



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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado Ponente

AEP037-2020

Radicación N° 00079

Aprobado mediante Acta No. 26

Bogotá, D. C., abril veintidós (22) de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Procede la Sala a decidir sobre la solicitud de preclusión elevada por la Fiscalía Segunda Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en la indagación que se adelanta en contra de EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA, en su calidad de Magistrado de la Sala de Descongestión del Tribunal Superior de Quibdó.

ANTECEDENTES

En la instrucción del proceso seguido contra los señores Miguel Antonio Arroyo Córdoba, Juan Carlos Muñoz Agudelo y Amador Bejarano Palacios, en la Fiscalía Décima de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública y de

Justicia de Quibdó, por la conducta de celebración indebida de contratos, el doctor EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA intervino en calidad de Agente del Ministerio Público.

El Juez Segundo Penal del Circuito Adjunto de Descongestión de Quibdó, mediante sentencia de 9 de diciembre de 2011, condenó por la referida conducta a Miguel Antonio Arroyo Córdoba, decisión que fue confirmada por la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior del mismo municipio.

Miguel Antonio Arroyo Córdoba instauró denuncia penal el 22 de noviembre de 2017 en contra del doctor EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA por la presunta comisión del delito de prevaricato por omisión¹, con ocasión de sus actuaciones en calidad de Procurador 158 Judicial Penal, en la fase de instrucción dentro del trámite referido, en la Fiscalía Décima de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública y de Justicia de Quibdó, toda vez que no se declaró impedido cuando le correspondió conocer, en segunda instancia, como Magistrado Ponente de la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Quibdó, el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria.

¹ Cuaderno Anexo Nº 1 de la Fiscalía, folios 2 al 9.

I. AUDIENCIA DE PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1. - Fiscalía

La Fiscalía Segunda Delegada ante la Corte afirmó que la denuncia formulada en contra del doctor EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA, tiene su origen en que como Magistrado Ponente de la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Quibdó, confirmó el fallo condenatorio proferido el 9 de diciembre de 2011 por el Juez Segundo Penal del Circuito Adjunto de Descongestión, y no se declaró impedido no obstante haber fungido en la etapa de instrucción como Procurador Judicial.

El ente acusador precisó que el doctor EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA, en tal calidad se notificó de las siguientes decisiones, todas proferidas por la Fiscalía Décima de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública y de Justicia de Quibdó:

(i) Resolución N°007 del 2 de julio de 2004, por la cual se definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, sustituida por detención domiciliaria, en contra de Miguel Antonio Arroyo Córdoba.

(ii) Resolución N° 018 de 15 de julio de 2004, mediante la que se prescindió de la caución prendaria, inicialmente impuesta.

(iii) Resoluciones N° 021 y 022 de 3 y 4 de agosto del mismo año, por las que se negó reponer la decisión que definió la situación jurídica y la solicitud de libertad provisional de Miguel Antonio Arroyo Córdoba.

(iv) Auto de 3 de noviembre de 2004, mediante el cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Quibdó revocó la resolución de 2 de julio anterior y, concedió libertad al procesado.

(v) Resolución de 24 de noviembre de 2004, a través de la que se rechaza la práctica de pruebas solicitadas por la defensa de Miguel Antonio Arroyo Córdoba.

(vi) Resolución fechada 14 de diciembre siguiente, que no repone la resolución anterior.

(vii) Resolución de 19 de abril de 2005, por la cual se niega la revocatoria de la medida de aseguramiento.

(viii) Resolución de 13 de mayo de 2005, que declara cerrada la instrucción y corre traslado de 8 días para alegar de conclusión.

(ix) Resolución de acusación calendada 15 de junio de 2005, por el delito de celebración indebida de contratos.

(x) Resolución de 12 de julio del mismo año, que declara desierto el recurso de apelación interpuesto por la defensa.

Luego de agotarse el juicio, añade la Fiscalía, el Juez Segundo Penal del Circuito Adjunto de Descongestión, el 9 de diciembre de 2011, emitió sentencia condenatoria en contra del Miguel Antonio Arroyo Córdoba, decisión que fue confirmada en segunda instancia por la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Quibdó, de la cual hacía parte EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA, quien ha debido declararse impedido de acuerdo con el numeral 6° del artículo 99 de la Ley 600 de 2000 y no lo hizo, infringiendo el principio de imparcialidad al que estaba obligado, como Magistrado Ponente, integrante de la Sala.

En concreto, considera el ente acusador, que EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA, en su condición de Magistrado de la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Quibdó, de manera objetiva incurrió en el delito de prevaricato por omisión, según lo describe el artículo 414 de la Ley 599 de 2000, pues omitió un acto propio de sus funciones, al no haberse declarado impedido para conocer del aludido recurso de apelación, según lo establecen los artículos 99 y 100 de la Ley 600 de la misma anualidad, porque participó en la etapa de instrucción del proceso seguido contra Miguel Antonio Arroyo Córdoba, en calidad de Procurador Judicial en lo Penal.

De lo anterior, el doctor EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA fue consciente por lo que consideró que no se configuraba la causal para declararse impedido, ya que no estaba comprometida su independencia e imparcialidad.

En virtud de lo expuesto, la Fiscalía advierte ausencia de dolo en el actuar de EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA, única modalidad que admite el prevaricato por omisión, en la medida en que el indiciado explicó que cuando estudió el proceso como Magistrado Ponente, se apoyó en el concepto de sus colegas y de la jurisprudencia, llegando a la conclusión que cuando se estuviera frente a una actividad pasiva no surgía impedimento. En este caso, porque la actuación del Agente del Ministerio Público en cabeza de BOODER VALENCIA se limitó a notificarse de varias decisiones de la Fiscalía, sin que tomara postura sobre el tema de investigación.

Corroborar lo anterior el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Quibdó, Ariel de Jesús Chaverra Jurado, quien en entrevista indicó que el entonces Magistrado EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA, le comentó lo relacionado con la estructuración de la causal de impedimento relativa a cuando una persona funge como Ministerio Público en la etapa de instrucción de un proceso y si podía emitir sentencia en el mismo caso, en calidad de Magistrado Ponente, llegando a la conclusión en el sentido de que

cuando su actividad fuera pasiva no se configuraba la causal de impedimento.

Siendo así, para la Fiscalía la explicación del indiciado es razonable y coherente porque fuera de notificarse de providencias, no emitió pronunciamiento o concepto alguno, por lo que no comprometió su criterio jurídico y, por esa razón, no se apartó de su conocimiento. Lo precedente descarta el aspecto doloso de la conducta prevaricadora.

La Fiscalía apoya su teoría en decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia -AP 3282 de 2014, radicado 27497, 13 de junio de 2007, y AP 5004, 27 de agosto 2014, radicado 44475- y de la Corte Constitucional -T 305 de 8 de junio de 2017-, las cuales enseñan que la simple intervención no genera impedimento sino cuando existen juicios de valor o ponderación jurídica y probatoria, lo que sí compromete la imparcialidad, ecuanimidad, independencia o equilibrio del juez.

En suma, el ente acusador solicita la preclusión de la investigación, conforme con los artículos 331 y 332-4 de la Ley 906 de 2004, ya que concluyó que cuando EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA no se apartó del proceso para intervenir en la emisión de la sentencia de segundo grado, actuó desprovisto del dolo para eludir la ley, sino apegado a su convencimiento respecto a que no intervino de manera

activa sino pasiva y, por lo tanto, la conducta resulta atípica subjetivamente frente al artículo 414 de la Ley 599 de 2000.

2. - Ministerio Público

Atendiendo las facultades que para esta audiencia le confirió el artículo 333 de la Ley 906 de 2004, arguyó que si bien es cierto la solicitud de preclusión es potestad del Fiscal exclusivamente, en virtud de que hace tránsito a cosa juzgada se exige que la causal invocada esté acreditada de manera cierta, lo que significa que debe precisar con rigor los elementos materiales probatorios en los que se apoya y estos ofrezcan certeza plena respecto a la verificación de la misma causal producto del esfuerzo investigativo.

Señaló que el ente acusador con fundamento en la causal 4ª del artículo 332 postuló la preclusión que estima no debe prosperar, por cuanto de los elementos materiales presentados no se concluye de manera indubitable ni objetiva ni subjetivamente, el grado de conocimiento exigido por la ley, es decir, haber adquirido certeza de la hipótesis preclusiva, por cuanto no agotó de manera suficiente la labor investigativa frente al presunto delito de prevaricato por omisión.

Para la representante de la sociedad, no existe certeza frente al real propósito del indiciado dentro de la actuación

adelantada contra Miguel Antonio Arroyo Córdoba, pues actuó como sujeto procesal y se notificó de varias decisiones judiciales tomadas en la etapa de la instrucción.

En ese orden de ideas, para la Agente del Ministerio Público el ente acusador acierta cuando señala que EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA debió declararse impedido conforme con la causal 6ª del art 99 y no lo hizo, defraudando con ello la confianza pública que debe emanar de los funcionarios judiciales.

En su criterio los argumentos de la Fiscalía se derivan exclusivamente del crédito que otorga a las manifestaciones del indiciado cuando explicó su conducta, por lo que considera que no se han realizado todos los esfuerzos investigativos necesarios, pues no resulta claro cuál fue la postura del entonces Magistrado Ponente para emitir la sentencia, teniendo claro que en ese mismo caso había actuado como Ministerio Público.

Precisó que si bien está acreditado que EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA se notificó de decisiones de gran relevancia o nucleares de la fase investigativa, no hay evidencia que demuestre si emitió postura como Representante de la sociedad.

Las explicaciones del indiciado, por lo tanto, fueron acogidas plenamente por la Fiscalía, en cuanto a que no tuvo

voluntad de transgredir el tipo penal de prevaricato por omisión.

Puntualizó que el artículo 100 de la Ley 600 de 2000 establece que los funcionarios judiciales deben declararse impedidos para conocer de actuaciones penales cuando concurra respecto de ellos alguna causal de impedimento, lo cual no hizo el doctor EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA, no obstante tener conocimiento que debía hacerlo, omisión que no descarta, como lo sostuvo la Fiscalía, el aspecto subjetivo del delito de prevaricato por omisión. En conclusión, para la Procuraduría no se demostró la conducta pasiva del indiciado y, en todo caso, de existir, la Fiscalía no determinó si esa pasividad implicó afectación a su imparcialidad, ya que pudo tratarse de una estrategia procesal.

En consecuencia, solicita se deniegue la preclusión solicitada, toda vez que no concurren los elementos requeridos para la preclusión invocada por el Fiscal con base en la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

3.- Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial

El apoderado de la Administración Judicial coadyuvó la solicitud de la Fiscalía, ya que los elementos materiales

probatorios que se encuentran en el proceso, derivados de la labor de investigación del ente acusador, permiten desvirtuar la existencia del elemento subjetivo del tipo en el presente asunto.

4.- Apoderado de la presunta víctima Miguel Antonio Arroyo Córdoba.

El apoderado de la presunta víctima Miguel Antonio Arroyo Córdoba indicó que toda persona tiene derecho a una segunda instancia, lo cual encuentra respaldo en la Constitución Política y en la ley, teniendo que ser el juez de primera instancia una persona diferente al de segunda, pues el último debe revisar los errores del inferior.

Así las cosas, concluyó que no se debe precluir la investigación, tal y como lo reclama el Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, ya que constituiría una ilegalidad y violación al debido proceso, pues la doble instancia no puede surtir por el mismo sujeto.

5.- Apoderado de la defensa

El apoderado de EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA inicia su intervención realizando una disertación sobre el dilema de los funcionarios judiciales entre lo práctico y cómodo *versus* lo ético y legal pues, en este caso, el Fiscal

pudo haber abierto la investigación y no desgastarse en la argumentación de la preclusión.

Para la defensa del indiciado, la actividad investigativa del ente acusador no fue insuficiente como lo sostiene el Ministerio Público, ya que demostró que la intervención del entonces Procurador Judicial en lo Penal fue nula, toda vez que se limitó a notificarse de las decisiones en la etapa de la investigación, sin emitir concepto alguno.

Además, no es viable considerar, como lo hace la señora Procuradora Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, que la pasividad u omisión de un sujeto procesal, en este caso, el Ministerio público dentro de un trámite podría considerarse una postura de parte.

Asegura el apoderado de EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA que el ente acusador acreditó en el proceso, con la entrevista del Fiscal Delegado ante el Tribunal, doctor Ariel de Jesús Chaverra Jurado, que cuando a su defendido en calidad de Magistrado Ponente le llegó a su conocimiento la segunda instancia de la sentencia condenatoria proferida contra Miguel Antonio Arroyo Córdoba, procedió a estudiar el tema de los impedimentos, apoyándose en la jurisprudencia y en el concepto de sus compañeros de Sala. La conclusión a la que arribó fue que no debía declararse impedido, por cuanto en su condición de Ministerio Público su intervención se limitó a notificarse, sin entregar concepto de ninguna naturaleza y, por ello, procedió a emitir sentencia de segundo grado.

De igual forma, controvierte lo argumentado por el representante de la presunta víctima, en la medida en que, el análisis basilar de su razonamiento radica en que un juez que falla un proceso en primera instancia, no puede ser el mismo que resuelva la segunda.

Sobre el punto, aclara que el entonces Magistrado Ponente EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA, confirmó la sentencia condenatoria en contra de Miguel Antonio Arroyo Córdoba, proferida por el Juez Segundo Penal del Circuito Adjunto de Descongestión de Quibdó, decisión en la que intervino, en la etapa de instrucción, de manera pasiva como Procurador Judicial y no como fallador.

Lo anterior significa que el indiciado confirmó la sentencia de condena mencionada que profirió una persona diferente y que su rol en la etapa de instrucción fue la de Ministerio Público.

El apoderado reprochó la actitud pasiva del entonces Agente del Ministerio Público, quien se limitó a notificarse de decisiones en la etapa de instrucción y no más, lo cual estima censurable pero no en el plano de lo penal.

En suma, solicita se acoja el pedimento de la Fiscalía en el sentido de precluir la investigación, ya que se encuentra acreditada la atipicidad subjetiva, por ausencia de dolo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con el numeral 5° del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018, en concordancia con el numeral 9° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer del juzgamiento de los Magistrados de Tribunal Superior de Distrito Judicial, calidad que ostentaba el doctor EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA como Magistrado de Descongestión para la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Quibdó².

Por mandato del artículo 250 de la Constitución Política, la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo, siéndole vedado suspender, interrumpir, o renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad. Así mismo, solicitará ante el juez de conocimiento³ la preclusión de las investigaciones siempre que, conforme lo dispuesto por la ley, no hubiere mérito para acusar.

² Copia del acta de posesión como Magistrado de Descongestión y certificación de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia, folios 3 y 4 del cuaderno anexo 3 de la Fiscalía.

³ Art 250-4 Constitución Política, sentencias C-872 de 2003, C-591 de 2005 y C-209 de 2007 entre otras.

Del análisis de los artículos 331 y 332 de la Ley 906 de 2004, se evidencia que son dos los momentos para elevar la solicitud de preclusión. En primer lugar, en la fase de indagación e investigación, exclusivamente el delegado del ente requirente ostenta la facultad para demandar del juez de conocimiento la preclusión de la investigación, bajo el amparo de cualquiera de las causales regladas por la norma en cita. El otro momento tiene ocurrencia en la fase de juzgamiento por iniciativa de la Fiscalía, el Ministerio Público o la defensa, restringiendo tal posibilidad a las causales descritas en los numerales 1° y 3° del citado artículo 332, siempre que estemos frente a situaciones sobrevinientes.

Resulta necesario advertir que la redacción original del artículo 331 de la codificación procedimental, exigía que se hubiese formulado la imputación como presupuesto del pedido preclusivo, situación que al ser examinada por la Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005⁴, llevó a la declaratoria de inexecutable parcial de dicho canon, permitiendo que tal solicitud se extienda a la fase de indagación.

El artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, consagra las causales que deben acreditarse para decretar la preclusión de la investigación, entre ellas, la dispuesta en el numeral 4, que se refiere a la *“Atipicidad del hecho investigado”*.

⁴ Sentencia C-591 de 2005.

1. DE LA PRECLUSIÓN

Conforme a dicha prerrogativa, el Fiscal Segundo Delegado ante la Corte solicitó preclusión de la indagación que se tramita en contra del doctor EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA, con fundamento en la causal contemplada en el numeral 4° del artículo 332 del Código Procesal Penal de 2004, por atipicidad subjetiva respecto de la decisión de asumir el conocimiento en segunda instancia del proceso adelantado contra el señor Miguel Antonio Arroyo Córdoba, el cual culminó con la confirmación de la sentencia condenatoria proferida por el Juez Segundo Penal Adjunto de Descongestión de Quibdó.

Dicho pedimento se fundamenta en que el delito de prevaricato por omisión demanda su realización dolosa, modalidad que no se estructuró en este caso, por lo que resulta atípica la conducta.

2. DEL ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DE PREVARICATO POR OMISIÓN

La definición dogmática del delito en Colombia tiene fundamento en una estructura tripartita compuesta por los elementos de la *tipicidad*, *antijuricidad* y *culpabilidad*. Bajo esa premisa, solo existe un delito cuando se haya agotado el proceso de constatación de la concurrencia de cada uno de

esos elementos en el actuar de la persona a quien se le atribuye en concreto un tipo penal, y los mismos encuentren sustento en el acervo probatorio.

La correcta valoración de la conducta inicia por el proceso de adecuación típica⁵, mediante el cual el juez debe realizar la interpretación de los tipos penales de manera restringida, haciendo un señalamiento de los elementos que lo estructuran. Posteriormente, debe valorarse en conjunto con lo que se ha denominado por parte de la doctrina como el *injusto típico*, es decir, una conducta típica y por lo tanto desvalorada, pero igualmente capaz de configurar el injusto penal, por cuanto ha vulnerado eficazmente el bien jurídicamente protegido por la norma penal. Únicamente cuando la conducta esté revestida de esta naturaleza, podrá someterse a un examen de culpabilidad al sujeto infractor, reprochándosele o no la comisión de la conducta.

La Fiscalía Segunda Delegada ante esta Corporación sustenta la petición de preclusión en la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, porque en su sentir la conducta atribuida es atípica subjetivamente frente al delito de prevaricato por omisión, descrito por el artículo 414 de la Ley 599 de 2000, así:

“El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a

⁵ C-996 DE 2000

setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.”

En cuanto a la configuración de esa conducta, reiteradamente la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

“El tipo de injusto del prevaricato por omisión en su fase subjetiva es esencialmente doloso y reclama en su descripción que el servidor público omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, lo cual implica que el autor tenga la representación efectiva y actual de la contrariedad de su actuación con la ley.

Se estructura por el incumplimiento de un deber legal propio del funcionario, mediante cualquiera de las conductas alternativas previstas en su descripción típica, lo cual constituye el aspecto objetivo de la infracción; sin embargo, es indispensable que la omisión, retardo, rehusamiento o denegación sea voluntaria, es decir, que tenga conocimiento de que con su “no hacer” falta a sus deberes oficiales (por mandato del artículo 122 de la Carta Política, no habrá cargo público que no tenga funciones detalladas en la ley o en el reglamento).

La omisión es dejar de realizar el acto funcional dentro del término señalado en la ley o dentro del cual es fértil para producir efectos jurídicos normales. Por su parte, el retardo es la realización del acto por fuera del plazo legalmente determinado, es decir, dentro del cual resultaba útil. En tanto que el rehusamiento reside en la negativa a realizar el acto ante una solicitud válidamente presentada.

En consecuencia, se trata de una actuación dolosa que demanda el conocimiento del carácter del acto omitido como propio de las funciones constitucionales, legales o reglamentarias discernidas en el agente. Es una omisión ilegal acompañada de la voluntad libre de realizar cualquiera de las hipótesis alternativas que conjuga el artículo 414 de la Ley 599 de 2000”. (CSJ SP, 21 may. 2014, Rad. 42275).

En igual sentido, sobre el análisis de la estructura dogmática de este delito, concluyó lo siguiente⁶:

“a) El sujeto activo debe ser un servidor público en cualquiera de sus diversas modalidades (miembro de una corporación pública, empleado o trabajador del Estado y de las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, miembro de la fuerza pública, particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, funcionario o trabajador del Banco de la República, integrante de la Comisión Nacional Ciudadana para la lucha contra la corrupción, o quien administre los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política), ya que se trata de uno de los denominados por la doctrina y la jurisprudencia como delitos especiales, en los cuales sólo puede ser autor de la conducta típica quien cumpla las condiciones especiales previstas en la norma.

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

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

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

d) Es un tipo penal en blanco, en el cual el supuesto de hecho que contiene la conducta que la normatividad ordena o prohíbe, aparece consagrado total o parcialmente en una norma de carácter

⁶ Cfr. CSJ SCP AP5262-2016, Ag. 10 de 2016, Rad. 42007.

extrapenal, que debe preexistir al momento de la realización de ésta y a la cual se debe acudir para darle contenido al precepto.

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

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

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

Este criterio ha sido compartido por la Sala Especial de Primera Instancia en ocasiones anteriores como en las decisiones AEP 00020-2019, Rad.51558 y AEP 00008-2019, Rad. 51276.

Se trata de un tipo penal funcional que protege el bien jurídico de la administración pública, el cual se puede definir como una función pública esencial del Estado que debe desarrollarse a partir de los principios que el artículo 209 de

la Constitución Política emplea al definir los rasgos fundamentales de la ética administrativa pública.⁷

Por su parte, el principio de moralidad objetiva que se desarrolla entre otros artículos en el 6º Superior, impone que los servidores públicos deban responder no sólo por infringir la Constitución y la ley, sino también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Los servidores y funcionarios públicos, al estar al servicio del Estado y de los ciudadanos y no de sus intereses particulares, se comprometen a cumplir y defender la Constitución ejerciendo sus funciones de la forma prevista por la Carta, la ley y el reglamento, como lo disponen los artículos 122-2 y 123-2 de la Carta Política.

La tipicidad del comportamiento punible de prevaricato por omisión, desde el punto de vista objetivo, se descompone en los siguientes elementos: (i) un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público; (ii) que omita, retarde, rehúse o deniegue; (iii) un acto propio de sus funciones.

Sobre el segundo elemento, ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que para que una actuación pueda ser considerada como prevaricadora, es

⁷ Según el artículo 209 de la constitución política, *"La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones."*

imprescindible que la omisión, retardo, rehusamiento o denegación sea voluntaria, esto es, dolosa.

Por consiguiente, para la materialidad de la conducta calificada como prevaricadora se requiere demostrar que la omisión, retardo, rehusamiento o denegación fue producto del conocimiento del funcionario público respecto de que con su no hacer falta a sus deberes o funciones constitucionales, legales o reglamentarios, esto es, la voluntad libre y consciente de realizar cualquiera de las hipótesis alternativas del tipo.

Por ende, en la valoración de la conducta delictiva, el funcionario judicial que lo hace deberá realizar un juicio ex ante ubicándose en el momento en que el servidor público imputado realizó la omisión y examinar las circunstancias por él conocidas, con el propósito de evidenciar lo que realmente éste omitió, retardó, rehusó o denegó en el momento de la actuación y si lo hizo maliciosamente.

La jurisprudencia de la misma Sala de Casación reconoce en el dolo dos componentes: el cognitivo-intelectivo y el volitivo, esto es, el conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal y el querer realizarlos⁸.

⁸ CSJ, AP1862-2016 del 6 de abril de 2016, radicado 46553

Así las cosas, esta Sala procederá inicialmente a establecer si el comportamiento atribuido al doctor EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA, se ajusta a la descripción abstracta que hace el legislador para el delito de prevaricato por omisión, para seguidamente analizar la procedencia de la causal de atipicidad subjetiva, invocada por la Fiscalía para que se declare la preclusión.

3. DEL CASO CONCRETO

3.1. La adecuación típica del hecho indagado en el prevaricato por omisión

Al confrontar la conducta desplegada por el indiciado con el tipo penal del prevaricato por omisión, se puede observar que no existe una clara adecuación de los elementos estructurales de la conducta desplegada por el exmagistrado desde su ámbito objetivo; especialmente respecto de la existencia de un acto que se reputa “haber omitido”. En este último tópico la Sala centrará su estudio a partir de los impedimentos.

La Fiscalía señala que el doctor EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA, en su calidad de Magistrado de Descongestión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Quibdó, omitió declararse impedido para conocer la segunda instancia en el proceso adelantado contra Miguel Antonio Arroyo Córdoba.

Esta conducta, según el ente acusador, objetivamente se estructuró en la medida en que para la etapa de instrucción, el entonces Magistrado Ponente de la Sala de Descongestión, se había desempeñado como Agente del Ministerio Público y de manera consciente, voluntaria e informada, decidió no apartarse de su conocimiento convencido de que hacía lo correcto.

En consecuencia, echa de menos el aspecto subjetivo, es decir, el dolo, ya que del análisis de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de esta Corporación y del concepto de sus compañeros de trabajo, el doctor EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA llegó a la conclusión que no se encontraba impedido para asumir el conocimiento de la segunda instancia de la sentencia proferida en contra de Miguel Antonio Arroyo Córdoba, pues su actividad en este caso fue pasiva. Corrobora lo anterior, el propio dicho del indiciado y la entrevista del doctor Ariel de Jesús Chaverra Jurado.

- ***Los impedimentos: la causal sexta del artículo 99 de la Ley 600 de 2000.***

La Ley 600 de 2000 dispuso en su artículo 99 el régimen de impedimentos en aras de salvaguardar el correcto ejercicio de la administración de justicia, estipulando circunstancias que podrían conducir a deslegitimar o vulnerar la

imparcialidad del juzgador. Uno de estos escenarios es el contemplado en el numeral 6º, el cual establece:

“Que el funcionario haya dictado la providencia cuya revisión se trata o hubiere participado dentro del proceso o sea cónyuge o compañero permanente, pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del inferior que dictó la providencia que se va a revisar.”

Ahora bien, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en una línea pacífica, inveterada y reiterada que resulta coherente con lo que también se ha dicho con respecto a la causal contemplada en el numeral 4º de la misma disposición –igualmente de forma reiterativa–, ha precisado lo siguiente:

“En efecto, así como no es motivo objetivo de impedimento que el funcionario judicial “haya manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso” (numeral 4º del artículo 56 de la Ley 906 de 2004), tampoco se erige en causal objetiva ni automática de impedimento, que el funcionario judicial “hubiere participado dentro del proceso” (numeral 6º, ibídem).

En tratándose de impedimentos, es necesario que en cada caso particular y concreto los funcionarios judiciales –jueces y magistrados– expliquen cuáles son las razones por las cuales su imparcialidad, su ecuanimidad, su independencia o su equilibrio podrían afectarse frente a cada uno de los implicados, por el hecho de haber participado en el proceso.

El género de argumentación que se exige, incluye especificar las circunstancias o condiciones en que se produjo la participación del funcionario judicial en el proceso original o en alguno de los procesos derivados por la ruptura de la unidad procesal; y si la actividad del Juez –individual o colegiado– se extendió a la valoración de elementos probatorios o de información susceptible de convertirse en prueba, se precisa indicar cómo y de qué manera las apreciaciones anteriores inciden en el ánimo del juzgador al conocer el asunto en ocasiones posteriores, frente a cada uno de los implicados o situaciones concretas por resolver.

Lo mismo puede predicarse –mutatis mutandi- cuando se trata de recusación, aduciendo que el funcionario judicial participó dentro del proceso.

4. Las instituciones jurídicas de impedimento y recusación se vinculan inescindiblemente al principio constitucional del debido proceso, en su amplia concepción garantista; pero no a la manera de una presunción peyorativa sobre los funcionarios judiciales, respecto de quienes, por el contrario, se presume su imparcialidad; presunción que, sin embargo, puede desvirtuarse cuando a ello hubiere lugar, siendo indispensable que el interesado suministre los elementos subjetivos que cimentan tal pretensión, pues como los motivos que eventualmente podrían conspirar contra la imparcialidad, ecuanimidad, equilibrio, etc., a menudo pertenecen al fuero interno de las personas, la corporación llamada a dirimir el incidente -en este caso la Sala de Casación Penal- debe ser enterada de aquellos motivos, para que pueda determinar si en realidad se encuentra ante un juez subjetivamente incompetente, por haber emitido juicios anticipados o ser sujeto de prevenciones que comprometan de antemano su criterio, al punto que alguna de las partes pudiese resultar perjudicada o favorecida.” (CSJ. AP jun. 13 de 2007, rad. 27497, subrayado fuera de texto).

Esa misma Corporación en AP481, feb. 7 de 2018, Rad. 50922, evocando esa línea consolidada a través de múltiples determinaciones, destacó:

“3. Acerca de la configuración de la causal de impedimento prescrita en el artículo 99-6 de la Ley 600 de 2000, en concreto respecto del apartado que reza que el funcionario judicial “...hubiere participado dentro del proceso...”, tiene sentado criterio la Sala, a saber:

...la comprensión de este concepto no debe asumirse en sentido literal sino que es preciso que esa intervención, para que adquiera un efecto trascendente acorde con los fines de la norma, tenga la aptitud suficiente para comprometer la ecuanimidad y la rectitud del funcionario. Su actividad dentro del proceso, debe haber sido esencial y no simplemente formal⁹, de fondo, sustancial, trascendente, que lo vincule con la actuación puesta a su consideración de tal manera que le impida actuar con la imparcialidad y la ponderación que de él esperan no solamente los sujetos procesales

⁹ «⁷ Sentencia del 7 de mayo de 2002, rad. 19300.»

sino la comunidad en general.¹⁰-(Subrayado fuera de texto).

Por lo tanto, en cuanto a la causal 6ª del mencionado precepto se ha precisado que la intervención debe tener la capacidad de comprometer la ecuanimidad e imparcialidad del funcionario, esto es, una intervención sustancial, de fondo, incidente, que se opone a la meramente formal e insustancial.

Este criterio, incluso, fue avalado por la Corte Constitucional, como así lo indicó en la sentencia T-305 de 2017, en la que no solo se hizo remisión a lo expuesto sobre el particular por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sino que insistió en que el grado de participación que debe tener un funcionario en el proceso pasado para comprometer su imparcialidad debe traducirse en una intervención que afecte su ecuanimidad y rectitud, por lo que no basta con que sea meramente formal, sino de carácter sustancial, de fondo, incidente:

“3.4.2. Respecto a la causal 6ª alegada por el peticionario, en relación con que el funcionario recusado participó dentro del proceso, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“Frente a esta causal, la Sala tiene establecido que la comprensión de este concepto no debe asumirse en sentido literal sino que es preciso que esa intervención, para que adquiera un efecto trascendente acorde con los fines de la norma, tenga la aptitud suficiente para comprometer la ecuanimidad y la rectitud del funcionario. Su actividad dentro del proceso, debe haber sido esencial y no simplemente formal, de

¹⁰ CSJ SP, 6 jun. 2007, rad. 27385.

fondo, sustancial, trascendente, que lo vincule con la actuación puesta a su consideración de tal manera que le impida actuar con la imparcialidad y la ponderación que de él esperan no solamente los sujetos procesales sino la comunidad en general."

En este sentido, teniendo en cuenta el grado y la forma de participación en el proceso, la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en señalar que esta causal no se aplica por ejemplo en los jueces de ejecución que previamente participaron en el procedimiento en calidad de falladores de conocimiento, ni a los funcionarios que han evaluado preacuerdos con otros sujetos procesales por los mismos hechos que le corresponde juzgar. En todo caso, como la afectación del principio de imparcialidad depende del grado de intervención y del contacto del funcionario judicial con los medios de juicio, siempre debe examinarse en cada asunto antes de separar al juez de su conocimiento, "porque el instituto de los impedimentos y las recusaciones se rige por los principios de taxatividad y excepcionalidad". (Subrayado fuera de texto.).

- ***El impedimento por la causal 6ª en el caso en concreto***

Con base en los elementos materiales probatorios que soportan la solicitud de preclusión, esto es, copia de diez decisiones emitidas por el Fiscal Décimo de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública y de Justicia de Quibdó en la etapa de la instrucción, obtenidas en diligencia de inspección judicial realizada en el Juzgado de Ejecución de Penas de Quibdó, el interrogatorio del indiciado y la entrevista a Ariel de Jesús Chaverra Jurado, se hace evidente que el doctor EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA, cuando actuó como Procurador Judicial Penal II nunca emitió concepto de fondo, sustancial o trascendente, de tal suerte que afectara el principio de imparcialidad, pues solamente se notificó de diversas decisiones judiciales.

En efecto, del contenido de las decisiones mencionadas y obtenidas en diligencia de inspección judicial al proceso seguido en contra de Miguel Antonio Arroyo Córdoba, no se hace alusión a concepto alguno del entonces representante de la sociedad, en razón a que no los presentó. Así, por ejemplo no lo hizo luego de la resolución de 13 de mayo de 2005 que declaró cerrada la instrucción y corrió traslado de 8 días para alegar de conclusión, como de ello se dejó constancia en el capítulo de “ALEGATOS DE LOS SUJETOS PROCESALES” del proveído de 15 de junio de 2004 por cuyo medio se profirió en su contra resolución de acusación, al consignarse que: *“En el traslado de la providencia que dispuso el cierre de la investigación como lo norma el artículo 393 de la Ley 600/00, no se presentó alegato alguno de la forma como debiera de adoptarse la calificación sumarial, por ello el despacho no se pronunciará al respecto”*¹¹. (Subrayado fuera de texto).

Lo anterior, responde a las inquietudes de la señora Procuradora Delegada, para quien la actividad investigativa de la Fiscalía no cumplió con las expectativas de certeza requeridas para precluir la investigación seguida en contra de EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA.

Así las cosas, para esta Sala es claro que EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA, en su calidad de Procurador Judicial Penal 158, no intervino de manera activa en el

¹¹ Folio 95 del Cuaderno Anexo 2 de la Fiscalía.

proceso seguido en contra de Miguel Antonio Arroyo Córdoba, es decir, no desplegó acción relevante que permita inferir la afectación de su imparcialidad, por lo que su comportamiento no se adecuaba a la causal de impedimento descrita en el numeral 6° del artículo 99 de la Ley 600 de 2000 y, por lo mismo, no actualizó el verbo rector de la conducta atribuida del artículo 414 del C.P. consistente en haber “omitido” un acto propio de sus funciones.

Siendo así, la causal invocada por la Fiscalía para solicitar la preclusión conforme al numeral 4° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 –atipicidad del hecho investigado— se estructura pero no por el aspecto subjetivo, como lo demanda la Fiscalía, sino por el objetivo, por lo que carece de sentido estudiar a fondo el primer aspecto.

En efecto, cuando llega a su conocimiento la segunda instancia de la sentencia proferida por el Juez Segundo Penal Adjunto de Descongestión de Quibdó, que condenó al señor Miguel Antonio Arroyo Córdoba, el Magistrado Ponente de la Sala de Descongestión del Tribunal Superior de Quibdó EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA, después de un estudio minucioso del tema de los impedimentos, tomó la decisión de no declararse impedido, toda vez que su actividad en la etapa de instrucción, en calidad de Agente del Ministerio Público, se circunscribió a notificarse de las decisiones, sin emitir ningún concepto o valoración

probatoria, por lo que consideró que el principio de la imparcialidad permanecía incólume.

Así pues, para la Sala, se insiste, no se encuentran demostrados los elementos objetivos del tipo penal de prevaricato por omisión descrito en el artículo 414 de la Ley 599 de 2000, en la medida en que el doctor BOODER VALENCIA no estaba frente a ninguna causal de impedimento y, por lo tanto, no era su deber declararlo, esto es, no omitió un acto propio de sus funciones.

Sobre el particular, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en reiteradas decisiones ha decantado que en punto de la causal 6ª de la Ley 600 de 2000 *“la manifestación de impedimento está sujeta al particular arbitrio de quien la declara y vinculada inevitablemente a la taxatividad de las causales, sin que sea posible acudir a la analogía o a la extensión de los motivos estrictamente señalados en la ley, en aras de sustentar su procedencia”*. (CSJ, AP2876-2017, Rad. 46700).

Lo anterior significa que el impedimento solo lo puede invocar el funcionario que se considera impedido, frente a las causales taxativas previstas en la ley.

De igual manera, esa misma Corporación ha precisado, acorde con la línea jurisprudencial inveterada a que se hizo

alusión en el acápite anterior, que se afecta el principio de imparcialidad para conocer de un asunto solo cuando el funcionario interviene dentro del proceso de manera activa, sustancial, de fondo, trascendente, lo que igual se ha venido exigiendo en relación con la intervención del agente del Ministerio Público, sin que exista razón plausible para que se haga una diferenciación de la actuación de este funcionario con la de otros funcionarios, sujetos procesales, partes e intervinientes en el proceso penal, máxime cuando, conforme con el artículo 277-7 de la Carta Política, al representante de la sociedad no siempre le es imperativo hacerlo. (AP6166-2014, Rad. 41949; AP5425-2014, Rad.36401; AP5239-2014, Rad. 34719; AP1654-2014, Rad. 42679).

Con respecto a la intervención previa de un agente del Ministerio Público que lo inhabilita para conocer después del mismo asunto como funcionario judicial al amparo de la causal sexta objeto de examen –cuyo contenido es similar al motivo *idem* del artículo 56 de la Ley 906 de 2004—, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia también ha mantenido una línea, en términos generales consistente, pacífica e inveterada¹², últimamente reflejada en las decisiones adoptadas al resolver las múltiples manifestaciones de impedimento expresadas por el H. Magistrado Eyder Patiño Cabrera, quien con antelación al

¹² Entre muchas: AP184-2019, Rad. 52816, AP864-2018, AP-2876-2017, Rad.46700, AP8300-2016, Rad.44079, AP6532-2016, Rad. 46352, CSJ AP 6 junio de 2007, Rad, 27385, AP5796-2016, Rad. 48778, AP 9 May, 2012, Rad. 38919, AP 4 May, 2016, Rad. 48006, CSJ 11 de May, 2016, Rad. 48201, Sentencia 7 de May, 2002, Rad. 19300, AP5079-2015, Rad. 43851, AP5079-2015, Rad. 43851, AP6611-2014, Rad. 40200, CSJ Rad. 26853 de 7 de marzo, AP5985-2014, Rad. 34694, AP, 7 Mar 2011, Rad. 36951, AP 5425-2014, Rad. 36401, AP1330-2014, Rad. 37942, AP482-2014, Rad. 37462, AP 6 Nov de 2013, Rad. 36784, AP 5 Jul de 2007, Rad. 27533, AP 5 de Agos. de 2013, Rad. 41807.

ejercicio de tal dignidad se desempeñó como Procurador Delegado ante esa misma Corporación y como Procurador Judicial Penal, entre las cuales se destacarán las siguientes:

Para empezar, AP482, feb. 11 de 2014, rad. 37462, en la que se aceptó el impedimento planteado por el Magistrado ya que como Procurador Judicial intervino en las audiencias de formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento consistente en detención intramural, constituyendo ello, según la Sala de Casación, una actuación trascendente que afecta la objetividad e imparcialidad de quien administra justicia en tanto para esa oportunidad no solo opinó sobre la necesidad de imponer la medida de aseguramiento sino que, a la par, *“asumió la tarea de explicar por qué, a su juicio, podían concretarse los punibles atribuidos, asunto que constituye precisamente uno de los tópicos que por virtud del juicio corresponde estudiar a la Sala”*.

De igual modo, en AP1330, mar. 19 de 2014, Rad. 37942, pues, como Procurador Delegado ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, emitió concepto frente al recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil, lo cual, ciertamente, comprometió su imparcialidad por implicar *“un análisis de fondo de los elementos probatorios obrantes en la actuación”*.

En igual dirección, AP5425, sep. 10 de 2014, Rad. 36401, porque en la misma condición aludida emitió concepto respecto de la demanda de casación, recalándose que, por ello, su actividad fue sustancial y afectó su ecuanimidad.

Bajo el mismo criterio, en AP5985, oct. 1° de 2014, Rad. 34694, la Sala de Casación Penal no aceptó el impedimento presentado por el doctor Patiño Cabrera por cuanto su intervención no fue de carácter sustancial ni de fondo, esto es, no comprometió su ecuanimidad, ni puso en peligro la transparencia y rectitud de la justicia, toda vez que se limitó a comunicar su designación como Ministerio Público, a comisionar a homólogos para intervenir en la práctica de pruebas y a *“notificarse de la situación jurídica”* –supuesto este último que, dicho sea de paso, coincide con el que es objeto de estudio—, lo cual no representó valoración fáctica y probatoria de fondo frente a los elementos de convicción¹³.

En AP6611, oct. 28 de 2014, Rad. 40200, por su parte, se aceptó el impedimento presentado por el mismo Magistrado, en cuanto como Procurador Delegado ante la Corte emitió concepto durante el traslado del art. 213 de la Ley 600 de 2000 frente a la demanda de casación, por lo que participó en el proceso comprometiendo su imparcialidad.

¹³ Se apoya en AP mar. 7 de 2011, rad.36951.

En AP5079 sept. 8 de 2015, Rad. 43851, también se admitió el impedimento que elevó el Magistrado, dado que expresó las razones por las cuales estimó que no acudiría al mecanismo de insistencia ante la Sala de Casación Penal para que se admitiera la demanda de casación, lo que se consideró como una intervención de fondo.

A su vez, en AP6532 sep. 28 de 2016, Rad. 46352, con fundamento en la misma postura no se aceptó el impedimento expuesto por el mismo Magistrado, al considerar que como Ministerio Público en un proceso objeto de acción de revisión de conocimiento de esa Corporación no intervino de manera trascendente.

En esta decisión, además, se traen a colación las decisiones AP, 6 de junio de 2007, Rad. 27385, y la sentencia de 7 de mayo de 2002, Rad. 19300, en las que expresamente se indica que la intervención previa del funcionario debe tener la aptitud suficiente para comprometer su ecuanimidad e imparcialidad, es decir, no puede ser una intervención formal, señalándose expresamente que *“no es factible sostener que el acto de notificarse de una decisión constituya una actividad de fondo, sustancial y trascendente”*, pues *“mediante ese solo acto ni siquiera se exterioriza el criterio que se tiene acerca del asunto objeto de enteramiento”*, punto que, se reitera, resulta de suma importancia para el caso *sub examine*, en cuanto se corresponde plenamente con el mismo supuesto fáctico atribuido al aquí indiciado

BODDER VALENCIA para sustentar la conducta punible de prevaricato por omisión.

Basada en igual hermenéutica, la Sala de Casación Penal decidió en AP8300, nov. 30 de 2016, Rad. 44079 y en AP2876, may. 8 de 2017, Rad. 46700 aceptar el impedimento planteado por el Magistrado en cuanto emitió concepto respecto de las demandas de casación a cuya resolución se aprestaba la Corporación, lo que permitió calificar tal intervención como de fondo. En la última determinación, incluso, se advirtió que de permitirse al Magistrado asumir conocimiento del asunto se vulneraría la recta administración de justicia.

Reiterando la postura, en AP864, mar. 5 de 2018, Rad. 51757, se adujo que no toda opinión o concepto sobre el proceso origina la causal, al punto que no se aceptó el impedimento manifestado por el doctor Patiño Cabrera, quien cumpliendo sus funciones como Ministerio Público apoyó la medida de aseguramiento solicitada pero sin referirse al tema de la responsabilidad por lo que consideró esa actuación como intrascendente.

Finalmente, en la reciente decisión AP184, ene. 21 de 2019, Rad. 52816, tampoco se declaró fundado el impedimento presentado por el Magistrado, pues a pesar de haber intervenido en su condición de Procurador Judicial en la audiencia de imputación y solicitud de medida de

aseguramiento en un proceso relacionado con el escándalo de “Agro Ingreso Seguro”, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia consideró que esa intervención no fue sustancial, es decir, no trascendió de lo formal, por lo tanto, no tuvo la capacidad de comprometer la ecuanimidad del funcionario.

Ahora, en el recuento jurisprudencial relacionado con las manifestaciones de impedimento del doctor Eyder Patiño Cabrera, que se han tomado como referente para evidenciar la posición actual de la Corte Suprema de Justicia pero que realmente se complementa con multiplicidad de decisiones de esa Corporación sobre la materia frente a la participación de sujetos distintos, se advierten tres decisiones que parecieran no consultar con la inveterada y pacífica línea jurisprudencial expuesta. En las dos primeras (AP4942, ago. 27 de 2014, Rad. 33409 y AP980, feb. 26 de 2015, Rad. 44025) se aborda de forma sucinta el punto aceptando el impedimento del Magistrado solo porque actuó en calidad de Procurador Judicial dentro del proceso, pero sin que se exponga que esa decisión responde a una variación de la postura en torno a la trascendencia de la participación en el proceso, esto es, no obran elementos de juicio suficientes que permitan así inferirlo.

La tercera es AP1654, abr. 2 de 2014, Rad. 42679, en la cual, a diferencia de las anteriores, sí se expresan razones para sostener que para la configuración de la causal basta

con la simple intervención del funcionario, por lo que se admite el impedimento exteriorizado por el H. Magistrado Patiño Cabrera. La argumentación ofrecida se contrae a lo siguiente:

“En cuanto concierne al Magistrado EYDER PATIÑO CABRERA, se colma la hipótesis prevista en el numeral 6° del artículo 97 de la Ley 600 de 2000, en el evento concreto de «hubiere participado dentro del proceso», al aparecer evidente que en la demanda de revisión el actor en el acápite de la actuación procesal sostuvo que en la culminación del proceso en primera instancia actuó como Procurador Judicial.

En consecuencia imperativo resulta entonces por tales razones, la aceptación del impedimento y la consecuente separación del asunto del anunciado Magistrado.

Lo anterior en aras de preservar principios, tales como la imparcialidad y la transparencia que han de orientar al funcionario judicial en su labor de administrar justicia”.
(Subrayado fuera de texto).

Lo brevemente motivado por la Sala de Casación Penal, a juicio de esta Sala, no desdice expresamente de su criterio pacífico en relación con los impedimentos manifestados por el H. Magistrado Patiño Cabrera, máxime cuando en decisiones posteriores en relación con el mismo togado, conforme ha quedado visto, se sigue la línea argumental inveterada a que se ha hecho alusión (AP5079, sep. 8 de 2015, Rad. 43851; AP6532, sep. 28 de 2016, Rad. 46352; AP8300, nov. 30 de 2019, Rad. 44079; AP2876, may. 8 de 2017, rad. 46700; AP864, mar. 5 de 2018, Rad. 51757 y AP184, ene. 21 de 2019, Rad. 52816), lo cual ratifica que la postura es la misma.

El criterio jurisprudencial adoptado en relación con las manifestaciones de impedimento expresadas por el doctor Eyder Patiño Cabrera ante la Sala de Casación Penal no es más que el reflejo de una hermenéutica, como ya se dijo, decantada, consolidada y reiterada de esa Corporación cuya relación minuciosa se tornaría demasiada extensa para los fines de esta providencia.

No obstante, es necesario indicar que al interior de esa línea emerge de manera insular la decisión AP2824, May 11 de 2016, Rad. 48021, en la cual se indicó explícitamente *“recoger la postura asumida por la Sala en la decisión del cuatro (04) de mayo de 2016, proferida en el radicado 48006, porque al reabrir la discusión del tema se arriba a la conclusión de que al margen del grado de participación que con antelación haya tenido quien se declara impedido, se debe privilegiar el argumento de que no se puede ser juez y parte en un mismo asunto judicial, pues ello per se genera desconfianza para los administrados, quienes de manera razonable podrían considerar vulnerada su garantía fundamental de tener un juez absolutamente imparcial”* (Subrayado fuera de texto).

Esta decisión fue reiterada en AP5796, ago. 31 de 2016, Rad. 48778, en la que expresamente se advirtió que siguiendo la postura asumida en la anterior determinación se aceptó el impedimento de un Magistrado de la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Bucaramanga (el mismo de

las decisiones AP2686 de 4 de mayo de 2016, rad. 48006 – cuyo criterio fue recogido—, y AP2824, May 11 del mismo año –que recoge esa postura—), sustentado en la causal que ocupa la atención, tras comprobarse simplemente que actuó como Ministerio Público dentro de la actuación y sin ponderar su intervención.

Pues bien, aun cuando en la providencia en cuestión expresa recoger solamente la providencia de mayo 4 de 2016, en realidad ello implicaría un giro sustancial de la tesis que venía aplicándose de forma pacífica y consuetudinaria no solo en relación con la participación previa del funcionario como agente del Ministerio Público sino respecto de cualquier participación de otros sujetos procesales o partes porque *“no se puede ser juez y parte en un mismo asunto judicial”*.

Pese a ello, lo que con claridad se advierte es que la Sala de Casación Penal en decisiones posteriores a las referidas AP2824, May 11 de 2016, Rad. 48021 y AP5796, ago. 31 de 2016, Rad. 48778, particularmente en las que se decidió el impedimento manifestado por el H. Magistrado Eyder Patiño Cabrera a las que se ha hecho alusión (AP6532 sep. 28 de 2016, Rad. 46352; AP8300 nov. 30 de 2016, Rad. 44079; AP2876 may. 8 de 2017, Rad. 46700; AP864, mar. 5 de 2018, Rad. 51757 y AP184 ene. 21 de 2019, Rad. 52816), retomó el criterio inicial, motivo por el cual se puede concluir, sin asomo de duda, que la postura actual de la Corte Suprema de Justicia es la de que la participación en el proceso para que constituya una circunstancia inhabilitante para el

funcionario debe ser de carácter sustancial, de fondo, trascendente e incidente al punto de comprometer su imparcialidad y ecuanimidad.

En suma, la tesis adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, excepto en los dos autos mencionados, que se muestran insulares, como ya se dijo, frente a la línea consolidada e inveterada –y además avalada, como se indicó en el acápite precedente, por la propia Corte Constitucional—, requiere que la actividad del agente del Ministerio Público reúna tal connotación para que configure la causal de impedimento objeto de análisis.

Menos aún se advierte que a partir de las decisiones referidas la Sala de Casación Penal haya variado su postura frente a la causal sexta de impedimento prevista en los dos estatutos procesales coexistentes en relación con participaciones de sujetos diversas a la de agente del Ministerio Público, bajo la postura, se repite, de que *“no se puede ser juez y parte en un mismo asunto judicial”*.

Por el contrario, en múltiples decisiones ulteriores de la Sala de Casación Penal se reivindica el criterio de que tal participación debe ser *“trascendental y tener capacidad de comprometer la imparcialidad del funcionario”*, como así se recabó, solo por citar algunas del año 2019, en AP533, feb. 20, Rad. 54633; AP750, feb. 27, Rad. 54729; AP844, mar. 6, Rad. 54787; AP1320, abr. 10, Rad. 54645; AP1505, abr. 30,

Rad. 55164; AP1893, may. 22, Rad. 55340; AP2720, jun. 26, Rad. 55360 y AP3289, ago. 12, Rad. 55323.

Esa misma hermenéutica, además, es la que invariablemente ha venido aplicando esta Sala Especial de Primera Instancia en sus decisiones AEP 00036, oct. 25 de 2018, Rad. 51711; AEP 00046, nov. 7 de 2018, Rad. 52953; AEP 00048, nov. 8 de 2018, Rad. 45127; AEP 00037, oct. 29 de 2018, Rad. 51532; AEP 00007 ene. 25 de 2019, Rad. 50985; AEP 00036, mar. 12 de 2019, rad. 44368; AEP 00037, mar. 12 de 2019, Rad. 45240; AEP 00051, abr. 12 de 2019, Rad. 00094; AEP 00097, ago. 28 de 2019, Rad. 47705; AEP00117, nov. 25 de 2019, Rad. 51414; AEP 000122, dic. 16 de 2019, Rad. 51087; AEP020, feb. 25 de 2020, Rad. 52384; AEP00026, oct. 17 de 2018, Rad. 37395; AEP00027, oct. 18 de 2018, Rad. 52418; AEP00021, oct. 8 de 2018, Rad. 52382; AEP00024, oct. 16 de 2018, Rad. 50103; AEP0044-2018, nov. 6 de 2018, Rad. 48965; AEP00051, nov. 134 de 2018, Rad. 49951; AEP00066, dic. 7 de 2018, Rad. 52795; AEP00039, mar. 15 de 2019, Rad. 53091; AEP00087, ago. 6 de 2019, Rad.52892 y AEP014, feb. 20 de 2020, Rad.47352.

El análisis precedente permite establecer que el doctor EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA, en uso de sus competencias y cumpliendo la función como Magistrado Ponente de la Sala de Descongestión del Tribunal de Quibdó, asumió el conocimiento del proceso seguido contra Miguel Antonio Arroyo Córdoba porque no se encontraba incurso en ninguna causal de impedimento, ya que su actividad como

Agente del Ministerio Público en la etapa de la instrucción, circunscrita a notificarse de algunas decisiones –que, como ha quedado sentado a la luz de los antecedentes jurisprudenciales reseñados, no implica actuación alguna que haya comprometido su imparcialidad o ecuanimidad— fue meramente formal, lo que descarta la conducta omisiva prevaricadora endilgada en el ámbito de la tipicidad objetiva.

Ahora, si bien se respeta el carácter dispositivo de la solicitud de preclusión, que en el caso concreto y atendiendo la fase de investigación en que se encuentra el trámite es potestad exclusiva de la Fiscalía, quien invocó la causal 4ª –por atipicidad subjetiva- del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, se advierte que concurre la causal deprecada pero por atipicidad objetiva, a cuyo amparo se accederá a la petición.

Ello, como lo tiene dicho la Sala de Casación Penal, resulta viable siempre que los elementos estructurales y los soportes materiales probatorios junto con la evidencia física presentada en la audiencia así lo habiliten.

En el caso presente, como quiera que la argumentación ofrecida por la Fiscalía y puesta en conocimiento de las partes permite que estas orienten sus posturas argumentativas, se genera un panorama dialéctico sobre el cual el fallador deberá fundar su decisión, sin que se vulneren derechos de las partes, pues esta se basa en los mismos componentes estructurales que emergen de los medios de convicción arrimados a la petición.

Por lo anterior, no es posible para esta Sala entrar a estudiar las consideraciones de la Fiscalía de primera mano, valga decir, la alegación preclusiva con fundamento en atipicidad subjetiva, ya que esta implica necesariamente haber agotado el estudio de tipicidad y todos sus elementos estructurantes, comenzando por el elemento objetivo para, luego de ello, constatar el tipo subjetivo.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, precisó en auto de 23 de febrero de 2016, Rad. 46664:

“Se entiende por [la] tipicidad (sic) la adecuación de un comportamiento a la descripción de una conducta contenida en la ley penal. Por consiguiente, para que pueda pregonarse la configuración de esta categoría jurídica resulta necesario que la identidad entre el proceder investigado y la genérica consagración del tipo sea integral, es decir, que todos los aspectos considerados en la norma concurren en la acción u omisión investigada, pues si falta cualquier elemento de los contemplados en la norma no se concreta el delito y la actuación deviene atípica.

*Ahora, la conducta debe ajustarse a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo), tales como sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento; y de otra, debe cumplir con la especie de conducta (**dolo, culpa o preterintención**) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo)”¹⁴.*

Así pues, se ocupó la Sala de la adecuación típica de la conducta en sede del tipo objetivo, la cual no fue superada, y por tanto, no se hará necesario continuar con el examen de

¹⁴ CSJ, Auto de 23 de febrero de 2016, Rad. 46664.

tipicidad de la conducta que se le enrostra, examinando el tipo subjetivo.

En tales condiciones, para la Sala resulta claro que no está llamada a prosperar la pretensión de preclusión por falta de tipicidad subjetiva, pues lo que del trámite se advierte es que el funcionario investigado no desplegó conducta omisiva prevaricadora, puesto que, partiendo de los argumentos expuestos en la audiencia de solicitud de preclusión y del recaudo probatorio aportado, lo que se logra establecer es que su conducta fue ajustada a derecho, ya que no tenía la obligación de declararse impedido en el proceso seguido contra Miguel Antonio Arroyo Córdoba, al verificar que su actuación en calidad de Ministerio Público no fue sustancial.

Por las razones expuestas, la Sala ordenará la preclusión de la indagación, por atipicidad del hecho investigado, pero por el aspecto objetivo y no, como lo solicitó la Fiscalía Segunda Delegada ante la Corte, por la falta del elemento subjetivo.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. PRECLUIR por atipicidad objetiva de la conducta la investigación que por el delito de prevaricato por

omisión adelanta la Fiscalía General de la Nación en contra del doctor EDISSON ALBERTO BOODER VALENCIA, quien actuó como Magistrado del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Quibdó, y, en consecuencia, **CESAR** con efectos de cosa juzgada la acción penal.

SEGUNDO. Una vez sobre ejecutoria la presente decisión, **ARCHÍVESE** la actuación.

TERCERO. La presente decisión queda notificada en estrados y contra ella proceden los recursos de reposición y apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado



JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado



RODRIGO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario