



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

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada Ponente

AEP 00028-2021

Radicación N° 00340

Aprobado Acta No. 014

Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Decide la Sala la solicitud de preclusión que por atipicidad del hecho investigado formuló la Fiscal Novena Delegada ante esta sede, en favor del doctor JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.

SITUACIÓN FÁCTICA

El 16 de marzo de 2013, al despacho del Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá D.C., doctor JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS, le fue repartido el proceso C.U.I. 11001-6300-113-2012-00075, para conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa de Oscar Augusto Agudelo Molano, contra la sentencia que el 25 de enero de esa anualidad había emitido el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento del mismo Distrito Judicial, condenándolo como responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado. El procesado no se encontraba privado de la libertad por cuenta de ese diligenciamiento.

A pesar de que el funcionario judicial, el 19 de marzo de 2013, avocó el conocimiento del asunto, solo hasta el 8 de junio de 2018 se pronunció decretando la prescripción de la acción penal derivada del citado delito contra el bien jurídico de la salud pública.

SUSTENTACIÓN DE LA SOLICITUD

La Delegada de la Fiscalía en la audiencia dispuesta para atender su solicitud de preclusión, fundada en el numeral 4° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, por atipicidad del hecho investigado, luego de hacer una reseña fáctica, señaló que el proceso objeto del recurso de apelación ante el Tribunal prescribió el 9 de diciembre de 2016, es decir, tres (3) años y nueve (9) meses después de que el Magistrado lo

recibiera en su despacho, evidenciándose así la tipicidad objetiva del delito de prevaricato por omisión.

Pero que no sucedía lo mismo respecto de la tipicidad subjetiva, porque como el ilícito esencialmente ha de ser doloso, al indagar sobre las razones que dieron lugar al retardo en el ejercicio de la función por parte del doctor JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS, obtuvo evidencias que acreditan las siguientes circunstancias: i) elevada carga laboral, ii) escaso personal en el despacho judicial, iii) asignación de casos de connotación.

En cuanto a la carga laboral, indicó que, a través de inspección judicial al Despacho del Magistrado y el reporte estadístico suministrado por el Consejo Superior de la Judicatura, obtuvo evidencia de las actividades realizadas, estableciéndose que mantuvo una labor dinámica en ejercicio de su función.

En relación con el personal que laboraba en el despacho, señaló que mediaron situaciones que indudablemente generaron congestión, pues durante aproximadamente siete años hubo solo una auxiliar, ya el 17 de abril de 2012 el Consejo Superior de la Judicatura creó otro cargo de esa categoría —auxiliar—, en tanto que en diciembre de 2015 amplió la planta de personal con la creación de un cargo de abogado asesor.

Tocante a los casos que tramitó el doctor FLETSCHER PLAZAS, indicó que a través de la Dirección de la Unidad de

Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura obtuvo el informe de la visita realizada a ese despacho en el año 2017 —como factor de calificación de desempeño—, registrándose la tramitación de cuatro (4) procesos de connotación y doce (12) de alta complejidad, los cuales ameritaron la dedicación completa de los servidores.

A su turno, refirió que el Consejo Superior de la Judicatura dio cuenta de dieciocho (18) medidas de descongestión adoptadas para el despacho del aludido Magistrado con el fin de contrarrestar la carga laboral que presentaba, destacando el Acuerdo 8526 de 2011 por medio del cual se creó transitoriamente un cargo de auxiliar judicial, así como el Acuerdo 10402 de 2015 que creó de manera permanente un cargo de abogado asesor grado 23.

Para la Fiscal, la citada prueba documental, contrastada con el interrogatorio rendido por el indiciado y las declaraciones de los empleados judiciales, Gladys Mariela Ramírez López, David Alonso Osorio Gallego y Wilfredo Betancourt Mosquera, dan cuenta de la congestión y de la falta de personal para el estudio de los asuntos dentro de los términos establecidos en la ley, situaciones que conllevaron al retardo en la decisión motivo de la investigación, sin que obedeciera a la intención del doctor FLETSCHER PLAZAS retardar u omitir su obligación de resolver en término el recurso de apelación puesto a su conocimiento.

En tales términos estimó justificada su solicitud de preclusión en favor del doctor FLETSCHER PLAZAS dada la

atipicidad del hecho investigado por no configurarse el elemento subjetivo del tipo penal de prevaricato por omisión¹.

MANIFESTACIONES DE LAS PARTES E INTERVINIENTES

1.- El apoderado de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, —reconocido como tal para los efectos de la audiencia—, coadyuvó la petición de la Delegada de la Fiscalía, pero consideró que la solución del asunto debería enmarcarse en el ámbito de la atipicidad objetiva, óptica desde la cual el hecho sería irrelevante para el derecho penal.

Adujo que el delito en estudio es de omisión propia, en el que la conducta es un no hacer, no siendo la capacidad individual de acción componente de la culpabilidad, como en los demás delitos de acción, sino un elemento del tipo objetivo, por lo tanto, en su criterio, se puede asegurar que este caso es objetivamente atípico.

Aseguró que la Corte Suprema de Justicia, en un juicio que adelantó contra una Fiscal Delegada de Justicia y Paz, debatió el tema y aseveró que el delito de prevaricato por omisión es propio del derecho disciplinario, y que lo castigado por el Código Penal es la violación del artículo 209 de la Constitución Política, es decir, cuando efectivamente el funcionario no hace lo que tiene que hacer o lo retarda,

¹ Disco compacto. Minuto 15:27

debiendo concurrir un ánimo corrupto de favorecer a un tercero.

Afirmó que castigar al funcionario por el solo incumplimiento de un término se traduciría en una sanción penal por una actuación claramente administrativa, de ahí que la interpretación del ilícito de prevaricato por omisión deba darse a luz de la codificación anticorrupción.

Concluyó que el agente debe estar en la posibilidad de hacer aquello que omite, y que por eso no puede tratarse de un rechazo u omisión simplemente vistos, sino que ha de verificarse que es a consecuencia de un acto de corrupción, con el que se procure beneficiar a un tercero².

2.- La Delegada del Ministerio Público avaló la petición del ente instructor al estimar que los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente recopilada acreditan los requisitos para acceder a la preclusión en favor del citado Magistrado³.

3.- El defensor y el indiciado coadyuvaron tal solicitud al destacar que la investigación realizada por la Fiscalía dio cuenta de la excesiva carga laboral, así como la insuficiencia de personal de apoyo, evidenciándose una carencia absoluta de dolo, pues en momento alguno hubo interés en favorecer a alguna persona.

² Disco compacto. Minuto 1:04:44

³ Disco compacto. Minuto 1:16:56

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- De la competencia

De conformidad con el numeral 5° del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer la solicitud de preclusión realizada por la Fiscal Delegada ante esta sede, en favor del doctor JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

A su turno, la Delegada de la Fiscalía está legalmente facultada para invocar la solicitud de preclusión, tal y como lo señala el mismo texto superior en los artículos 250 numeral 5° y 251 numeral 1°.

2.- De la preclusión

Por mandato constitucional la Fiscalía General de la Nación debe adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de delito cuando lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.

Dicha norma también conmina a ese organismo a no suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal,

salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad.

Tratándose de la fase preliminar, como la que nos ocupa, el ente investigador tiene tres vertientes de acción: *i)* archivar las diligencias si advierte que no hay elementos que permitan delinear el delito o indiquen su no ocurrencia; *ii)* solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión, si advierte la configuración de las causales consagradas en los artículos 82 del Código Penal y 332 de la Ley 906 de 2004; o *iii)* comunicar a la persona, ante un juez con funciones de control de garantías, que se le tendrá como imputada al estar siendo investigada ante su posible participación en una conducta punible, esto último, a través de la audiencia de formulación de imputación.

Como la fiscal ha optado por la segunda opción, debe tenerse en cuenta que para su viabilidad corre con la carga de demostrar probatoria y fundadamente la causal en que basa su pedimento de preclusión, de ahí que le corresponda acreditar que, surtidas y agotadas todas las posibilidades investigativas, la causal se configura plenamente y que, por ende, no hay mérito para continuar con el ejercicio del *ius puniendi*.

La preclusión de la investigación es uno de los instrumentos legalmente dispuestos para terminar el proceso de forma anticipada, la cual puede pedirse en cualquier etapa según los alcances de la sentencia C-591 de 2001, cuando la Corte Constitucional declaró inexecutable la

expresión "*a partir de la formulación de imputación*" del artículo 331 de la Ley 906 de 2004.

Al decretarla, su efecto es cesar la persecución penal en contra del indiciado respecto de los hechos objeto de investigación, determinación que hace tránsito a cosa juzgada⁴, por eso el competente para adoptarla ha de ser el juez de conocimiento⁵.

3.- Del delito de prevaricato por omisión

Según el artículo 414 del Código Penal se sanciona al servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones. Su estructura dogmática ha sido perfilada hermenéuticamente por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos⁶:

i) El sujeto activo es calificado, pues por tratarse de los denominados *delitos especiales*, será autor de la conducta típica quien cumpla las condiciones previstas en la norma, que no es otra que la de ostentar la calidad de servidor público.

ii) Es delito de mera conducta o actividad, actualizándose el comportamiento típico con la sola acción omisiva o la simple infracción del deber de actuar, sin requerir la causación de un determinado resultado.

⁴ Cfr. Corte Constitucional C-118/08 y C-591/05.

⁵ Corte Constitucional C-872/2003, C-591/2005 y C-920/2007.

⁶ Cfr. CSJ SP 16 sep. 2020 rad. 56169; SP 10 abr.2019 rad. 54973; SP 10 ago. 2016, rad. 42007, entre otras.

iii) Es delito de *omisión propia* u *omisión pura*, dado que regula una conducta inactiva o negativa, en la cual precisamente se reprocha el incumplimiento del deber definido por el legislador, independientemente del resultado —como ya se anotó—.

Los ilícitos de *omisión propia* también llamada *simple* o *pura*, se diferencian de los de *omisión impropia* o de *comisión por omisión*.

Al respecto el artículo 25 del Código Penal señala:

“La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevar a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

La relación de la *omisión propia* se limita a su enunciación en el inciso primero del citado precepto, en tanto que a partir del inciso segundo se desarrolla la otra vertiente: *omisión impropia*.

Los de conducta omisiva pura, o un no hacer, están descritos como tales en la codificación sustantiva, donde el

deber incumplido también se encuentra delimitado⁷ y se realizan con la mera inactividad, sin exigir la generación de un resultado y solamente serán punibles cuando se realizan con dolo, siendo este un aspecto inherente al tipo subjetivo.

Tal conducta se diferencia de la que informa los delitos de *omisión impropia* o *comisión por omisión*, “que tienen lugar cuando el resultado, que por antonomasia es producido con una conducta activa, es conseguido a través de una omisión, esto es, un no hacer que produce el resultado típico previsto en la ley, eventos estos para los cuales se utilizan por regla general las cláusulas de equivalencia o equiparación punitiva entre la acción y la omisión.

Para este comportamiento omisivo se entra a verificar el nexo de evitación, es decir, la conducta esperada que, de haber sido realizada, el sujeto habría interrumpido o evitado el resultado, y a fin de equiparar la causación de éste y la relación del omitente con el bien protegido, se ha de analizar el deber jurídico de la persona llamada a evitar esa consecuencia, precisar así quién debe garantizar su no causación, ora mediante la función de protección o de vigilancia.

La posición de garante (*Garantenstellugen*), es entendida como el deber jurídico que tiene el autor de evitar un resultado típico, ubicación que le imprime el obrar para impedir que éste se produzca cuando es evitable⁸.

iv) Es de conducta alternativa, según los verbos rectores definidos “*omita, retarde, rehúse o deniegue*”, en el entendido que omitir es abstenerse de hacer o pasarla en silencio; retardar es diferir, detener, entorpecer o dilatar la ejecución

⁷ Artículo 10 del Código Penal. “En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley.”

⁸ CSJ SP, 5 jun. 2014, rad 35113

de algo; rehusar es excusar, no querer o no aceptar; y denegar es no conceder lo que se pide o solicita⁹;

v) Corresponde a un tipo penal en blanco, toda vez que es necesario integrar el supuesto fáctico con la norma que impone el deber funcional, sea de orden constitucional o legal, para completar y concretar el sentido de la conducta.

De esa manera, alguno de los verbos rectores ha de recaer en el deber jurídico que hace parte de las funciones del cargo que desempeña el servidor oficial.

vi) En cuanto al aspecto subjetivo de la conducta, es esencialmente dolosa, por lo tanto, se exige que el servidor en quien recae el deber legal de ejecutar el acto, además de ser consciente del imperativo que le asiste, en forma voluntaria omita, retarde, rehúse o deniegue su cumplimiento.

Acerca de tal tópico, la Sala de Casación ha señalado que *“Si el prevaricato por omisión requiere para su configuración que el agente conozca el carácter ilícito de su comportamiento, es decir, que tenga conocimiento y voluntad de omitir intencionadamente el acto que está obligado a realizar por mandato legal, ese actuar premeditado o ‘deliberado’ según el significado de la alocución, es comportamiento voluntario, intencionado, hecho a propósito, como se define en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua; o en conducta reflexiva e intencionadamente, no de manera impensada, con pleno*

⁹ CSJ AP, 27 oct. 2008, rad. 26243

conocimiento de lo que se hace y buscando las consecuencias que corresponden al acto de que se trata.”¹⁰

4.- Del caso concreto

La Fiscalía General de la Nación sustentó la petición de preclusión en la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, —atipicidad del hecho investigado—, al estimar que, si bien respecto del doctor JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS, concurre la tipicidad objetiva del delito de prevaricato por omisión, no sucede lo mismo con la tipicidad subjetiva.

Frente a tal pedimento, es necesario determinar si se encuentran demostrados los supuestos fácticos y jurídicos que integran o desvirtúan el tipo penal endilgado, así como los que configuran la causal de preclusión invocada.

En primer lugar, está acreditada la calidad de funcionario público que para la fecha de los hechos ostentaba el doctor FLETSCHER PLAZAS, pues desde el 1º de febrero de 2005 se desempeña como Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dado su traslado como Fiscal Delegado ante esa Corporación que venía ejerciendo, de conformidad con el artículo 4º transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002, el artículo 532 de la Ley 906 de 2004, la Resolución 2646 del 30 de diciembre de 2004, y el escrito CJRES06-21 del 1º de febrero de 2005¹¹.

¹⁰ CSJ AP, 20 ago. 2008, rad. 29814

¹¹ Folio 32 a 39 del C.O. Anexos de la Fiscalía.

En segundo término, teniendo en cuenta las funciones como Magistrado, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 906 de 2004, las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial son competentes, entre otros asuntos, para conocer de los recursos de apelación contra las sentencias que en primera instancia son proferidas por los jueces penales del circuito del mismo distrito.

Aquí el trámite que el 16 de marzo de 2013 llegó a conocimiento del doctor FLETSCHER PLAZAS, se originó en el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado Oscar Augusto Agudelo Molano contra la sentencia del 25 de enero de ese mismo año, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., a través de la cual se le condenó a la pena de 94 meses y 15 días de prisión, como responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado (proceso con C.U.I. 11001-6300-113-2012-00075)¹².

El citado Magistrado mediante auto de 19 de marzo de 2013 avocó conocimiento del asunto y dispuso que, una vez presentado el proyecto y aprobado por la Sala, procedería a fijar fecha y hora para llevar a cabo audiencia de lectura del fallo¹³, no obstante, no medió alguna otra actuación, pues solo el 8 de junio de 2018 declaró la preclusión de la actuación por prescripción de la acción penal derivada del aludido delito contra el bien jurídico de la salud pública¹⁴.

¹² Folio 53 *ibídem*.

¹³ Folio 40 *ibídem*.

¹⁴ Folio 41 s.s. *ibídem*.

Bajo tales presupuestos, es evidente que se está frente a un hecho que se adecua de forma objetiva al tipo penal del prevaricato por omisión, en cuanto al verbo rector omitir, dado que el magistrado dejó pasar el tiempo, más de cinco años, sin emitir pronunciamiento y resolver el tema planteado por el apelante, lapso que incluso lo llevó luego a declarar la extinción de la acción penal por prescripción.

Respecto de la tipicidad subjetiva, en el delito de prevaricato por omisión se está ante una conducta penal esencialmente dolosa en la cual se exige que el sujeto activo conozca y quiera su realización, es decir, que el funcionario público haya omitido, retardado, rehusado o denegado de forma voluntaria.

Conforme con el criterio jurisprudencial sentado por la Sala de Casación Penal de la Corporación, previo al análisis antes referido debe constatarse la carga laboral del funcionario, la complejidad de los asuntos a cargo, las labores cumplidas durante el periodo de su omisión y personal a su disposición¹⁵, respecto de los cuales como lo expuso la Fiscal Delegada en su intervención, varios factores concurrieron en tal sentido.

En el interrogatorio rendido el 29 de enero de 2020 por el doctor FLETSCHER PLAZAS, aseguró que la carpeta seguida contra Oscar Augusto Agudelo Molano no le fue destacada respecto de los demás procesos que llegaron al

¹⁵ Sentencia SP1034-2018 de 11 de abril de 2018, rad. No. 52026 que retomó la posición adoptada en decisión de 29 de septiembre de 2005, rad. 23914.

despacho, y no le generó alerta alguna, ya que no se trataba de una actuación con persona privada de la libertad, ni era de connotación nacional, incluso la catalogó como un trámite más que llegó y fue guardado en el anaquel, el cual luego al llegarle el turno de estudio, se encontró que ya se encontraba prescrita la acción.

Agregó que no hubo mala intención de su parte o de sus colaboradores, ni interés alguno para que operara tal prescripción, sino que obedeció a la excesiva carga laboral, a la asignación de procesos de connotación nacional y otros muy complejos, y a la escasez de personal.

En cuanto a la congestión judicial, señaló que desde que asumió el cargo, ese despacho contaba con alta carga laboral y carecía de los elementos necesarios para ejecutar adecuadamente su función; que la asignación de reparto se había incrementado considerablemente y que, durante seis o siete años, solo contó con el apoyo de una auxiliar, luego de lo cual crearon otro cargo de igual naturaleza y, muchos años después, adicionaron el de abogado asesor. También afirmó que le han implementado algunas medidas de descongestión de carácter intermitente, las cuales le han ayudado.

Tras destacar que como Magistrado debía revisar todos los proyectos que hacían los empleados, señaló que por la forma como tenía organizado el despacho y, según el orden de llegada de los procesos como lo dispone un Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura, priorizaba tramitar

algunos procesos, como los asuntos con persona privada de la libertad, otras veces por ser de connotación nacional, por la gravedad del hecho, proximidad de libertad del procesado, o por la prescripción de la acción.

Agregó que en el expediente cuestionado la persona privada de la libertad no lo estaba por cuenta de ese diligenciamiento o a órdenes de su despacho, y cuando lo tramitó alguno de sus dependientes, —no recuerda quien—, según el orden que le correspondía, se percataron de la prescripción, y como ya no había nada más que hacer, se procedió a decretarla.

También indicó que en ese entonces le dio prioridad a resolver casos de connotación, como lo relacionado con las interceptaciones telefónicas y los seguimientos adelantados por el DAS, procesos complejos y voluminosos que, por merecer dedicación exclusiva, probablemente hacen que se descuiden procesos que no tienen esa calidad.

Igualmente, resalto que, debido a la acumulación de asuntos a su cargo y al gran volumen de varios de ellos, en los últimos cinco años ha solicitado al Consejo Superior de la Judicatura la implementación de disposiciones para superar tal condición, siéndole designado, en principio, un auxiliar judicial compartido con otro Despacho, y en otras oportunidades un empleado de forma intermitente, lo que en buena medida le ayudó.

Estas manifestaciones encuentran respaldo en el reporte estadístico suministrado por el Consejo Superior de la Judicatura, y en el informe de visita realizado al Despacho del Magistrado por parte de la Dirección de la Unidad de Carrera Judicial del Consejo Seccional de la Judicatura en el año 2017, en las cuales, además de relacionar la carga laboral asignada, dan cuenta de las actividades realizadas por el indiciado en ejercicio de su función, evidencia que permite establecer que, en un lapso de 6 años, conoció de 2.217 procesos, asistió a 1.680 audiencias, profirió 194 sentencias con personas privadas de la libertad, resolvió 1.448 tutelas en primera y segunda instancia, y practicó 6 juicios, entre otros, lo que permite concluir que, tal y como lo aseguró el ente acusador, el procesado mantuvo una labor dinámica en ejercicio de su función¹⁶.

Además, se estableció que desde su llegada a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y durante varios años, solamente contó con un auxiliar judicial, cargo desempeñado por la doctora Gladys Mariela Ramírez López, posteriormente, en el año 2009, fue creado un cargo de auxiliar judicial, y solo hasta 29 de octubre de 2015, el cargo de abogado asesor.

Aunado, le fueron asignados varios procesos denominados como de connotación nacional, siendo del caso resaltar los siguientes:

¹⁶ Folios 138 a 169 *ibidem*.

1.- Proceso No. 110011-6000-101-2007-00008-01, asignado el 20 de agosto de 2013, por hechos relacionados con apropiación de dineros del Estado en cuantía aproximada de \$74.000.000.000,00 por funcionarios del Instituto Nacional de Vías (INVIAS), cuyo estudio le llevó aproximadamente cinco meses.

2.- Proceso No. 11001-6000-102-2000-00167-02, asignado el 28 de enero de 2014, ante las interceptaciones telefónicas realizadas por funcionarios del DAS y la UIAF a varios Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el cual ameritó la transcripción de los audios de los testimonios, (146 discos compactos), trámite que se cumplió en once meses.

3.- Proceso No. 11001600001320111826002, asignado el 5 de marzo de 2014, con cinco procesados, con ocasión de la conducta de constreñimiento ilegal y utilización de uniformes e insignias de uso privativo, en el que se presentaron diversas solicitudes de libertad y *habeas corpus* que implicaron dedicación exclusiva y retardo en la presentación final de la ponencia.

4.- Proceso No. 11001310403120120052003, asignado el 26 de octubre de 2015, por hechos que implicaban a dos uniformados de la Policía Nacional por la presunta ejecución de varios miembros del desaparecido grupo M - 19, cuyo estudio demandó aproximadamente 9 meses.

El informe también da cuenta de doce expedientes adicionales, entre los años 2011 y 2016, los cuales ameritaron

una dedicación exclusiva por la complejidad de los asuntos ante su connotación, el volumen de la actuación o el número de sujetos procesales.

Ahora, en relación con las medidas de descongestión adoptadas para el despacho del Magistrado con ocasión de la alta carga laboral a su cargo, obra el Acuerdo 8526 de 2011, por medio del cual el Consejo Superior de la Judicatura creó transitoriamente un (1) cargo de auxiliar judicial para el lapso de 19 de septiembre a 16 de diciembre de 2011, acto que fue prorrogado, cuya última prórroga se efectuó mediante Acuerdo PSAA14-10251 de 2014, con fecha de finalización 19 de diciembre de 2014; y el Acuerdo PCSJA17-10834, con el cual se designó un auxiliar Judicial Grado I, del 1º de noviembre al 15 de diciembre de 2017¹⁷.

También obran las declaraciones rendidas por los doctores Gladys Mariela Ramírez López, David Alonso Osorio Gallego, y Wilfredo Betancourt Mosquera, dependientes del citado despacho, quienes además de confirmar la distribución de funciones y el trámite administrativo, informaron de la carga laboral, la cantidad de procesos de connotación nacional y otros de gran complejidad que les habían sido asignados, además de la preocupación que los aquejaba, ya que a pesar del esfuerzo efectuado, con jornadas que superaban las 12 horas diarias, la congestión era evidente.

¹⁷ Folio 127 *Ibidem*.

Este recuento fáctico, que arroja los elementos materiales probatorios allegados a la actuación, le demuestra a la Sala que el doctor JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS no tuvo la intención de omitir o retardar su obligación de presentar la ponencia para resolver oportunamente el recurso de apelación.

Ahora, si bien la omisión solo tiene cabida cuando el agente tiene la posibilidad de cumplir con el deber legal impuesto, en el caso concreto no puede aseverar la Sala que circunstancias como la congestión judicial, la escasez del personal, la alta carga laboral y la dedicación exclusiva a la resolución de procesos complejos y de connotación nacional, conllevaron de forma exclusiva a que el imputado se encontrara en la imposibilidad de cumplir con el deber de decidir el recurso sometido a estudio, ya que la actuación en cuestión demandaba una intervención preferente, dada su proximidad a la prescripción de la acción penal.

Lo anteriormente indicado tiene su fundamento en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, que establece como obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal, a saber, procesos próximos a prescribir, acciones de tutela y aquellos con personas privadas de la libertad.

En tal sentido, se tiene que el mismo magistrado FLETSCHER PLAZAS, quien al rendir su versión sobre lo ocurrido asevero que al recibir la actuación, se limitó a

suscribir el auto avocando el conocimiento, para posteriormente colocarla en el anaquel de acuerdo al orden de llegada, sin que se le hiciera ningún tipo de advertencia o señal que diera cuenta de la priorización que debía dársele dada la proximidad de la fecha de prescripción, y centró su atención en otras actuaciones, entre ellas las relacionadas con las interceptaciones telefónicas y los seguimientos adelantados por el DAS, descuidando lo relacionado con los demás procesos.

Así las cosas, el doctor JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS, aunque tuvo la posibilidad de decidir el asunto antes de que el Estado perdiera su potestad punitiva *-ius puniendi-*, no actuó de manera prudente, diligente y cuidadosa, razón por la cual se presentó el desenlace ya conocido.

Con dicho comportamiento se deja en claro que la conducta del indiciado no estuvo presidida de un actuar doloso, aunque sí, de negligencia, de descuido en su quehacer funcional, lo cual en modo alguno puede dar pie para una condena, porque este delito no admite la modalidad culposa.

En estas condiciones, el pedimento de la Fiscal Delegada tiene soporte probatorio y argumentativo que configuran la atipicidad del comportamiento predicado del doctor JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS.

En cuanto a si el problema jurídico en el caso concreto se ubica en el ámbito objetivo o en el subjetivo del tipo,

merece atención el planteamiento del profesional del derecho que representa los intereses de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, —como víctima—, cuando sostiene que, en estos casos, al verificar que la no ejecución de las tareas de un funcionario público obedece a situaciones ajenas a su capacidad laboral, se elimina la tipicidad objetiva, dando lugar a que la Fiscalía pueda ordenar el archivo de las diligencias.

Sin embargo, se advierte una dificultad dogmática cuando el profesional aduce que la conducta se debe analizar en el ámbito del tipo objetivo ya que la capacidad individual de acción no es componente de la culpabilidad, y a la par señala que se han de sopesar circunstancias fácticas distintas a la acción enmarcadas en un contexto corrupto, pues esto último se traduciría en la admisión de un ingrediente subjetivo (tácito) que el servidor público omite, retarda, deniega, o rehúsa el acto funcional con el ánimo de favorecer indebidamente a un tercero.

Es sabido que el tipo subjetivo, tratándose de delitos culposos, apunta a la conducta que constituye la violación del deber objetivo de cuidado, originado por negligencia, impericia, imprudencia, o violación de reglamentos, en tanto que en los ilícitos dolosos está referida al comportamiento generador de la lesión o daño del bien jurídico.

Por demás, de manera general, la acción (positiva o negativa) es la que hace parte del tipo objetivo, en tanto que

la forma conductual (dolosa, culposa o preterintencional), pertenecerá al tipo subjetivo.

De aceptar la postura del representante de víctimas, para adecuar el actuar desplegado por el doctor FLETSCHER PLAZA, al tipo penal de prevaricato por omisión deberían concurrir, además de las acciones fácticas negativas de que trata el artículo 414 del Código Penal, el ánimo de favorecer indebidamente a alguien, exigencia típica que no encuentra sustento en la consagración del referido ilícito penal.

Pero, además, de ser necesaria la demostración de ese ánimo que lleva al servidor público a apartarse deliberadamente de cumplir con sus deberes, acotándolo sólo a un contexto corrupto que apuntala el censor conforme a la Ley 1474 de 2011 *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”*, se dejarían por fuera situaciones no mediadas por la venta de la función pública, ya que no siempre se pretenden prebendas económicas o en especie, pues aún puede darse como correligionario, motivadas en sentimientos o afinidades de diversa índole.

Esta Sala, entonces, no prohíja la interpretación del apoderado de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de acreditar más allá del dolo, la intención o ánimo corrupto del servidor público en la conducta omisiva de prevaricato, porque no es una exigencia legal tal demostración,

así, de admitirse ese planteamiento, se abriría la puerta a tener el ilícito inescindiblemente ligado a la comisión de conductas típicas que se enmarcan en la corrupción.

Por demás, la exigencia de la acreditación de un contexto corrupto sería una patente de corso a las conductas deliberadas de algunos funcionarios públicos que, sin vínculo alguno con actos corruptos, dejan de cumplir con sus funciones en una dolosa inactividad, que es precisamente lo que reprende la descripción del artículo 414 del Código Penal.

Aunado, la Sala de Casación Penal en sentencia SP2171-2020, si bien respecto del delito de prevaricato por acción, pero de forma clara, refirió que:

*“...Tampoco, así mismo, el hecho, por grave que se asimile, de asumir motivada la decisión por el pago ilícito de dinero, incide de manera objetiva en la determinación del elemento normativo en cuestión, en tanto, cabe resaltar, **el aliciente corruptor no torna más o menos adecuada a derecho la providencia, aunque sí puede perfeccionar, en lo probatorio el elemento subjetivo del punible...”.***

(Resaltado por la Sala)

Y en cuanto a la incapacidad del servidor público de cumplir las funciones asignadas legalmente, como ya se ha indicado con anterioridad, en el presente asunto tal valoración no produce el resultado que se pronostica, toda vez que como se probó, en la actuación asignada al

Magistrado este avocó conocimiento a los tres días, estando el diligenciamiento todo el tiempo a su despacho, de ahí que era menester que estuviera al tanto de la fecha en que se produciría la prescripción de la acción penal, descartando de toda suerte aquel argumento, pues el funcionario judicial de haber actuado de manera prudente, diligente y cuidadosa, había podido efectuar el pronunciamiento de segunda instancia e impedido el desenlace cuestionado.

Tampoco es de recibo para la Sala la afirmación hecha por el peticionario, respecto de que se puede precluir por atipicidad objetiva dada la inexistencia de ánimo corruptor, bajo el entendido que el prevaricato por acción se encuentra relacionado en el artículo 6, Literal C, de la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas – Venezuela el 29 de marzo de 1996, ratificada por la Ley 412 de 1997, y que exige para su configuración el referido elemento subjetivo.

Aseveración que no corresponde a lo fijado en las referidas citas, pues en la Convención lo que figura es la descripción de actos de corrupción que deben ser tenidos en cuenta al momento de contrastarlos con los tipos penales específicos para darles esa connotación, pero en momento alguno se cambia la descripción típica del prevaricato por acción, al incluirle ese elemento.

Por otra parte, en sujeción a lo indicado en sentencia C-1154 de 2005, por medio de la cual se efectuó control

constitucional del artículo 79 de la Ley 906 de 2004, debe indicarse que independientemente de que se hubiere demostrado que la conducta desplegada por el doctor JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS era atípica objetivamente, como lo indica el apoderado de la víctima, ello no daría lugar a que el ente acusador procediera a su archivo, por el contrario debía acudirse ante el Juez de Conocimiento, para que previa valoración probatoria se estudie la posibilidad de precluir la investigación.

En consecuencia, la Sala accede al pedimento de la Fiscalía al corroborar que en este caso no se reúnen los requisitos de la tipicidad subjetiva, razón por la cual se satisface el numeral 4° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, y por tanto se precluirá la investigación adelantada contra el doctor JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS.

Contra la presente decisión procede el recurso de reposición, al tenor de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 176 del mismo estatuto adjetivo.

También es procedente el recurso de apelación, conforme al artículo 3° del Acto Legislativo No. 01 de 2018, modificatorio del artículo 235 de la Constitución Política ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁸, en armonía con el artículo 177 de la Ley 906 de 2004 numeral 2°.

¹⁸ CSJ, AEP, 5 sep. 2018, rad. 51531.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia,

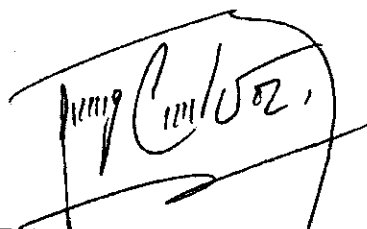
RESUELVE

Primero.- DECRETAR la preclusión incoada por la Fiscalía General de la Nación en favor del doctor JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS, conforme con las razones expuestas en la parte considerativa.

Segundo.- Contra esta providencia proceden los recursos ordinarios.

Tercero.- Ejecutoriada esta decisión, se archivará la actuación, al tener efectos de cosa juzgada.

La decisión queda notificada en estrados.



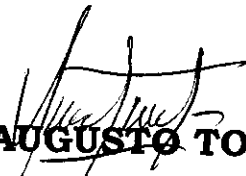
JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado

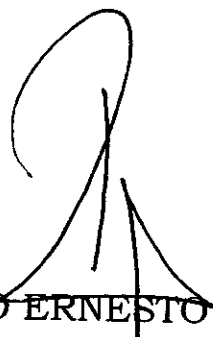


BLANCA NELIDA BARRETO ARDILA

Magistrada



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado



RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario