



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado ponente

AP4835-2016

Radicación n° 47806

(Aprobado Acta No.224)

Bogotá D.C., veintisiete (27) julio de dos mil dieciséis (2016).

La Sala se pronuncia respecto del recurso de apelación interpuesto por YARLIN JOSÉ MENA MORENO -quien adujo la condición de víctima-, en contra del auto proferido el 3 de marzo de 2016 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, por cuyo medio fue decretada, a solicitud de la Fiscalía, la preclusión de la indagación adelantada contra **INÉS DAMARIS ÑUSTE CASTRO** -en calidad de Juez Segunda Penal del Circuito de la misma ciudad- por posibles *prevaricatos por acción, omisión, abuso de autoridad y ocultamiento o supresión de documento público*.

ANTECEDENTES

Descripción fáctica objeto de indagación.

1. **INÉS DAMARIS ÑUSTE CASTRO** en su condición de Juez Segunda Penal del Circuito de Quibdó profirió sentencia el 9 de febrero de 2009, por la cual condenó a YARLIN JOSÉ MENA MORENO –y a otro- a la pena principal de 56 meses de prisión como autor responsable *“de tentativa de peculado por apropiación, en concurso con (...) falsedad ideológica en documento público”*¹.

Apelada la anterior decisión, el Tribunal Superior de Quibdó el 5 de septiembre de 2012 declaró *“prescrita la acción penal”* respecto de las dos conductas atrás mencionadas².

2. MENA MORENO en la denuncia indicó que en el juicio adelantado en su contra la juez **ÑUSTE CASTRO** *“procedió a (...) mutilar el expediente ocultando y haciendo desaparecer el documento conocido como CD. No. 15 del despacho (...)”*, en vista de que en la audiencia pública de juzgamiento el testigo JORGE IVÁN RAMÍREZ AGUDELO -quien lo señaló de haber cometido conductas punibles- se retractó, impidiendo con ello ejercer a través del recurso de apelación su derecho de defensa ante el Tribunal Superior de Quibdó, *“con el único ánimo de –causarle- daño”*, propósito para el cual la funcionaria también desapareció *“el resumen que por escrito presentó –su- apoderado sobre la intervención en la audiencia pública”* y *“las ayudas didácticas utilizadas”*.

3. Aseguró el denunciante que *“de una forma sospechosamente coincidencial”*, todas las actuaciones penales de su interés

¹ Decisión visible a folios 30 y siguientes del anexo 3.

² Providencia obrante en el cuaderno anexo número 6.

fueron “repartidas al despacho de la Juez Segunda Penal del Circuito de Quibdó, **INÉS DAMARIS ÑUSTE CASTRO**, con quien por motivo de profundas diferencias conceptuales, media también enemistad grave, la cual como era de esperarse, aprovechó para cometer todo tipo de atropellos e irregularidades en” la sentencia atrás mencionada.

Actuación relevante.

1. En relación con lo indicado en el numeral 2 del acápite anterior, la Fiscalía adelantó indagación contra **INÉS DAMARIS ÑUSTE CASTRO** por posibles conductas de *prevaricato por acción, abuso de autoridad y ocultamiento o supresión de documento público*. Respecto de lo señalado en el numeral 3 *idem*, el ente investigador indagó la eventual existencia de *prevaricato por omisión*, en tanto la funcionaria no se declaró impedida para conocer del proceso, pese la sindicación del denunciante en el sentido de presentarse enemistad grave entre éste y aquélla.

2. Concluida esa fase preprocesal, la Fiscalía Once Delegada ante el Tribunal Superior de Quibdó solicitó la preclusión en audiencia llevada a cabo el 2 de marzo de 2016.

3. MENA MORENO en su intervención indicó que la juez indiciada incurrió en *prevaricato por acción y abuso de autoridad* al proferir sentencia sin pruebas, es decir, por decidir sin reconstruir el expediente, “en ausencia de los requisitos del 238 (sic) en consonancia con el artículo 29 de la

*Constitución Política y el 275 de la misma norma (sic)*³, pues el disco en el que fueron registrados los testimonios practicados en el juicio no existía y su conservación era responsabilidad única de la funcionaria.

4. El Tribunal Superior de Quibdó el 3 de marzo de 2016 decretó la preclusión pedida por la Fiscalía.

Contra este auto *el apoderado de quien intervino como víctima* interpuso recurso de apelación, el cual una vez concedido, el expediente fue remitido a la Corte Suprema de Justicia para su resolución.

DECISIÓN APELADA

El Tribunal Superior de Quibdó decretó la preclusión de la indagación adelantada contra **INÉS DAMARIS ÑUSTE CASTRO**, por las razones que se pasan a ver:

1. En relación con el **prevaricato por acción**, consideró demostrada la *atipicidad del hecho investigado*, porque en la “*sentencia No. 008 del 9 de febrero de 2009*” se advierte un juicioso análisis de la juez, quien examinó las conductas por las cuales se dictó resolución de acusación, valoró las pruebas y confrontó los testimonios con los demás medios obrantes en el proceso.

³ 00:55:30 y 00:55:50 del CD 1 contentivo de la audiencia de preclusión.

Del hecho de la inexistencia del disco No. 15, consideró no tener el alcance que el denunciante pretendió darle, es decir, de generar una mutilación del expediente u ocultamiento de las pruebas para afectar la actuación, toda vez que tratándose de un proceso adelantado con la ritualidad de la Ley 600 de 2000, la audiencia pública debía realizarse con respeto del principio de la inmediación, lo que efectivamente ocurrió, pues *“según consta en los anexos, el 8 de marzo de 2006 se llevó a cabo la audiencia pública de juzgamiento, cuya acta reposa a folio 12 y siguientes del anexo 3, y se encuentra firmada por el juez y quienes intervinieron en ella incluido el denunciante”*.

“Se dejó constancia que las declaraciones e intervenciones se grabaron en el CD 15, del que según oficio de respuesta de la Secretaría del Juzgado Segundo Penal del Circuito del 23 de febrero de 2009, obrante a folio 61, anexo 3, no quedó copia en el despacho, por lo cual le respondió al denunciante que debía solicitarlo a la oficina administrativa o judicial – sistemas, ya que la vista pública se había llevado a cabo en las salas de audiencias existentes en el primer piso, donde tampoco se encontró.

“Según lo dicho por la Dra. CARLA MILENA CÓRDOBA, Secretaria del Juzgado, en entrevista que se le recibió el 12 de febrero de 2014, visible a folio 63 de la carpeta”, a ella “le correspondió adelantar la búsqueda de dicho audio, lo que finalmente no se logró porque para el año en que se realizó la audiencia sufrió un daño el equipo o el sistema operativo que permite recolectar toda la información de las diligencias, como igualmente lo aseveró (...) el ingeniero de sistemas que laboraba en la coordinación administrativa”.

“Denotó igualmente que la misma juez fue la que realizó la audiencia y que ella acostumbra a tomar notas de cada una de las intervenciones

de los sujetos procesales, manuscritos que eran muy completos y (...) en la mayoría de los procesos que se impulsan en ese despacho la señora juez utiliza esos manuscritos como apoyo para sus decisiones”.

“El Fiscal que asistió a esa audiencia, Dr. PEDRO INOCENCIO RENTERÍA –RAMÍREZ-, en entrevista que rindió el 14 de febrero de 2014, folio 64, manifestó que la juez de manera atenta iba anotando todos los pormenores relacionados con la prueba testimonial, intervenciones de la Fiscalía, del acusado, su defensor y el Ministerio Público”.

Agregó el *a quo* que la conducta de prevaricato por acción *“tampoco puede estructurarse”* de la falta o ausencia del C.D. 15, pues no es admisible concluir que la prueba fue inexistente por la sola circunstancia de que posteriormente no se obtuvo el registro del audio por motivo de daños técnicos, *“toda vez que la audiencia pública de juzgamiento se realizó con la presencia de los sujetos procesales e intervinientes, dentro de ellos el hoy denunciante, con la dirección de la juez denunciada y bajo su inmediatez se recaudó la prueba testimonial, se escucharon las alegaciones e intervenciones de las parte y de los sujetos procesales, lo que se traduce en la percepción directa que tuvo sobre las pruebas y las intervenciones, funcionaria que tomó anotaciones de lo acontecido en la citada audiencia y así lo afirmó en el interrogatorio de indiciado y lo corroboraron los abogados que fungieron como defensores, doctores JAMES TAYLOR MOSQUERA –SÁNCHEZ- y LUIS ENRIQUE ABADÍA GARCÍA”.*

Adicionalmente *“(…) en lo que atañe a la Ley 600 de 2000, (...) rige el principio de permanencia de la prueba, en virtud del cual la misma era practicada por la Fiscalía en desarrollo de la etapa investigativa y su fuerza demostrativa perduraba hasta el momento en que se profiera sentencia, sin ser necesario el conocimiento directo por parte del juzgado. Pero también lo es que el principio de inmediatez tenía lugar*

necesariamente en la práctica de pruebas que se desarrollaba en la audiencia pública de juzgamiento con presencia del juez de lo cual podía quedar registro escrito o de audio, siendo factible y no contrario a la normatividad que la juez acudiera a sus manuscritos que constituyen una ayuda para su memoria, (...) –correspondiente- al conocimiento del suceso criminal que adquiere el juez directa y personalmente de los órganos y medios de prueba al intervenir dentro de las audiencias realizadas para su producción, principio que fue consagrado de manera expresa en el (...) artículo 54 de la Ley 906 de 2004”.

2. A igual conclusión arribó el Tribunal sobre la atipicidad de la conducta en lo que tiene que ver con el **abuso de autoridad** señalado por el denunciante, pues como viene de indicarse, la juez falló con pruebas y en esa medida no se observa que hubiese cometido un acto arbitrario o injusto con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas.

3. Respecto del **prevaricato por omisión** indagado, observó admisible la causal de “*inexistencia del hecho investigado*” planteado por el ente acusador, toda vez que “*el impedimento por enemistad grave tiene carácter subjetivo y quien lo advierta le corresponde demostrarlo y allegar las pruebas que lo sustentan, situación que no se avizora en el expediente, pues no existe escrito alguno en el que el denunciante manifieste esto por vía de la recusación*”.

Adicionalmente, “*cuando la funcionaria consideró que tramitando el proceso podría faltar a sus deberes así lo manifestó, impedimento que no fue aceptado por su homólogo ni por su superior jerárquico (sic)*”.

4. Respecto del delito de **ocultamiento o supresión de documento público**, de acuerdo con las entrevistas realizadas a quienes intervinieron *“en la audiencia del 8 de marzo de 2006 y la inspección realizada a las copias del proceso penal 2005-00142, adelantado en contra del Dr. YARLIN MENA MORENO”*, consideró el Tribunal que la conducta de la doctora **INÉS DAMARYS ÑUSTE CASTRO** *“es atípica”* porque pese a la pérdida del disco, la funcionaria no evadió el análisis de la retractación del denunciante en el proceso, lo cual también se evidencia en *“lo vertido por la misma en la sentencia No. 8, cuando analizó –el- tema”*.

“Consecuente con lo anterior ésta al proferir sentencia no tenía conocimiento de la pérdida del CD, pues se enteró cuando el procesado realizó solicitud de los audios para sustentar recurso de apelación, por lo cual –pidió- a la oficina de informática le suministrara el audio, pero por el daño ocurrido en el sistema, no se pudo acceder al mismo, hecho que no es atribuible a la funcionaria”.

“Si se toma en cuenta lo referido por la víctima en el sentido de que la – juez- debió proceder a la reconstrucción de esta pieza procesal, se tiene que el Dr. MENA MORENO solo hizo alusión a esta pérdida cuando presentó la denuncia, ello para significar que proferida ya la sentencia, no era viable la alegada reconstrucción, la que bien pudo ordenarse en sede de segunda instancia” si hubiese sido necesario resolver de fondo la alzada, *“lo que no aconteció”*, por cuanto operó el fenómeno de la prescripción de la acción penal, *“sin que –en consecuencia- se vislumbre perjuicio alguno para el denunciante, quien se benefició”* de la mencionada declaratoria emitida *“el 5 de septiembre de 2012”*.

LA APELACIÓN

YARLIN JOSÉ MENA MORENO -quien adujo la condición de víctima- solicitó la revocatoria de la decisión atrás mencionada, para cuyo efecto señaló que:

1. *“Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana (...) cuyo fin esencial es garantizar los principios derechos y deberes consagrados en la Carta y dentro de este grupo de derechos fundamentales se encuentra el debido proceso (...) que nos indica que es deber de toda autoridad administrativa y judicial mantenerlo en todas y en cada una de sus actuaciones, dándole una especial relevancia al debido proceso en tratándose de actuaciones judiciales, en tanto en estas están en juego el principal derecho del ser humano, después de la vida, cuál es su libertad.*

“Debido proceso que se materializa en el ejercicio del derecho penal en el proceso, en la oportunidad de defenderse, esto es: practicar pruebas, aportar pruebas, contradecir o controvertir las que se alleguen en su contra y de presentar los recursos que la ley le otorga para ello con fundamento en las pruebas oportunamente aportadas al proceso”.

2. Es así como, –continuó el impugnante-, *“ejercimos (sic) ese derecho fundamental en la audiencia de juzgamiento aportando las pruebas, esto es llevando los testigos, realizando las pruebas testimonial aportadas por ellos (sic), controvirtiendo las acusaciones realizadas por el señor alias EL NEGRO -JORGE IVÁN RAMÍREZ AGUDELO, quien señaló al apelante de haber cometido conductas punibles-, (...) y cerciorándonos (sic) que dichas pruebas quedaran efectivamente depositadas en el expediente para soportar en ellas nuestros alegatos y en especial nuestros recursos en la eventualidad que se fueran generando, conforme lo establecían las normas”.*

Sin embargo “tres años –después- , me vengo a enterar (sic) (...) con los oficios, que (...), el tema del CD No. 15 era solamente un sofisma, - pues- nunca existió en el expediente, nunca existió en la audiencia y, entonces, la pregunta del caso y el inconformismo se suscita en que: ¿Será posible dictar una sentencia en ausencia del material probatorio exigido por la norma legal, artículo 232 del Código de Procedimiento Civil (sic), que generen certeza de la comisión del hecho delictivo que se está investigando, sin presencia de la constancia de la defensa realizada –por el- procesado?

Aseguró el apelante que no puede ser “consecuente ni creíble (...) la excusa planteada por el despacho de la doctora **INÉS DAMARIS ÑUSTE CASTRO** de haber dictado sentencia con fundamento en unos resúmenes (...) porque esto es un resumen subjetivo de la doctora, es la percepción que ella tuvo, (...) que le sirve como fundamento para su despacho, pero obviamente al momento de (...) ejercer –él- el derecho a la defensa no –podía apoyarse- (...) en una percepción personal de la señora juez”.

“En ese orden de ideas -el recurrente estima- “presentes las circunstancias que determinan la comisión del delito de abuso de autoridad (sic) por acto arbitrario o injusto en cabeza de la citada juez”.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

1. El delegado de **la Fiscalía** indicó que no hubo debida sustentación del recurso y que los fundamentos fácticos y jurídicos de la providencia apelada son absolutamente claros en relación con la determinación que adoptó en su momento la juez indiciada; por tanto la alzada es un intento fallido de cara a conseguir la revocatoria de la decisión.

2. El representante del **Ministerio Público** consideró que el apelante no confrontó la decisión impugnada.

3. El **defensor** de la indiciada solicitó que, en caso de concederse la alzada, sea confirmado el auto apelado, toda vez que se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico.

CONSIDERACIONES

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

2. La Constitución Política radicó la disposición del ejercicio de la acción penal en cabeza de la Fiscalía General de la Nación –art. 250-, siendo por tanto el órgano encargado de calificar cuál es el tipo penal que se adecúa al hecho investigado y consecuentemente formular la acusación, así como establecer los asuntos y delitos que someterá al principio de oportunidad, y determinar cuáles investigaciones o indagaciones se subsumen en las causales de preclusión, entre otras actividades.

El instituto de la preclusión de la investigación está consagrado en el artículo 331 de la Ley 906 de 2004 y las causales para su invocación en el 332 *idem*, así:

El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.
2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.
3. Inexistencia del hecho investigado.
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este código. –Subrayado fuera de texto–.

Respecto de las mismas, esta Corporación ha señalado⁴:

1. De acuerdo con el sistema acusatorio colombiano (artículos 250 de la Constitución Política y 200 de la Ley 906 de 2004), corresponde a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio de la acción penal y realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan las características de una conducta punible que lleguen a su conocimiento, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia de la misma. Despojada, por regla general de funciones jurisdiccionales, deberá solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la investigación cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

(...)

⁴Auto de 8 de febrero de 2008, radicado 28908, reiterado en AP 17 nov. 2010, rad. 35109; AP 7 de noviembre de 2011, rad. 37613; AP 11 de diciembre de 2012, rad. 42043.

La preclusión también se debe adoptar en cualquier etapa del trámite una vez comprobada la existencia de cualquiera de las causales de extinción de la acción penal del artículo 77 del Código Penal, como son: muerte del imputado o acusado, prescripción, amnistía, oblación, caducidad de la querrela y desistimiento.

Bajo este contexto, la preclusión de la investigación sólo podrá ser decretada por el juez de conocimiento a petición de la Fiscalía de comprobarse alguna de las causales previstas por el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal de 2004, y en tratándose de la segunda, a las que se refiere el artículo 32 del Código Penal.

Componente objetivo del tipo “prevaricato por acción”.

El artículo 413 del Código Penal, señala:

“El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión (...)”

El presupuesto fáctico objetivo de la norma transcrita, como se ve, se encuentra constituido por tres elementos, a saber: (i) un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público; (ii) que el mismo profiera resolución, dictamen o concepto; y (iii) que alguno de estos pronunciamientos sea manifiestamente contrario a la ley, esto es, no basta que el acto sea ilegal -por razones sustancial (directa o indirecta), de procedimiento o de competencia- sino que la disparidad del mismo respecto de la comprensión de los textos o enunciados -contentivos del derecho positivo llamado a imperar- no admite justificación razonable alguna.

Ciertamente en torno a la contrariedad manifiesta de una decisión con la ley, la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el 13 de agosto de 2003, radicado 19303⁵ consideró:

Esta última expresión, constituye un elemento normativo del tipo penal al cual la jurisprudencia de la Corte se ha referido en forma amplia para concluir, que para que la actuación pueda ser considerada como prevaricadora, debe ser “ostensible y manifiestamente ilegal,” es decir, “violentar de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma”⁶, dependiendo siempre de su grado de complejidad, pues resulta comprensible que del grado de dificultad para la interpretación de su sentido o para su aplicación dependerá la valoración de lo manifiestamente ilegal, de allí que, ciertamente, no puedan ser tenidas como prevaricadoras todas aquellas decisiones que se tilden de desacertadas cuando quiera que estén fundadas “en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso”⁷.

En similar sentido se pronunció la Sala en sentencia del 23 de febrero de 2006, Rad. 23901⁸:

La conceptualización de la contrariedad manifiesta de la resolución con la ley hace relación entonces a las decisiones que sin ninguna reflexión o con ellas ofrecen conclusiones opuestas a lo que muestran las pruebas o al derecho bajo el cual debe resolverse el asunto, de tal suerte que el reconocimiento que se haga resulta arbitrario y caprichoso al provenir de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, no caben en ella las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su enorme complejidad o por su misma ambigüedad admiten diversas interpretaciones u

⁵ Pronunciamiento reiterado en SP 3 jul. 2013, rad. 40226

⁶ Decisión del 24 de junio de 1986.

⁷ Providencia del 24 de junio de 1986.

⁸ Pronunciamiento reiterado por la Sala en SP 28 feb. 2007, rad. 22185; SP 18 jun. 2008, rad. 29382; SP 22 ago. 2008, rad. 29913; SP 3 jun. 2009, rad. 31118; SP 26 may. 2010, rad. 32363; SP 31 ago. 2012, rad. 35153; SP 10 abr. 2013, rad. 39456; SP 26 feb. 2014, rad. 42775. SP 21 may. 2014, rad. 42275, entre otras providencias.

opiniones, pues no puede ignorarse que en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución.

Como tampoco la disparidad o controversia en la apreciación de los medios de convicción puede ser erigida en motivo de contrariedad, mientras su valoración no desconozca de manera grave y manifiesta las reglas que nutren la sana crítica, pues no debe olvidarse que la persuasión racional, elemento esencial de ella, permite al juzgador una libertad relativa en esa labor, contraria e inexistente en un sistema de tarifa legal.

Sin embargo, riñen con la libertad relativa la apreciación torcida y parcializada de los medios probatorios, su falta de valoración o la omisión de los oportuna y legalmente incorporados a una actuación, en consideración a que por su importancia probatoria justificarían o acreditarían la decisión en uno u otro sentido a partir del mérito suasorio que se les diera o que hubiera podido otorgárseles.

Componente objetivo del tipo “abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto”.

El artículo 416 del Código Penal del 2000 señala:

“Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto. El Servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrirá en (...)”.

Para la configuración del tipo objetivo es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

Sujeto activo calificado, un servidor público. El pasivo lo constituye el Estado como titular que es del bien jurídico tutelado, la administración pública.

Objeto jurídico: Protege el normal funcionamiento y desarrollo de la administración pública, la cual es perturbada en su componente de legalidad.

Objeto material: Puede ser real o personal, atendiendo si la acción recae en una cosa o persona, y fenomenológico si se vincula con un acto jurídico.

La conducta: Consiste en cometer un acto arbitrario e injusto de manera acumulativa y no alternativa, como antes se requería.

El acto puede ser jurídico o material. El primero comprende la manifestación de la voluntad de un servidor público con alcance jurídico, y el segundo, expresado como un hecho material.

Arbitrario es aquello realizado sin sustento en un marco legal, la voluntad del servidor se sobrepone al deber de actuar conforme a derecho. Lo injusto es algo más, es lo que va directamente contra la ley y la razón.

En ese sentido la Sala ha definido el acto arbitrario como el realizado por el servidor público haciendo prevalecer su propia voluntad sobre la de la ley con el fin de procurar objetivos personales y no el interés público, el cual se manifiesta como extralimitación de las facultades o el desvío de su ejercicio hacia propósitos distintos a los previstos en la ley. Y, la injusticia, como la disconformidad entre los efectos producidos por el acto oficial y los que debió causar de haberse ejecutado con arreglo al orden jurídico. La injusticia debe buscarse en la afectación ocasionada con el acto caprichoso.

Elemento normativo: La acción debe realizarse con motivo de las funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas. Lo conceptos mismos de arbitrariedad e injusticia no tienen sentido sino dentro del ejercicio de la función pública". (CSJ AP 11 Sep. 2013, Rad. 41297, pronunciamiento reiterado en SP 12 Nov. 2014, Rad. 40458).

En la última de las precitadas providencias la Sala para precisar el alcance de acto "arbitrario e injusto", retomó lo indicado en "CSJ SP 20 Abr. 2005, Rad. 23285", en la cual la Corte ya había precisado, con base también en pronunciamientos aún más antiguos, lo siguiente:

*[E]l marco de referencia para predicar arbitrariedad o injusticia debe estar referido al ordenamiento jurídico bajo cuya égida se desenvuelve la actuación, y de ahí que **ninguno de tales conceptos pueda evaluarse tomando como guía valores diferentes a los imperativos legales que rigen y sujetan el***

proceder de la administración y sus agentes⁹, de suerte tal que tampoco será posible tildar de arbitrario o de injusto el obrar que se muestre conforme a dichas leyes.

Adicionalmente se tiene que la referida y obligada remisión al ordenamiento jurídico, como criterio límite en el juicio de tipicidad de la conducta, no se agota con el simple y llano ejercicio de comparación entre el texto de la ley y la actuación del servidor, como que aquélla vista aisladamente puede ser objeto de diversas interpretaciones más o menos acertadas cuyo grado de validez no puede entrar a discutirse como referente de verificación del injusto; por ello el examen se ha de extender a los fines que la norma cumple dentro de tal ordenamiento superior en que está inscrita, es decir, como parte de un sistema y como instrumento a través del cual se realizan ciertos principios o valores por cuya protección propende.

En ese contexto, si bien el acto arbitrario tradicionalmente se ha concebido como aquél que lleva a cabo el servidor público de manera caprichosa haciendo prevalecer su propia voluntad o privilegiándola, es decir, sustituyendo la voluntad de la ley por la suya propia para realizar fines personales que no se corresponden al interés público, de esta concepción no escapa que la realización de la función, así verificada, se concrete externamente a través de un acto que pueda identificarse como contrario a la ley¹⁰, vista ella como reflejo fiel de los valores que la misma tutela.

Así pues, la arbitrariedad del acto puede manifestarse como extralimitación de la función o como desvío de ella hacia fines no contemplados en la ley, lo que nuevamente sugiere que para tildar el acto de arbitrario no basta con acudir a la especial motivación que guio al servidor público en la realización del acto oficial censurado sino que es necesario, además, que en el plano meramente externo se manifieste el capricho como negación de la ley. (Resaltado y subrayado fuera de texto).

A su turno, la injusticia suele identificarse a través de la disparidad entre los efectos que el acto oficial produce y los que deseablemente debían haberse realizado si la función se hubiere desarrollado con apego al ordenamiento jurídico; en esencia, la injusticia debe buscarse en la afectación que se genera como producto del obrar caprichoso, ya porque a través suyo se reconoce

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, sentencias del 19 de julio de 2000, 25 de julio de 2002 y 24 de noviembre de 2004.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de abril 17 de 1976; 23 de abril de 1982 y 6 de junio de 1990.

un derecho una garantía inmerecida, ora porque se niega uno u otra cuando eran exigibles.

¿El “acto” constitutivo de abuso de autoridad puede consistir en “resolución dictamen o concepto” emitido por servidor público en ejercicio de sus funciones?

No. En razón de que el “*abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto*” sólo puede admitir adecuación típica “*fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles*”, frente algún acto de servidor público que se denuncie o se señale de “*arbitrario*” -el cual, como viene de verse en el acápite anterior, su configuración exige *manifiesta ilegalidad*, en tanto la contrariedad con el Ordenamiento debe superar toda posibilidad interpretativa de tal manera que se ponga en evidencia el capricho del servidor-, resulta imposible el fenómeno concursal entre el delito de “*prevaricato*” (artículo 413 del C.P.) y aquel (contenido en el artículo 416 *ídem*), como tampoco puede constituirse en *abuso de autoridad* el “acto” que está reprimido como “*prevaricato por acción*”.

Así lo tiene entendido la Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás -en vigencia tanto del Código Penal de 1936, como del Decreto 100 de 1980-:

<<Aunque ambos punibles –haciendo referencia al abuso de autoridad y al prevaricato por acción-, como ya se anunció, se constituyen en atentados al bien jurídico de la Administración Pública, es palmaria la imposibilidad legal de que entre ellos, por razón de los principios de especialidad y subsidiariedad, se presente un fenómeno concursal, pues ninguna duda existe acerca

de que la descripción señalada en el artículo 152¹¹ del Código Penal sólo es aplicable “fuera de los casos especialmente previstos como delito”.

<<En dicho sentido y no habiendo variado la fórmula que en ese respecto señalara el Código Penal de 1.936, mantiene vigencia el criterio jurisprudencial según el cual “En el Estatuto Penal Colombiano existen normas que prevén y sancionan los hechos ilícitos ejecutados por funcionarios públicos con abuso de su función o de su cargo. Así por ejemplo, el Artículo 171 del Código Penal define y sanciona el llamado ‘Abuso de Autoridad’ que hace consistir en el actuar del funcionario o empleado público ‘que fuera de los casos especialmente previstos como delitos, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad’. Se ha dicho por la doctrina y la jurisprudencia, que esta es una disposición de naturaleza general y complementaria dirigida a reprimir todos aquellos abusos cometidos por funcionarios públicos contra los derechos de otros y **que no han sido contemplados en una especial disposición legal. Que, como quiera que no todos los funcionarios públicos han sido especialmente reprimidos a través de las normas del Código Penal, era justo y conveniente, para evitar lagunas, que una norma general lo previera encerrando en una de carácter general como la referida, todas las posibles contingencias de abusos innominados de autoridad**, que de todos modos ofenden el buen nombre y el prestigio de la administración pública, colocándola por ello, en el Título correspondiente del Estatuto Penal, que busca fundamentalmente la tutela del interés relativo a que las funciones públicas de que están investidos los funcionarios públicos, no sean usadas por ellos para cometer hechos ilegítimos dirigidos a causar un daño a otros.” (Sentencia de abril 2 de 1.976...). (Subrayado y resaltado fuera de texto).

<<Criterio que se reitera, ya en vigencia del Decreto Ley 100 de 1.980, al sostenerse “... la dificultad que existe para establecer un alindamiento preciso entre los delitos de abuso de autoridad, prevaricato y abuso de funciones por lo que dice relación a la índole de éstas.

“(..)”

<<O cuando se afirmó que “El Código penal, al recoger las conductas que se han considerado dignas de reproche y por tanto sancionables, ha establecido una serie de bienes jurídicos necesitados de protección, y dentro de las varias tipificaciones que tocan con ellos, ha reglado también diversos rangos punitivos, otorgando a cada conducta un grado especial de sanción y unos elementos para su configuración.

<<“Esta estructura, que no es en modo alguno caprichosa, es de carácter general y obligatorio cumplimiento. Así aun cuando los delitos de prevaricato y abuso de la autoridad atentan contra el bien

¹¹ Decreto 100 de 1980. Artículo 152. Abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto. El [servidor público] que fuera de los casos especialmente previstos como delito, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario o injusto, incurrirá en multa de (un mil a diez mil pesos) e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) meses a dos (2) años.

jurídico de la administración pública, cada uno de ellos debe ser aplicado en situaciones diversas y tienen igualmente distinta respuesta punitiva, sin que sea posible intercambiar ni su adecuación típica ni la pena indistintamente, que de tal forma carecería de razón una codificación sancionatoria. (Subrayado y resaltado fuera de texto).

En este orden de ideas, si el acto denunciado de *arbitrario* es de aquellos contemplados en el artículo 413 del Código Penal -es decir: “*resolución, dictamen o concepto*”, entre las cuales se encuentran contempladas las providencias judiciales¹²-, la tipicidad no se examina con “*abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto*” sino con “*prevaricato por acción*”, pues se insiste, el primero está consagrado para prever la arbitrariedad perpetrada por servidor público mediante algún “*acto*” distinto a los precitados y siempre que su manifiesta ilegalidad no sea constitutiva de otra conducta punible, pues de ser así también se descarta su aplicación por motivos de especialidad y subsidiariedad.

A su vez, como el delito de prevaricato por acción previsto en el artículo 413 del Código Penal, como se indicó, comporta en su estructura objetiva, el proferir o dictar una (i) resolución, (ii) dictamen o (iii) concepto; en ausencia de estos pronunciamientos, no es factible la configuración del mencionado tipo penal. (CSJ AP3939 22 jun. 2016. Radicado 44960).

Análisis del caso concreto

¹² <<Oportuno resulta recordar, que por resolución debe entenderse aquella providencia emitida por autoridad judicial o por funcionario administrativo, en ejercicio de sus atribuciones, *«y no necesariamente ha de presentar los caracteres formales de auto interlocutorio o de sentencia, lo que importa es que en ella el servidor público decida algo en ejercicio de su función»* (CSJ SP21 ago.2013. Radicado 39751)>> (CSJ AP3939 22 jun. 2016. Radicado 44960).

1. En la apelación no se discute en absoluto la preclusión decretada a favor de **INÉS DAMARIS ÑUSTE CASTRO** en relación con las posibles conductas de “*prevaricato por omisión*” (artículo 314 del Código Penal) y “*destrucción supresión u ocultamiento de documento público*” (artículo 292).

2. La alzada se dirigió exclusivamente contra la preclusión decretada por “*abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto*” en relación con el hecho de que la juez indiciada profirió la sentencia “*Nº. 008 del 9 de febrero de 2009*”, sin que existiera el disco Nº. 15, en el cual el impugnante asumió habían sido registrados los testimonios rendidos en la audiencia de juzgamiento.

3. No obstante que respecto de la conducta aducida en la apelación –abuso de autoridad- la acción penal prescribió el 9 de octubre de 2015 (primer y último inciso del artículo original de la Ley 906 de 2004), es decir antes de que la Fiscalía radicara la solicitud de preclusión (13 de octubre de 2015), cabe precisar que el acto denunciado por tratarse de una “*sentencia*” proferida por autoridad judicial en ejercicio de sus funciones –lo cual no es objeto de debate-, su eventual arbitrariedad sería objetivamente típica de “*prevaricato por acción*” no de “*abuso de autoridad*”, toda vez que, como se explicó en el acápite anterior, el acto o los actos a los que se refiere este último son –por expresa disposición legal- “*fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles*”, cual es el evento de la “*resolución, dictamen o concepto*” –entre los que se cuenta la providencia judicial- manifiestamente ilegal, ciertamente

prevista como conducta punible en el artículo 413 del Código Penal con la denominación de “*prevaricato por acción*”.

En este orden de ideas, en el presente caso queda descartada la tipicidad del hecho en relación con “*abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto*” proveniente de la “*sentencia*” proferida el 9 de febrero de 2009 por la juez indiciada, por estar inmerso ese pronunciamiento en el concepto de “*resolución*”.

Esto para significar que la inconformidad fáctica del apelante relacionada con la denunciada ilegalidad de la sentencia atrás mencionada, corresponde examinarla frente al tipo de “*prevaricato por acción*”, respecto del cual también fue decretada la preclusión con base en el numeral 4° del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

4. Al respecto el Tribunal consideró inadmisibles concluir que *la decisión emitida por la indiciada se basó en prueba inexistente* por la sola circunstancia de no haber obtenido posteriormente MENA MORENO el registro del audio por motivo de daños técnicos, toda vez que:

[1] *a audiencia pública de juzgamiento se realizó con la presencia de los sujetos procesales e intervinientes, dentro de ellos el hoy denunciante, con la dirección de la juez denunciada y bajo su inmediatez se recaudó la prueba testimonial, se escucharon las alegaciones e intervenciones de las partes y de los sujetos procesales, lo que se traduce en la percepción directa que tuvo sobre las pruebas y las intervenciones, funcionaria que tomó anotaciones de lo acontecido en la citada audiencia y así lo afirmó en el interrogatorio de indiciado y lo corroboraron los abogados que fungieron como defensores, doctores JAMES TAYLOR MOSQUERA –SÁNCHEZ- y LUIS ENRIQUE ABADÍA GARCÍA”.*

Adicionalmente el *a quo* señaló que:

Según lo dicho por la Dra. CARLA MILENA CORDOBA, Secretaria del Juzgado, en entrevista que se le recibió el 12 de febrero de 2014, visible a folio 63 de la carpeta”, a ella “le correspondió adelantar la búsqueda de dicho audio, lo que finalmente no se logró porque para el año en que se realizó la audiencia sufrió un daño el equipo o el sistema operativo que permite recolectar toda la información de las diligencias, como igualmente lo aseveró (...) el ingeniero de sistemas que laboraba en la coordinación administrativa”.

“Denotó igualmente que la misma juez fue la que realizó la audiencia y que ella acostumbra a tomar notas de cada una de las intervenciones de los sujetos procesales, manuscritos que eran muy completos y (...) en la mayoría de los procesos que se impulsan en ese despacho la señora juez utiliza esos manuscritos como apoyo para sus decisiones”.

“El Fiscal que asistió a esa audiencia, Dr. PEDRO INOCENCIO RENTERÍA -RAMÍREZ-, en entrevista que rindió el 14 de febrero de 2014, folio 64, manifestó que la juez de manera atenta iba anotando todos los pormenores relacionados con la prueba testimonial, intervenciones de la Fiscalía, del acusado, su defensor y el Ministerio Público”.

No obstante, el impugnante en su sustentación insistió en señalar de ilegal la sentencia proferida por la juez **ÑUSTE CASTRO**, con el argumento de haber sido proferida sin pruebas. Esta última proposición la apoyó en la premisa según la cual el disco No. 15 en el que fueron registrados los testimonios nunca reposó en el expediente.

Como se ve, el *a quo* en la decisión apelada ya dio respuesta -a lo que nuevamente expone el impugnante en la apelación-, pues fue claro en indicar que del hecho que se hubiese *dañado el registro de la audiencia en la cual se practicaron testimonios*, no se sigue que *la juez haya proferido sentencia sin pruebas*, en tanto las mismas se practicaron en presencia de la funcionaria, y de ello dieron cuenta la secretaria del

despacho, el fiscal del caso, y los defensores de los entonces procesados.

El precitado argumento fue el que debió debatir MENA MORENO en la sustentación de la apelación, lo cual no ocurrió, pues simplemente se dedicó a reiterar su planteamiento inicial, el que precisamente ya fue destruido por el *a quo* con aquel razonamiento.

En este orden de ideas, el motivo del Tribunal por el cual consideró legal la sentencia proferida por la funcionaria indiciada, permanece inalterado, toda vez que, se reitera, no fue confrontado en la sustentación de la alzada.

5. De otra parte, MENA MORENO señaló que si bien la juez en sus resúmenes consignó *“la percepción que ella tuvo”* y *“que le sirve como fundamento a su despacho”*, para él ejercer eficazmente el derecho de defensa mediante el recurso de apelación, no podía apoyarse en lo percibido por la funcionaria, por lo cual requería, en salvaguarda de sus garantías, del registro de la audiencia donde quedó la memoria fiel de los testimonios practicados; por tanto no puede ser *“consecuente ni creíble (...) la excusa plantada por la doctora **INÉS DAMIARIS ÑUSTE CASTRO** –en el sentido- de haber dictado sentencia con fundamento en unos resúmenes”*.

Este planteamiento, sin embargo, constituye falacia de atinencia, pues su conclusión no puede inferirse de la premisa propuesta.

Es decir, cierto es que para un procesado poder ejercer adecuadamente su derecho de defensa mediante el recurso de apelación -cuando requiera debatir los fundamentos fácticos de la sentencia por posibles errores derivados de la percepción del juez-, es necesario contar con el registro de las pruebas practicadas en el juicio; pero esta proposición en nada falsea ni resta credibilidad a la afirmación de que *la funcionaria acudió a sus notas personales para proferir sentencia.*

Obsérvese cómo a partir de los medios de conocimiento allegados por la Fiscalía Once Delegada ante el Tribunal Superior de Quibdó, el *a quo* tuvo por demostrado que: (i) la juez indiciada sí realizó resúmenes y se apoyó en ellos para dictar el fallo en el proceso adelantado contra **YARLIN JOSÉ MENA MORENO** y (ii) *“al proferir sentencia no tenía conocimiento de la pérdida del CD, pues se enteró cuando el procesado realizó solicitud de los audios para sustentar el recurso de apelación, por lo cual –pidió- a la oficina de informática le suministrara el audio, pero por el daño ocurrido en el sistema, no se pudo acceder al mismo, hecho que no es atribuible a la funcionaria”.*

Ahora bien, el impugnante no cuestionó estas proposiciones acogidas por el Tribunal, simplemente, como viene de verse, opuso su particular opinión, según la cual: no es *“consecuente ni creíble”* que la juez hubiese *“dictado sentencia con fundamento en unos resúmenes”*, basado en una premisa que si bien es cierta, como se indicó, no le sirve de fundamento.

Tampoco debatió el apelante la consideración del Tribunal según la cual: *al enterarse la funcionaria de la ausencia del disco después de haber emitido sentencia, no era viable su reconstrucción, la que bien pudo ordenarse en sede de segunda instancia, si realmente hubiese sido necesario resolver de fondo la alzada, “lo que no aconteció”, por cuanto operó el fenómeno de la prescripción de la acción penal, “sin que –en consecuencia- se vislumbre perjuicio alguno para el denunciante, quien se benefició” de la mencionada declaratoria emitida “el 5 de septiembre de 2012”.*

Consecuencia de lo anterior, ninguno de los motivos facticos que fundamentaron la preclusión fueron desvirtuados y, por lo mismo, la decisión que se impone es la confirmación del auto apelado; además la Sala los encuentra suficientemente demostrativos de la causal contenida en el numeral 4 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Confirmar la decisión apelada.

Comuníquese y cúmplase.

Contra este auto no procede recurso alguno.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria