*(…)*

*Contrario sensu, el simple incumplimiento de los deberes funcionales, sin implicaciones de importancia en el desarrollo de los cometidos propios de la administración pública, como bien jurídico protegido, escapa al marco de protección de la norma, por carecer de aptitud lesiva, y porque la conducta en estos casos termina reduciéndose al quebrantamiento de los deberes que surgen de la relación Estado-servidor público, sancionable sólo en el campo del derecho disciplinario.*

*La Corte no ha sido ajena a esta exigencia, pues ha venido sosteniendo con regularidad que las conductas omisivas que la norma prevé deben desconocer en forma manifiesta la ley, con el fin de hacer énfasis en la necesidad de que el quehacer omisivo supere los linderos del simple incumplimiento de los deberes funcionales del servidor público, para afectar o poner en grave peligro el correcto ejercicio de la función, al igual que los postulados de legalidad, probidad y eficiencia, y la confianza pública en ella,*

*“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, es decir, con violación manifiesta de ella”.*

***2.6. Es un tipo penal esencialmente doloso***

*El prevaricato por omisión sólo admite el dolo como variante subjetiva, 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.*

*Este requerimiento, analizado frente a los elementos objetivos del tipo penal en estudio, implica que el servidor público debe saber que la ley le impone la obligación de actuar, y que no obstante ello, decide voluntariamente no hacerlo, o negarse a hacerlo, o hacerlo tardíamente, con conciencia de que desatiende el deber funcional asignado legalmente y que su conducta es objetivamente típica.*

*El conocimiento de la obligación de actuar presupone tener conciencia de que el acto que el servidor público omite, retarda, rehúsa o deniega le compete, es decir, que es propio de sus deberes funcionales, como también de los contenidos de esa obligación, y por ende, que está jurídicamente obligado a actuar.*

*La línea jurisprudencial de la Corte ha sido unánime y reiterada en destacar estos aspectos esenciales del tipo penal subjetivo del delito de prevaricato por omisión, y de insistir en su naturaleza eminentemente dolosa, como condición necesaria de su delictuosidad.*

*“No en vano viene sosteniendo la Corte que no toda omisión o retardo en el cumplimiento de un acto propio de las funciones asignadas, constituye delito de prevaricato por omisión, pues siendo este delito esencialmente doloso, requiere necesariamente que cualquier conducta de las descritas en el artículo 150 del Código Penal de 1980 (artículo 414 de la Ley 599 de 2000), esté precedida del conocimiento y voluntad claros de faltar a la lealtad debida en el ejercicio de dicha función”.*

*La circunstancia de tratarse de un delito de mera conducta, que se consuma en el momento mismo en que el sujeto incumple el deber de actuar, sin requerir el concurso de un resultado específico, determina que no acepte el dolo eventual como modalidad dolosa, el cual, como es sabido, presupone la producción de un resultado no querido, pero consentido como probable por el sujeto agente, y que en este punto comparta las características del prevaricato por acción, en relación con el cual la Sala ha precisado,*

*“Como en el dolo eventual, tiene dicho la Sala, ‘el agente se representa la posibilidad de realización del tipo penal y la acepta interiormente, lo que incluye aceptar el resultado de su conducta, conformarse con”, es evidente que una tal caracterización no se aviene en lo más mínimo al elemento subjetivo que demanda el prevaricato, pues, siendo este un tipo penal de mera conducta, es claro que basta el simple comportamiento del agente, independientemente de las consecuencias que él apareje, para que se tenga por punible. No exige el prevaricato un determinado resultado y siendo ello así, el dolo eventual deviene incompatible con la naturaleza de dicho delito, lo contrario sería pretender que en todo proferimiento de una decisión fuera implícito el riesgo de que resulte contraria a derecho y que tal posibilidad se aceptare, se estuviere ante un dolo eventual”.*

*Las omisiones derivadas de expresiones culposas, como negligencia, descuido o desatención del deber objetivo de cuidado, carecen también de aptitud típica, por tratarse de un delito esencialmente doloso, que requiere del concurso de su componentes cognitivo (conocimiento de la tipicidad objetiva de la conducta) y volitivo (querer realizarla) para su punición.*

*(..)*

*De acuerdo con lo que se ha dejado visto, el tipo penal de prevaricato por omisión exige para su estructuración, en su expresión objetiva, la comprobación de tres elementos, (i) que el sujeto activo tenga la condición de servidor público, (ii) que la conducta típica recaiga sobre un acto propio de sus funciones, y (iii) que consista en omitir, rehusar, retardar o denegar el cumplimiento de esa función. Y en su expresión subjetiva, que haya actuado con conocimiento de que estaba faltando a sus deberes funcionales y con voluntad de hacerlo.*

***3.1.2. Tipicidad subjetiva***

*Ya se dijo que el prevaricato por omisión solo admite el dolo como forma de imputación subjetiva de la conducta, lo cual implica para el Estado tener que probar que el autor, al incumplir el deber impuesto, tenía conciencia de que realizaba el tipo objetivo (aspecto cognitivo), y que voluntariamente quiso su realización (aspecto volitivo).*

*O, dicho en términos mucho más específicos, que era consciente que el ordenamiento jurídico le imponía la obligación de actuar, y que conocedor de ello, decidió voluntariamente no hacerlo, o negarse a hacerlo, o hacerlo tardíamente, a sabiendas de que con su conducta realizaba el tipo penal objetivo.*

*En casos como el que se estudia, en los que la obligación de actuar presupone la valoración de una situación específica que el funcionario está obligado a controlar o supervisar, la conducta será dolosa sólo si decide no hacerlo, o negarse a hacerlo, o hacerlo tardíamente, y teniendo conciencia de que la ley o el reglamento le imponen el deber intervenir.*

*Esto implica conocer la situación que está obligado a revisar y haber realizado una adecuada valoración de la misma, porque si la desconoce, o se equivoca en su ponderación, llevándolo a la convicción errada de que no debe intervenir, la conducta carecerá de connotación penal, por no ser expresión de la voluntad consciente de incumplir un acto propio de sus funciones.*

*En el caso que se analiza, los argumentos esbozados por la fiscalía para afirmar el concurso de los presupuestos de la conducta dolosa no se ofrecen contundentes. Y la prueba aportada al informativo no permite llegar a la convicción razonable de que la acusada dejó de actuar a sabiendas de que estaba incumpliendo un acto propio de sus funciones y con voluntad de hacerlo.*  [↑](#footnote-ref-42)
43. *Entre otras, auto de 19 de noviembre de 2002, radicado 16838; Sentencia de 16 de noviembre de 2003, radicado 19912; auto de 13 de julio de 2005 radicado 20929; de 21 de febrero de 2007 radicado 24053; de 13 de junio de 2007 radicado 27056.* [↑](#footnote-ref-43)
44. *Sentencia de 16 de noviembre de 2003, radicado 19912.* [↑](#footnote-ref-44)