



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

AEP 077-2024
Radicación N.º 00841
CUI 19001600070320130051903
Aprobado mediante Acta No. 62

Bogotá, D. C., diez (10) de julio de dos mil veinticuatro
(2024)

1. ASUNTO

La Sala se pronunciará respecto de la petición de preclusión presentada por la Fiscalía Doce Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en favor del doctor ALEJANDRO FIGUEROA OJEDA, en su condición de Procurador Judicial delegado ante tribunales.

2. ANTECEDENTES FÁCTICOS

Se refieren por el Fiscal Doce Delegado ante la Corte Suprema de Justicia los siguientes hechos:

La señora Mariela Leonor Chavarriá Campo fue desplazada del municipio de Cajibío (Cauca), quien con ocasión del despojo de su predio ocurrido el 12 de julio de 2000 formuló **denuncia penal** en contra de quienes la **desplazaron** de su propiedad.

La actuación fue asignada a la **Fiscalía 58-002** delegada ante los jueces penales del circuito de Popayán radicada bajo el número **154617**, despacho que estuvo a cargo del doctor ALEJANDRO FIGUEROA OJEDA **desde el 1º de marzo de 2012 hasta el 2 de agosto de 2013**, con interrupciones por encargos del 27 de junio al 27 de julio de 2012.

Mediante oficio No **2306** de **7 de abril de 2012**, la señora Chavarriaga Campo requirió copias del expediente desde el folio 354 en adelante, que se le certificara qué fiscales habían conocido la investigación y se le informara el folio en que quedaría obrando el oficio petitorio. Igualmente informó el fallecimiento del señor Elmer Ignacio Cárdenas Trujillo, solicitando que se pidiera a la Registraduría Nacional del Estado Civil de Cajibío el acta de defunción.

Posteriormente, la misma usuaria elevó solicitud al doctor FIGUEROA OJEDA, bajo el radicado **2728** de **12 de abril de 2013**, enviado a los correos institucionales de la Fiscalía 58-02, a través del cual solicitaba la emisión de certificación en la que

constaran los nombres de los fiscales que habían actuado dentro del trámite adelantado bajo el número 154617, las fechas de sus intervenciones y la actuación surtida. Además, reclamó copia de las versiones libres o indagatorias practicadas.

La Fiscalía agregó que la señora Chavarriaga Campo adujo que no le fueron contestadas las referidas peticiones, ni expedidas las copias solicitadas a partir del folio 354, por lo que mediante oficio **2807** de **21 de mayo de 2013**, vía correo electrónico formuló **denuncia penal** radicada bajo el número 190016000703201300519, estimando que por parte del doctor FIGUEROA OJEDA se habían cometido los delitos de **prevaricato por omisión** y **ocultamiento de documento público**, añadiendo que el oficio 2306 de 7 de abril de 2012 había sido ocultado de la foliatura.

3. INTERVENCIONES EN LA AUDIENCIA DE PRECLUSIÓN

3.1. La Fiscalía

Ratifica su competencia para presentar la solicitud de preclusión, pues a pesar que el investigado al momento de los hechos denunciados desempeñaba el cargo de Fiscal Seccional, desde el 5 de septiembre del año 2016 ostenta el cargo de Procurador Judicial II.

Reclama la aplicación de las causales 4 y 6 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, por atipicidad del hecho investigado e imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia respecto de los presuntos punibles de prevaricato por omisión en concurso

heterogéneo con destrucción, supresión u ocultamiento de documento público descritos en los artículos 414 y 292 del Código Penal.

Luego de una reseña de los hechos indicados en el acápite anterior, señala que en respuesta a la orden a policía judicial emitida el 30 de mayo de 2013 se obtuvo informe de 7 de octubre de 2013, el cual da cuenta que luego de varias visitas al despacho fiscal 58-02 seccional de Popayán se obtuvo fotocopia autenticada de los oficios número 2306 del 9 de abril de 2012 y 2728 del 12 de abril de 2013, suscritos por la señora Mariela Chavarriaga Campo, los cuales se anexaron al informe, y como quiera que el doctor FIGUEROA OJEDA estuvo en el cargo hasta el 2 de agosto de 2013, puede concluirse que no hubo ningún tipo de ocultamiento de la petición 2728.

Agrega que el mismo investigado aseguró en su diligencia de interrogatorio a indiciado que “nunca recibió comunicación de parte de la oficina de asignaciones sobre la existencia de este oficio en su correo electrónico”.

Afirma el delegado que posteriormente se estableció que el oficio 2306 se recibió en el correo electrónico call.centerpopayán@fiscalía.gov.com el 19 de junio del 2012 a las 3:45 pm y en la misma fecha reenviado al correo f002.patpop@fiscalía.gov.co de la Fiscalía 58, así como la comunicación que aparentemente se le envió al doctor FIGUEROA OJEDA informándole que dicho correo se dirigió a su despacho y lo hallaría en su correo institucional.

Agrega que Lili Consuelo Ortega Plaza, sin poder precisar la fecha, afirmó haber laborado en la fiscalía regentada por el indiciado por espacio mayor a un año, indicando que esa oficina no tenía internet ni correo electrónico, sin recordar los oficios 2306 y 2728 suscritos por la señora María Leonor, enfatizando que todo lo que llegaba se le pasaba al doctor ALEJANDRO, que la carga de trabajo era voluminosa y a dicho despacho correspondían todas las investigaciones de Ley 600.

En informe de campo de 18 de junio de 2015 se señaló que *«no se encontró el oficio 2306 del 9 de abril del 2012, ni tampoco la respuesta al oficio 2728 del 12 de abril del 2013»*.

De la entrevista rendida por Lucía Janeth Montilla Sandoval el 27 de mayo de 2016, coordinadora de la oficina de asignaciones de las Fiscalía Seccional del Cauca desde 2005 hasta el 9 de julio de 2013, el delegado destaca que confirma la ausencia de telefonía e internet en la Fiscalía 58-002 en periodos de tiempo que no puede precisar, que resulta muy probable que el doctor ALEJANDRO FIGUEROA no hubiese recibido dicho correo, agregando que cuando ella deja constancia es *“solo de información de envío”*, sin que pueda asegurar haberle entregado personalmente el correo y que las llamadas para dicho fiscal se las tenían que hacer a otro despacho.

En cuanto a la entrevista de la señora Ceida González de Tovar, empleada de la oficina de asignaciones de la Fiscalía de la misma Seccional desde el año 2008 hasta marzo de 2014, refiere el delegado que la testigo afirma que por el paso del tiempo no logra rememorar lo referente al oficio 2306 de 9 de abril de 2012 y que no recuerda haberle entregado oficios de la denunciante al

doctor FIGUEROA OJEDA en ausencia de la asistente de la Fiscalía 58-002.

Henry Córdoba Idrobo como analista de sistemas de la subdirección de apoyo a la gestión de la seccional Cauca, informó que para el año 2012 en toda la sede de la Fiscalía ubicada en el Palacio de Justicia se presentaban problemas de conectividad, lo que pudo haber causado el no funcionamiento de los servicios de SPOA, SIJUF, INTRANET, SIAN y CORREO ELECTRÓNICO.

Sin embargo, aunque destaca que para el año 2013 en los equipos de comunicación se presentaban fallas, bloqueos y mal funcionamiento de la red, enfatiza que la conectividad era la necesaria para el manejo del correo institucional. Considera que dichas fallas técnicas habrían podido incidir en que el doctor ALEJANDRO no utilizara el servicio de correo institucional para recibir o enviar correos.

En la entrevista recibida a Ary Erney Gómez se indica que para la época de recepción del oficio 2306 la encargada de remitirlo era la doctora Lucía Janette Montilla, quien al parecer le comunicó al indiciado que se lo había enviado al correo institucional de la Fiscalía segunda seccional, pero que es probable que no lo haya recibido por las constantes fallas técnicas que se presentaban los correos en la recepción de los archivos.

Diana María Ramírez, asistente de la Fiscalía 58 seccional durante seis meses hasta el 30 de octubre del año 2012, confirma lo dicho por el indiciado respecto de su necesidad de acudir al despacho contiguo del fiscal Nelson Muñoz por carencia de

teléfono en el despacho a cargo del indiciado, señalando que no recuerda haber recibido en físico correos de la señora Mariela Chavarriaga.

María Inés Jiménez, asistente de la Fiscalía 58 seccional afirmó que para el año 2012 esa fiscalía no contaba con correo institucional, servicio de internet ni línea telefónica, por lo que los correos se recibían en físico. Que se tramitaban varios procesos en los que la señora Mariela era denunciante y revestían el mayor cuidado, pues ella hacía valer sus derechos, por lo que el doctor ALEJANDRO se ocupaba personalmente de los mismos.

El delegado del ente acusador trae a colación la decisión emitida dentro de esta misma actuación el 11 de febrero de 2019 por parte de esta Corporación, a través de la cual se negó la solicitud de preclusión elevada por el ente acusador en favor del doctor FIGUEROA OJEDA, respecto de los delitos de prevaricato por omisión y destrucción, supresión u ocultamiento de documento público, el primero porque no se logró acreditar que el indiciado no hubiera tenido conocimiento de las peticiones y el segundo por argumentación insuficiente y contradictoria.

La investigación prosiguió su curso, arribando a las siguientes comprobaciones:

- i) El correo de la Fiscalía 58-002 de la unidad de Ley 600 es f002patpop@fiscalia.gob.com (sic).
- ii) En la sección de las tic's de la seccional Cauca no se cuenta con registro de reportes de fallas técnicas de conectividad, ni existe este registro para otros

despachos, en cuanto a la trazabilidad de una solicitud efectuada a través de correo electrónico.

- iii) La subdirección de tecnologías de la información y las comunicaciones a nivel central, reporta que los correos electrónicos relacionados no existen en la plataforma de correo.
- iv) No se halló en el expediente el oficio 2306 de 9 de abril de 2012, ni documentos que dieran cuenta de su recibido, como tampoco respuesta alguna al mismo.
- v) Se ubicó el oficio 2728 de 12 de abril de 2013 a folios 10 y 11 de la carpeta 2 de la actuación sin respuesta alguna.
- vi) Se encontró la petición 2729 de 12 de abril de 2013 a folios 10 y 11 de la carpeta 2 de la actuación y a folio 14 de la misma una constancia suscrita por el doctor FIGUEROA en respuesta al oficio 2729.

No obstante, también resalta que el investigador Juan Carlos Vinasco García ratifica en entrevista lo que plasmó en su informe de investigador 1929739 de 8 de octubre de 2013, en el sentido de indicar que en inspección judicial realizada al expediente radicado 154617 halló los oficios 2306 de 9 de abril de 2012 y 2728 de 12 de abril de 2013 a los cuales le tomó fotocopias autenticadas que remitió al despacho fiscal.

En definitiva y para fundamentar su pedido preclusivo, el delegado del órgano persecutor advierte que se encuentra acreditado que la señora Mariela Leonor Chavarriaga Campo presentó las peticiones 2306 y 2728 dirigidas al despacho de la fiscalía 58 seccional de Popayán en la época que estaba cargo del doctor ALEJANDRO FIGUEROA OJEDA, las cuales no fueron

atendidas, no obstante predica que no se estructura el delito de prevaricato por omisión por atipicidad subjetiva.

Tal propuesta se afinsa en que la omisión enrostrada *«carece de actitud lesiva»*, pues el presunto quebrantamiento de los deberes funcionales se ubica en el campo disciplinario, enmarcándose en un supuesto actuar negligente mas no doloso, aspecto que ya fue examinado por la Comisión Seccional de Disciplina Judicial que dispuso el archivo definitivo, advirtiendo que la falta disciplinaria no existió ni a título de dolo ni de culpa.

Tampoco se pudo establecer el perjuicio, daño o lesión presuntamente causado a la señora Chavarriaga Campo con la no contestación de sus solicitudes, referidas a aspectos como el nombre de los fiscales que habían conocido el caso y durante qué periodos intervinieron, solicitudes adicionales de copias, entre otras, que para el delegado instructor *«no alcanzan la relevancia procesal para afirmar la configuración de una afectación del debido proceso o derecho de postulación»*, sobre todo si se tiene en cuenta que cuando se intentó por la Fiscalía identificar, a través de la entrevista, las afectaciones que pudo sufrir la accionante, esta se negó a rendirla.

Como quiera que a juicio del ente persecutor no se logró establecer la afectación o puesta en peligro de los derechos que como víctima le correspondían, se evidencia, como lo señala la Corte en varios fallos según cita del delegado¹, *«como corresponde a la definición del tipo básico de prevaricato, omitir, retardar, rehusar o denegar, deben ser actos realizados deliberadamente al*

¹ “Corte Suprema de Justicia, Segunda Instancia, rad. 18850, sentencia del 27 de mayo de 2003, única instancia 17337 auto del 22 de junio del 2005, Única instancia 20402 del 21 de mayo de 2007, única instancia 29022 auto del 15 de mayo de 2008, segunda instancia 33694 del 2 de diciembre del 2010, entre muchas otras”.

margen de la ley», no contando el ente acusador con elementos de prueba que sustenten en un eventual juicio oral un comportamiento deliberado, un contexto de corrupción o ánimo delictivo de parte del indiciado para menoscabar los derechos de la denunciante, agregando que la indagación llevar cerca de diez años, superando ampliamente el plazo razonable para definir la situación jurídica del funcionario investigado, sin que se haya logrado acreditar la presencia de los elementos esenciales del tipo penal subjetivo de prevaricato por omisión, por lo que tratándose de un tipo penal eminentemente doloso, depreca de esta Corporación la declaratoria de preclusión.

Seguidamente pasa a sustentar la causal de imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, aseverando que de la exhaustiva investigación realizada, conforme al principio de progresividad del proceso penal, no se ha logrado demostrar el conocimiento exigido por el tipo de prevaricato por omisión, pues los elementos recaudados indican en su gran mayoría que el doctor FIGUEROA pudo no haber conocido de las dos solicitudes presentadas por la denunciante.

Adicionalmente, el delegado señala frente al prevaricato por omisión que el 15 de abril de 2013, paralelamente se recibieron dos solicitudes, la 2728 y la 2729 de 12 de abril de 2013, obrando constancia de respuesta a la última de los mencionados suscrita por el acá indiciado, señalando que *«la investigación radicada bajo el número 201300134 fueron enviadas por la fiscalía 62 el 22 de febrero del 2013, por tratarse de hechos que se investigaban dentro del proceso 154617 y de esta forma, quedó contestado el oficio 2729.»*, de lo cual deduce que el fiscal investigado no tuvo la intención de desatender los requerimientos de la denunciante.

Destaca la importancia de la similitud de las peticiones que se exhiben en los oficios 2728 y 2729, pues en ambas se solicita certificar qué fiscales han actuado dentro del presente expediente, de qué fecha a qué fecha, qué acciones procesales han realizado dentro de ese radicado, diferenciándose en que la petición 2728 agregó se informara si se había producido una versión libre o indagatoria y en caso afirmativo copia de la misma.

En cuanto al delito de destrucción, supresión u ocultamiento de documento público, el fiscal delegado estima que la denunciante lo funda en el hecho de no haberle sido entregadas copias de la actuación procesal obrante del folio 354 en adelante.

Agrega el delegado que de acuerdo con el informe rendido por el investigador Juan Carlos Vinasco García, ratificado en entrevista, se encuentra acreditado que el oficio 2306 de 9 de abril de 2013 quedó dentro de la foliatura al momento que el doctor FIGUEROA OJEDA terminó su gestión en la Fiscalía 58 seccional de Popayán, por lo que resulta imposible desvirtuar su presunción de inocencia, reclamando así la decisión preclusiva en favor del indiciado.

3.2. Apoderado de la Fiscalía General de la Nación como presunta víctima

El apoderado de la Fiscalía General de la Nación como presunta víctima no presentó observación alguna respecto de la solicitud de preclusión.

3.3. Apoderado de la presunta víctima María Leonor Chavarriaga

El apoderado de la presunta víctima manifiesta que en este caso no debería decretarse la preclusión y en su lugar continuar la investigación, especialmente en lo concerniente al delito de prevaricato por omisión relacionado con la falta de respuesta a los derechos de petición.

Aduce que se presentaron tres derechos de petición por parte de su representada, el primero mediante el oficio 2306 y el segundo a través del oficio 2728, ambos vinculados al radicado 154617 y otro adicional dentro de diferente radicado que también estaba a cargo del mismo fiscal.

Estos hechos están respaldados en el informe FPJ11 del 11 de noviembre de 2022 elaborado por la investigadora Clara Yaneth Quimbay, quien refiere que en la actuación obran dos inspecciones judiciales previas al expediente 154617, destacando que en la primera no se hallaba el oficio 2306, mientras que en la segunda inspección sí se encontró. Esto sugiere que en algún punto el oficio 2306 fue extraído del expediente, ya que su ausencia física en una inspección implica su sustracción.

Afirma que esto podría configurar la tipicidad objetiva establecida en el artículo 292 del Código Penal. Además, se argumenta que la falta de respuesta a los derechos de petición constituye en sí misma una tipicidad objetiva del delito de prevaricato por omisión, dado que la Constitución Política impone a los funcionarios públicos el deber de responder a tales solicitudes, la omisión en responder a estas peticiones podría

interpretarse como un incumplimiento de dicho deber, lo que en este contexto podría constituir prevaricato por omisión.

Presume que el comportamiento del procesado no fue caprichoso, como exige el prevaricato por omisión en términos subjetivos. No obstante, sostiene que este aspecto debe ser objeto de debate en un eventual juicio y no debe ser considerado como motivo de preclusión. Argumenta que la investigación debe continuar y que si posteriormente se demuestra la inexistencia del aspecto subjetivo, esto podría llevar a una absolución.

En relación al último derecho de petición, donde se condicionaba la entrega de copias, señala que en ese momento ninguna norma autorizaba tal condición. Esto podría implicar una tipicidad objetiva relacionada con el posible ocultamiento de documentos al negarle a la representada el acceso a las copias sin el pago requerido. Además, el comportamiento del funcionario al no entregar las copias hasta que se realizara la consignación correspondiente también podría ser considerado como una tipicidad subjetiva, al denotar una decisión consciente.

En síntesis, argumenta que los fundamentos para proseguir con la investigación están presentes y que no se deben aplicar las causales de preclusión propuestas por el Fiscal. Concluye que los comportamientos en cuestión no son atípicos y que la presunción de inocencia puede ser refutada mediante las versiones de los testigos. Por último, sugiere que el concepto de ocultamiento contemplado en el artículo 292 podría también ser examinado bajo el artículo 454B, que se relaciona con el ocultamiento de material probatorio. Recalca que la tipicidad para decretar la

preclusión debe aplicarse de manera general a todos los elementos contemplados en el Código Penal.

3.4. Presunta víctima del proceso María Leonor Chavarriaga

La víctima hizo mención de una campaña realizada por la Fiscalía en Popayán en 2013, en la que el Magistrado Presidente del Tribunal emitió una circular dirigida a fiscales y jueces, con la directriz de restringir la entrega de copias de documentos por ella solicitados, a pesar de su amparo de pobreza. Se planteó la idea de que esta medida fue tomada con conocimiento y consenso, con la finalidad de impedirle el acceso a copias de documentos no solo en un caso particular, sino en todos los expedientes en que ella estuviera relacionada.

Agrega que en su último derecho de petición informó sobre la muerte del señor Ignacio Cárdenas [uno de sus denunciados en el radicado 154617], solicitando que se reclamara a la Registraduría la respectiva partida de defunción, actividad procesal que realizó la Fiscalía, lo que demuestra que efectivamente se recibió su petición.

Sugiere que la afirmación sobre la ocultación (sic) de documentos no hace referencia a la eliminación física de los mismos, sino a un impedimento de acceso como parte en el proceso, lo cual contraviene su derecho a obtener información acerca del estado de su expediente.

Argumentó que la persona responsable de la custodia de la carpeta de un proceso no es la secretaria, ni la encargada de

asignaciones, sino el funcionario a cargo de la investigación, cuestionando la falta de diligencia del indiciado en la búsqueda de un documento que la señora Montilla le informó había sido remitido a su correo, por lo que su deber era haberlo buscado en sus mensajes para imprimirlo, y en caso de no hallarlo acudir a la oficina de asignaciones para obtener una copia en físico y de esa manera cumplir su deber funcional.

Estima que no puede emitirse decisión preclusiva, que hace tránsito a cosa juzgada, cuando no se ha acreditado con plena certeza que no se cometieron los delitos, destacando que finalmente a ella no se le entregaron las copias solicitadas.

Finalmente, señala que el proceso ha mostrado dilación lo que puede conducir a la prescripción de la acción penal afectando de esa manera el derecho de acceso a la justicia y culmina indicando que existe la posibilidad de que se hayan cometido los delitos denunciados, por lo que resulta necesario llevar el caso a juicio para buscar certeza respecto de los delitos investigados.

3.5. La representante del Ministerio Público

El Ministerio Público considera que la Fiscalía cuenta con suficientes elementos materiales probatorios para demostrar la procedencia de la solicitud de preclusión a favor de ALEJANDRO FIGUEROA OJEDA por los delitos de prevaricato por omisión y destrucción supresión u ocultamiento de documento público, consignados en los artículos 414 y 292 del Código Penal, que presuntamente ocurrieron durante su desempeño como Fiscal 58 Seccional adscrito a la Dirección Seccional de Fiscalías de Popayán.

Adiciona que no encuentra reproche penal en el comportamiento desplegado por el señor ALEJANDRO FIGUEROA OJEDA, ya que se corroboró que debido a circunstancias ajenas a su voluntad, no tuvo conocimiento de las solicitudes presentadas por la denunciante. Además, no se ha establecido perjuicio, daño o lesión causados a la denunciante por la falta de respuesta a sus solicitudes.

Después de revisar los elementos presentados por la Fiscalía, el Ministerio Público no encuentra intención de parte del indiciado de quebrantar la ley, por lo que solicita acceder a la petición de la Fiscalía de precluir la investigación.

3.6. La defensa técnica

Reseña el profesional del derecho que los hechos por los que fue denunciado su pro hijado se concretan en la no entrega de certificados y copias a la víctima referentes al radicado 154617, reclamados por esta a través de los oficios 2306 y 2728. Sobre el particular destaca:

- i) La experiencia de los colegas indicaba al doctor FIGUEROA OJEDA que la señora Chavarriaga Campo tenía un carácter conflictivo *«y a todo el mundo denunciaba»*, por lo que se ocupaba personalmente de los procesos en que ella era parte.
- ii) En la Fiscalía 58 Seccional de Popayán no había línea telefónica, agregando que en el año 2012 no recibió llamada de la oficina de asignaciones, que todos los

correos provenientes de la señora Chavarriaga Campo eran entregados en físico y se hacían firmar los recibidos de los oficios, a los cuales daba respuesta inmediata el doctor FIGUEROA OJEDA.

- iii) Las respuestas a los oficios de la señora Chavarriaga Campo y otros usuarios eran legajados en una carpeta diferente a los procesos y resulta extraño que se hable de llamadas telefónicas para comunicar la existencia de un correo, cuando la oficina de asignaciones y la Fiscalía 58 se separan por 40 metros de distancia.
- iv) El procesado niega haber sido contactado telefónicamente para informarse de un correo de la señora Chavarriaga Campo, pues sus asistentes eran las que siempre atendían las llamadas y recibían documentos y era muy inusual que en algún momento él estuviera solo en la oficina.
- v) Hay dudas sobre si la petición de la denunciante llegó a su destino, pues a pesar que la coordinadora de la oficina de asignaciones señala que se efectuó una llamada telefónica al fiscal FIGUEROA OJEDA para informarle que el oficio llegaría a su correo, no manifiesta qué persona fue la que realizó la misma, a lo cual se agrega que el despacho de la fiscalía 58 seccional no contaba con acceso a línea telefónica.

Concluye que el indiciado jamás tuvo conocimiento del oficio 2306 y frente al 2728 destaca que lo recibió la señora Consuelo Ortega, pero nunca fueron conocidos por el doctor FIGUEROA OJEDA, por lo que al no tener conocimiento de las

tareas que debía cumplir no se presenta el delito de prevaricato omisivo por carencia de tipicidad subjetiva, pues «*no es posible concluir que el hoy indiciado no haya querido brindar respuesta a esa solicitud*».

Frente al delito de destrucción, supresión u ocultamiento de documento público señala que los expedientes en los que figura como denunciante la señora Chavarriaga Campo siempre permanecieron en los estantes de la Fiscalía 58 y jamás fueron ocultados total o parcialmente y menos aún destruidos, por lo que también se advierte la atipicidad del hecho investigado.

De otra parte considera que se ha adelantado una exhaustiva investigación sin lograr recaudar elementos materiales probatorios demostrativos de la materialidad, autoría y responsabilidad del investigado en los delitos bajo examen, por lo que debe prevalecer la garantía de presunción de inocencia, predicando la aplicación de la causal sexta de preclusión por imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, pues es constitucionalmente inadmisibles mantener a una persona vinculada a una actuación penal sin que se resuelva su imputación o su preclusión.

3.7. La defensa material

Indica que cuando se efectuaron las inspecciones judiciales en las que se alude el hallazgo de los oficios que motivaron la denuncia de la señora Chavarriaga Campo, ya no se encontraba a cargo de la Fiscalía 58 seccional de Popayán sino en la Fiscalía local que ocupaba en carrera.

Ratifica que nunca conoció el primer correo y el segundo tampoco le fue puesto en conocimiento por la señora Consuelo Ortega que había sido allegado de manera física al proceso, reclamando el decreto preclusivo a su favor.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. De la competencia

Conforme el mandato del numeral 5º del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el artículo 3º del Acto Legislativo 01 de 2018, en concordancia con el numeral 8º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, esta Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia ostenta la competencia para conocer del juzgamiento de los Procuradores delegados ante los Tribunales, cargo que ocupa el doctor FIGUEROA OJEDA desde el día 5 de septiembre de 2016.

4.2. De la preclusión

Acorde con el artículo 250 Superior, desarrollado por el artículo 200 de la codificación procesal de 2004, la Fiscalía General de la Nación está obligada a ejercitar la acción penal y a realizar las investigaciones de los hechos de los que tenga conocimiento y revistan características punibles, siempre que medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia de los mismos, pudiendo suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que la ley establece para la aplicación del principio de oportunidad.

A su vez, atendiendo que existen eventos en los que no se satisfacen las exigencias legales para presentar escrito de acusación, el legislador consagró en el título VI del libro segundo de la Ley 906 de 2004, la figura jurídica de la preclusión, según la cual, el Fiscal podrá demandar del juez de conocimiento, en cualquier etapa de la actuación², la preclusión de la acción penal, que de ser decretada dará lugar a la culminación de la actuación, decisión que produce efectos de cosa juzgada³.

En la fase de juzgamiento, podrá reclamarse por petición del ente acusador, la defensa o el Ministerio Público, ceñidos exclusivamente a las causales 1 y 3 del canon 332 adjetivo.

Esta Sala ha venido decantando la normativa que gobierna esta forma de terminación anticipada del proceso en los siguientes términos:

«Según el artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo No 003 de 2002, la Fiscalía General de la Nación tiene la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito. Sin embargo, el mismo artículo superior, en su numeral 5º, faculta a dicho órgano para solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de la investigación cuando, acorde con lo dispuesto en la ley, no hubiese mérito para acusar. Esa misma facultad aparece reiterada en el artículo 331 de la Ley 906 de 2004 y, como fue explicado en la sentencia C-591 de 2005, puede ejercitarse aún con anterioridad a la formulación de la imputación.

La fuerza de cosa juzgada que entraña la preclusión, como decisión que pone fin al ejercicio de la acción penal de manera anticipada, exige que la causal que la funda se encuentre demostrada o, lo que es igual, que

² La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-591 de 2005, por la cual fue declarada inexecutable la expresión “a partir de la formulación de imputación”-, dispuso que “en cualquier momento, el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar”, lo cual habilitó la posibilidad de formularla en la fase de indagación.

³ En la etapa de juzgamiento la petición puede ser elevada por la Fiscalía, el Ministerio Público y el defensor, pero sólo cuando se trate de las causales previstas en los numerales 1º y 3º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

respecto de la misma no haya posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo.^{4»5}

Advertida la naturaleza y alcances de la decisión, es imprescindible que el juzgador estudie cuidadosamente el material probatorio en que se funda el pedido de preclusión, a efecto de verificar que la actuación cuente con todos los medios de conocimiento que demande la investigación, para después efectuar una juiciosa valoración de los mismos y definir si se ha logrado la plena comprobación de las causales aducidas.

El artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, consagra las causales que deben acreditarse para decretar la preclusión de la investigación:

«.....

4. *Atipicidad del hecho investigado.*

6. *Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.*

.....».

Procederá esta Colegiatura a verificar si la solicitud preclusiva aporta los medios de prueba y argumentación necesarios para acreditar el conocimiento más allá de toda duda sobre la presencia de alguna de las causales invocadas⁶.

4.3. Del prevaricato por omisión

Conforme con el artículo 414 de la Ley 599 de 2000 «*El servidor público que omite, retarde, rehúse o deniegue un acto*

⁴ CSJ AP, 24 jun. 2008, rad. 29344; CSJ AP, 27 sept. 2010, rad. 34177; y CSJ AP, 24 jul. 2013, rad. 41604.

⁵ CSJ AP, 29 ene. 2020, rad. 55753.

⁶ CSJ AP, 3 feb. 2016, rad. 47138.

propio de sus funciones, incurrirá en prisión de 32 a 90 meses, multa de 13.33 a 75 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 80 meses».

La estructuración de este tipo penal exige la concurrencia de los siguientes elementos:

- (i) Sujeto activo calificado (servidor público).
- (ii) Conducta alternativa consistente en omitir, retardar, rehusar o denegar.
- (iii) Que recaigan sobre un deber constitucional o legal propio de las funciones del cargo.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre estos elementos ha indicado:

«i) El sujeto activo del delito de prevaricato por omisión es calificado, en cualquiera de sus diversas modalidades, 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».

«ii) 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».

«iii) Es condición necesaria establecer la norma legal 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»⁷.

⁷ C.S.J., Segunda Instancia 22639, Sentencia de 27 de octubre de 2004; Única Instancia 27695, auto de 26 de septiembre de 2007; Segunda Instancia 28428, sentencia de 17 de septiembre de 2008, entre otras.

Respecto a los verbos rectores de esta figura punible, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

«El supuesto de hecho objetivo de esta norma se compone de: (i) un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público; (ii) que el mismo 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 de algo; rehusar es excusar, no querer o no aceptar; y denegar es no conceder lo que se pide o solicita (CSJ AP, 27 oct 2008, rad. 26243); y (iii) que alguno de estos verbos rectores recaiga sobre algún deber jurídico -de origen constitucional o legal- que haga parte de las funciones del cargo que desempeña (CSJ AP, 21 feb 2007, rad. 24053)⁸».

A su vez, en cuanto a las formas de comisión de esta conducta, la Corporación ha señalado:

«La omisión y el retardo no son fenómenos idénticos, aunque todo retardo supone una omisión; cuando ocurre aquélla, el sujeto no hizo lo que podía y debía hacer; cuando esto acontece, el sujeto dejó de hacer lo que jurídicamente debió realizar en un momento o período dados, aunque lo hizo o pueda válidamente hacerlo con posterioridad, más allá de los límites temporales que le habían sido trazados; en la omisión el actor no cumplió definitivamente con su deber de acción, en el retardo no ejecutó el acto esperado y debido dentro del término previsto para ello, pero lo realizó más tarde, o está en condiciones de cumplirlo extemporáneamente. La omisión propiamente dicha se produce y agota en el momento mismo en que el sujeto incumplió su deber de actuar; el retardo, en cambio, comienza al expirar el término dentro del cual debió actuar y perdura mientras no cumpla con su obligación de realizar la acción esperada». (CSJ AP, 19 jun. 1984)⁹.

Se trata de un tipo penal de sujeto activo calificado, en blanco o de reenvío, de omisión propia y de conducta alternativa cuyo ámbito de protección se dirige a la administración pública.

⁸ CSJ SP3702-2019, 6 sept. 2019, rad. 53976

⁹ Criterio reiterado en las decisiones CSJ SP, 3 jul. 2013, rad. 38005; CSJ SP 5 oct. 2011, rad. 30592, CSJ SP11235-2015 y CSJ SP1316 abr. 10 de 2019, rad. 54973.

Frente al aspecto subjetivo es un tipo eminentemente doloso, que sanciona la omisión a un deber de hacer, que genera el agente obrando con pleno conocimiento y voluntad de incumplir deliberadamente los deberes propios del cargo.¹⁰

De vieja data, la Sala de Casación Penal ha sostenido que para que se estructure el delito de prevaricato por omisión no es suficiente acreditar la tipicidad objetiva, sino que resulta imprescindible la concurrencia del componente subjetivo del tipo. Al respecto señaló:

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

Evidentemente y como corresponde a la definición del tipo básico de prevaricato, omitir, retardar, rehusar o denegar, deben ser actos realizados deliberadamente al margen de la ley, esto es con violación manifiesta de ella. Por tanto, la simple demostración objetiva de la adecuación aparente del hecho en alguno de los verbos que alternativamente configuran la ilicitud, no es suficiente para pregonar su punibilidad»¹¹.

En definitiva, el delito de prevaricato omisivo se concreta en el incumplimiento de parte del servidor público, frente a un deber que legalmente le ha sido asignado. Pero para que tal incumplimiento se corresponda con las exigencias de la conducta punible, es imprescindible que el sujeto activo calificado sea consciente de su existencia y a pesar de ello decida omitir, retardar, rehusar o denegar su acatamiento.

¹⁰ Cfr. CSJ SP, 13 ago. 2014, rad. 41600.

¹¹ CSJ. AP, sentencia 27 may. 2003, rad. 18850.

4.4. De la destrucción, supresión u ocultamiento de documento público

El artículo 292 de la ley 599 de 2000 consagra este delito en los siguientes términos:

«DESTRUCCION, SUPRESION U OCULTAMIENTO DE DOCUMENTO PÚBLICO. El que destruya, suprima u oculte total o parcialmente documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Si la conducta fuere realizada por un servidor público en ejercicio de sus funciones, se impondrá prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si se tratare de documento constitutivo de pieza procesal de carácter judicial, la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad».

El bien jurídico de la fe pública representa la credibilidad que se confiere a los signos, objetos o instrumentos que constituyen medio de acreditación sobre la creación, modificación o extinción de situaciones con relevancia jurídica. Los documentos se erigen como medios a través de los cuales se prueban hechos y se viabilizan las interacciones entre los asociados.¹²

Esta figura punible demanda que el agente dolosamente destruya, suprima u oculte un documento que pueda servir como prueba, imponiendo mayor sanción si la realización del comportamiento corre por cuenta de un servidor público en ejercicio de sus funciones, así como cuando la acción recae en documento que haga parte de un proceso judicial.

¹² CSJ, SP2649-2014, 5 mar. 2014, Rad. 36337.

Sobre este delito, tiene dicho la Sala de Casación Penal que *«no apareja la destrucción o mengua del bien jurídico protegido, sino la amenaza o puesta en riesgo del mismo. Es, entonces, un delito de peligro presunto en el cual el legislador presume esa posibilidad de daño, no de peligro concreto en el cual es necesario denotar la efectiva ocurrencia de riesgo para el bien jurídico»*.

5. DEL CASO EN CONCRETO

5.2. De la atipicidad objetiva

Respecto de la causal cuarta de preclusión, consistente en la atipicidad del hecho investigado, la Sala de Casación Penal ha precisado que:

«El numeral 4º del artículo 331 (sic) de la Ley 906 de 2004, establece como causal de preclusión de la investigación, la “Atipicidad del hecho investigado”. Tal y como puede verse, la norma no distingue entre la atipicidad objetiva y la subjetiva, por lo que la interpretación literal y sistemática de dicho precepto, obliga concluir que dicho enunciado incluye ambas categorías.

*En efecto, debe recordarse que, una de las diferencias entre el archivo y la preclusión de la investigación, radica, justamente, en que el primero sólo es procedente cuando los hechos no existieron, y/o que los acontecimientos objetivamente no configuran ningún hecho punible-atipicidad objetiva-; mientras que la segunda, lleva consigo la discusión sobre aspectos subjetivos de la tipicidad».*¹³

De otro lado, sobre dicha causal preclusiva, la misma Corporación en decisión anterior había sostenido:

«La atipicidad del hecho investigado se ha entendido como la falta de adecuación del comportamiento a la descripción de un tipo previsto en la parte especial de la Ley penal, pues en el proceder cuestionado no concurren los elementos que configuran la conducta punible, es decir que el actuar humano no encuentra correspondencia plena y cabal con ningún precepto normativo previsto en el Estatuto Punitivo.

¹³ CSJ, AP368-2018, 31 ene. 2018, Rad. 51049.

La falta de adecuación de la conducta con la descripción normativa especial debe resultar de una valoración y correlación, tanto de los diferentes elementos objetivos y subjetivos previstos en la disposición, como de las consideraciones fácticas, jurídicas y probatorias que acreditan la necesidad de extinguir la acción penal por esa causal».¹⁴

En este asunto, el recaudo probatorio demuestra con claridad que la señora Mariela Chavarriaga Campo presentó ante la Fiscalía los oficios 2306 de 9 de abril de 2012 y 2728 de 12 de abril de 2013, dirigidas a la fiscalía 58 seccional de Popayán, las cuales no le fueron contestadas, afirmación que acepta la Fiscalía General de la Nación.

Tal situación genera el incumplimiento de un deber de respuesta a las peticiones que eleven los sujetos procesales e intervinientes dentro del proceso judicial, especialmente con las víctimas frente a quienes cuentan con la obligación de mantener comunicación directa, conforme lo indican los literales d) y e) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004, que consigan como derechos de estas el «ser oídas y que se les facilite el aporte de pruebas» y «recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses».

Dentro del elemento material probatorio número 19, el ente acusador aportó el oficio No 2306, que fue radicado en el *call center* de la Fiscalía de Popayán, con destino al despacho segundo seccional de la misma ciudad, en el cual la señora Mariela Leonor Chavarriaga Campo solicita:

- Copias del expediente desde el folio 354 hasta el último folio.

¹⁴ CSJ, AP5877-2017, 6 sep. 2017, Rad. 50640.

- Se certifique qué fiscales han conocido del expediente 154617 y la fechas en que han intervenido,
- Se le informe en qué folio quedó obrando su petición.
- Adicionalmente informa que el señor Helmer Ignacio Cárdenas Trujillo falleció en Cajibío el 1º de diciembre de 2911 (sic), solicitado se pida a la registraduría la correspondiente partida de defunción.

Por su parte, el elemento material probatorio número 47 da cuenta de la radicación del correo electrónico de fecha 12 de abril de 2013, dirigido al doctor ALEJANDRO FIGUEROA OJEDA, contentivo del oficio No 2728 remitido del correo electrónico leochavarriaga@gmail.com al call.centerpopayan@fiscalia.gov.co con copia al f002patpop@fiscalia.gov.co, y como asunto certificación y solicitud de copia en el cual se requiere:

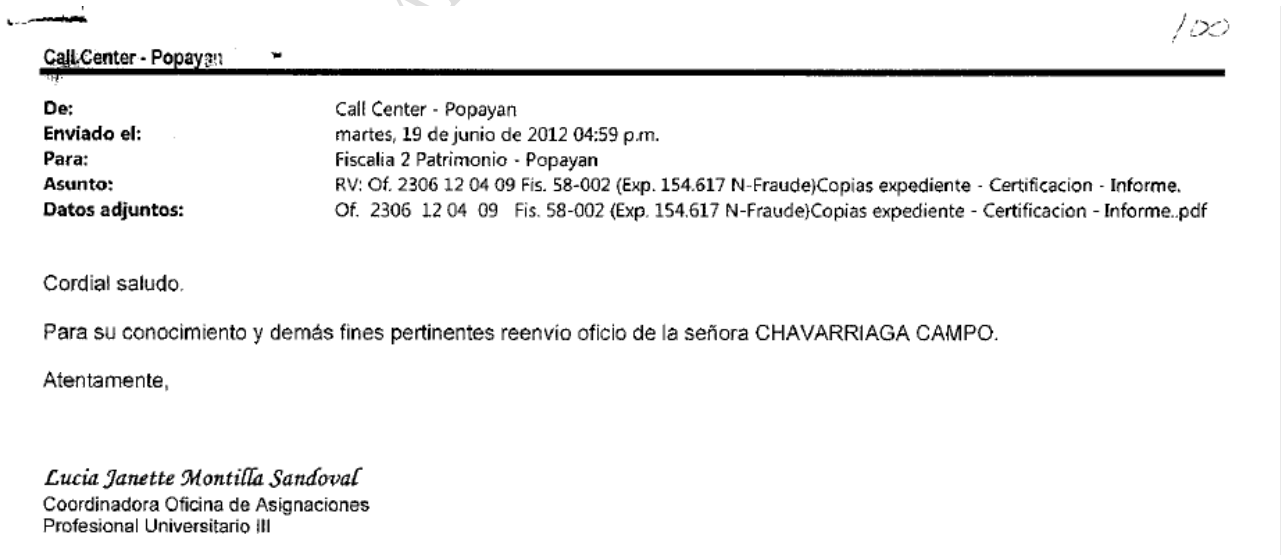
- Se sirva certificar qué fiscales han actuado dentro del presente expediente
 - a) De qué fecha a que fecha
 - b) Qué acciones procesales han realizado (los fiscales de conocimiento) dentro de este radicado.
- Si se ha producido una versión libre o indagación (indagatoria) expedir copia de la misma.

Además, se certificó que el doctor FIGUEROA OJEDA estuvo a cargo de la Fiscalía segunda seccional de Popayán del 1º de marzo al 8 de mayo de 2012; del 10 de mayo al 25 de junio de 2012; del 28 de julio al 31 de diciembre de 2012; del 1º de enero de 2013 al 30 de junio de 2013 y del 10 de julio de 2013 al 2 de agosto de 2013 (EMP No 35), periodos que albergan los tiempos

en los cuales fueron radicados los oficios petitorios en el correo de la oficina de asignaciones de la Fiscalía Seccional de Popayán con destino a la Fiscalía regentada por el indiciado.

En cuanto al oficio 2306, su radicación es confirmada por la señora Lucía Janette Montilla Sandoval en entrevista recibida el 27 de mayo de 2016 (EMP No 24), aseverando que existe la remisión de dicha solicitud al correo de la Fiscalía 58-002 seccional de Popayán, despacho que presentó fallas de comunicaciones durante un buen tiempo, sin que pueda determinar el periodo preciso, agregando que se acredita documentalmente que informó al fiscal FIGUEROA OJEDA telefónicamente la llegada del oficio 2306, certificando tal aviso a la señora Chavarriaga Campo vía correo electrónico (EMP No 19).

Dicha remisión vía correo electrónico encuentra comprobación en el elemento material probatorio No 19, como se muestra en la siguiente imagen:



De la existencia de los dos correos dentro del expediente da cuenta la primera inspección judicial realizada dentro de la

presente actuación, apenas unos meses después de la radicación del último oficio, constando en informe de 8 de diciembre de 2013 elaborado por el investigador del CTI Juan Carlos Vinasco García, que efectivamente tanto la petición con radicado 2306 de 9 de abril de 2012 como la 2728 de 12 de abril de 2013 estaban físicamente en la actuación, agregando que incluso tomó copia de las mismas, las cuales afirma haber anexado al informe de policía judicial presentado (EMP No 15).

No obstante, el indiciado asevera en su interrogatorio que no tuvo conocimiento de tales oficios y que jamás fueron recibidos en la Fiscalía a su cargo.

Dicha afirmación exculpatoria es respaldada por el ente fiscal, el agente del ministerio público y la defensa técnica, fundamentalmente refutando que la señora Montilla Sandoval coordinadora de la oficina de asignaciones de la Fiscalía Seccional del Cauca, haya entregado los mismos al despacho 58 seccional, a pesar que esta lo certificó mediante informe rendido a la señora Chavarriaga Campo, señalando que al doctor ALEJANDRO FIGUEROA OJEDA se le comunicó telefónicamente la llegada del oficio 2306 de 9 de abril de 2012 (EMP No 19).

Entre otras razones que sustentan el pedido preclusivo, se aduce que en la Fiscalía 58 seccional no había línea telefónica en el año 2012 ni funcionaba el servicio de internet y que todos los correos provenientes de la señora Chavarriaga Campo eran impresos bien en la Dirección Seccional o en la Oficina de Asignaciones y entregados en físico por la señora Ceida González al personal del despacho.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que si bien se relieves la carencia de línea telefónica en el despacho del indiciado, lo cierto es que en la fiscalía contigua sí se contaba con tal servicio [extensión 23] que según se indica podía ser utilizado por todos los miembros del despacho del doctor FIGUEROA OJEDA, incluido este, resultando perfectamente viable que la llamada informando sobre el arribo del oficio 2306 en la oficina de asignaciones y la remisión del mismo al correo electrónico de la fiscalía a cargo del indicado, se hubiera realizado a la extensión del despacho vecino o incluso al teléfono celular del indiciado, hipótesis que no fueron exploradas en la presente actuación.

Ahora bien, el hecho que según el dicho impreciso de algunos entrevistados y del mismo fiscal FIGUEROA OJEDA, los correos electrónicos presentaran fallas, sin que se especifique con precisión la época en que tales anomalías tuvieron ocurrencia ni el alcance y consecuencias de las mismas respecto de los mensajes electrónicos remitidos a dichos correos institucionales, no se corresponde con la afirmación del señor Henry Córdoba Idrobo, analista de sistemas de la subdirección de apoyo a la gestión de la seccional Cauca, quien a pesar de reconocer que para el año 2012 existían problemas de conectividad para toda la sede de la Fiscalía ubicada en el Palacio de Justicia, asegura que se contaba con la conectividad necesaria *«que permitía trabajar únicamente en sistemas misionales, como el SPOA, SIJUF, INTRANET, CIAN y además poder manejar el correo electrónico institucional únicamente, porque para los correos electrónicos comerciales sí se requería internet»*.

Es necesario resaltar que si en gracia de discusión se hubieran presentado falencias en el correo institucional de la

Fiscalía de Popayán, la señora Montilla Sandoval aclara que el oficio 2306 podría no habersele entregado personalmente al indiciado. No obstante, asevera que lo cierto es que cuando dejaba una constancia era solo de información del envío, afirmación que ratifica que la constancia por ella suscrita acredita que le comunicó al indiciado del arribo del correo de la señora Chavarriaga Campo con destino al despacho a su cargo, por lo que de ese enteramiento emanaba el deber de obtener el escrito contentivo de la petición para proceder a darle respuesta oportuna, con mayor razón si era consciente que el correo institucional podría presentar fallas y que la solicitante tenía un carácter conflictivo.

Otra forma de advertir el conocimiento que debió tener el doctor FIGUEROA OJEDA en relación con la llegada del oficio 2306 emana de la afirmación según la cual todos los escritos de la señora Chavarriaga Campo se entregaban en físico y se guardaba copia en un folder con la firma de recibido, en el que se legajaban todos los oficios, al que incluso se agregaban sus respectivas respuestas (EMP No 20). Sin embargo, a pesar que la servidora del mismo despacho 58 seccional de Popayán Lili Consuelo Ortega Plazas ofrece estas aseveraciones en entrevista de 12 de mayo de 2014, ratificando el dicho de otras deponentes en el sentido que *«Todo se recibía y se le pasaba al jefe inmediatamente en este caso al doctor ALEJANDRO para que le diera el respectivo trámite...»*, no se aportó la demostración documental correspondiente al referido folder, quedando huérfana la actuación de esta importante pieza que daría claridad respecto de la radicación y respuesta de los multicitados oficios.

Tampoco puede obviarse que el ingeniero de sistemas ARY ERNEY GÓMEZ adscrito a la oficina de asignaciones de la fiscalía seccional de Popayán y encargado de brindar soporte técnico a los sistemas de información, en entrevista rendida el 29 de mayo de 2016 (EMP No 27) indica que el funcionamiento de los correos institucionales en la Fiscalía seccional de Popayán era muy deficiente y presentaba fallas técnicas porque *«...las personas encargadas del manejo de este correo no se interesaban en el mismo como tampoco en desocupar el buzón, ya que el buzón era de muy poca capacidad, además para esa época no había tanta exigencia en el sentido que el personal debía estar atento a los correos institucionales»*.

En definitiva, las postulaciones en pro del pedido preclusivo se afincan en que los oficios no arribaron a la actuación, por lo que no nació el deber de respuesta de parte del doctor FIGUEROA OJEDA, aserto que, en atención a la naturaleza del pedido y sus efectos, reclama plena comprobación.

Sin embargo, en el estado en que se encuentra la actuación y acorde con el acervo material probatorio aportado, para la Sala tal premisa no alcanza el grado de conocimiento más allá de toda duda que permita emitir la decisión preclusiva reclamada.

Por el contrario, se encuentra acreditado que en la actividad investigativa adelantada en el presente trámite, dirigida al proceso 154617, [al cual se dirigieron las peticiones contenidas en los oficios 2306 y 2728], se ordenó a la policía judicial establecer si en los cuadernos de la actuación reposaban las peticiones radicadas por la señora Chavarriaga Campo, por lo que, en cumplimiento de dicho mandato, el señor Juan Carlos Vinasco García, miembro

del Cuerpo Técnico de Investigación, informa que después de varios días de búsqueda, el 3 de septiembre de 2013 finalmente se le facilitó la actuación, logrando ubicar y tomar fotocopia auténtica de:

«OFICIO NÚMERO 2306 DE FECHA 9 DE ABRIL DE 2012, SUSCRITO POR LA SEÑORA MARIELA LEONOR CHAVARRIAGA CAMPO, DONDE REQUERÍA EN ELVÍO DE UNA FOTOCOPIAS DE LA ACTUACIÓN, AL IGUAL QUE UNA CERTIFICACIÓN».

«OFICIO EN EL MISMO SENTIDO, DISTINGUIDO CON EL NÚMERO 2728 DE ABRIL 12 DE 2013».

En dicho informe, el servidor de policía judicial consigna que obran como anexos a su informe: i) el oficio sin número dirigido a la dirección seccional administrativa y financiera de la fiscalía, oficina de talento humano, solicitando información y ii) fotocopia autenticada de los oficios 2306 de 9 de abril de 2012 y 2728 de 12 de abril de 2013, suscritos por la denunciante señora Mariela Leonor Chavarriaga Campo.

Aunque llama la atención el hecho que casi dos años después del hallazgo de los oficios, en informe de policía judicial de 18 de junio de 2015 (EMP No. 22), el investigador del C.T.I. Cristian Dionisio Díaz Suárez reporte que realizó nueva inspección al mismo expediente contentivo del proceso 154617, indicando que «...no se encontró el oficio No. 2306 del 09 de abril de 2.012, ni tampoco la respuesta al oficio No. 2728 del 12 de abril de 2.013...», ello solo se traduce en ratificar que en efecto los oficio radicados por la señora Chavarriaga Campo en los años 2012 y 2013 no habían sido contestados pasados más de dos y tres años de su presentación respectivamente.

Lo que se advierte en la actuación es que todas las circunstancias en que se afinsa la propuesta preclusiva se apoyan en premisas que lejos están de encontrar plena comprobación de cara al no conocimiento del indiciado respecto de los oficios 2306 y 2728 en los que se concretan las peticiones elevadas por la señora Chavarriaga Campo.

Por el contrario, en relación con la entrega de los oficios radicados por la señora Chavarriaga Campo, militan elementos materiales probatorios que dan cuenta que los mismos incluso se hallaron en el encuadernamiento que conforma el expediente 154617 y que no fueron respondidos, sin que las eventuales e indeterminadas fallas en el correo electrónico de la Fiscalía a cargo del doctor ALEJANDRO FIGUEROA OJEDA o las inquietudes que emergen de una eventual comunicación telefónica con el indiciado, puedan demeritar el acreditado hallazgo dentro del proceso de los dos oficios [2306 y 2728] en los que la denunciante exigía contestación.

Este panorama nos ubica en un escenario que desvirtúa la postulación de la Fiscalía, que pretende advertir dudas sobre el arribo de las dos peticiones elevadas por la señora Chavarriaga Campo, poniendo de presente eventuales incertidumbres sobre el particular, cuando los resultados investigativos zanján claramente tales inquietudes, al establecerse por el personal investigativo que los dos oficios multicitados fueron hallados en el expediente bajo responsabilidad del indiciado, sin que hayan sido respondidos.

En tal sentido, se desvanece la certeza que se requiere como exigencia fundamental para la prosperidad de la pretensión de

preclusión, quedando tal pretensión en el plano de la especulación, en el cual mal podría la fiscalía afincar la prosperidad de su petición de desestimación de la acción penal.

Tampoco puede perderse de vista que varias versiones, entre ellas el interrogatorio del mismo indiciado, dan cuenta de la existencia de carpetas en las que se conservaban tanto «*una copia del correo como de su respuesta*», elemento de convicción con el que, como ya se indicó, se debía constatar el ingreso y contestación de todas las solicitudes que se tramitaban en la Fiscalía 58 Seccional de Popayán, sin embargo, el ente persecutor no reporta su recolección, misma que si bien no aportaría a la comprobación del ingreso de las dos solicitudes que aparecen en el expediente con radicado 154617, si contribuirían a definir si no hubo respuesta a los mismos, como lo indican la extensa investigación y el importante aporte probatorio presentado por la fiscalía y constituyen el soporte fundamental para que la corporación tome la presente decisión de no acceder al pedido preclusivo reclamado.

En tal sentido, al haber sido halladas las dos peticiones en el expediente [3 de septiembre de 2013] apenas un mes después que el indicado culminó su encargo de la Fiscalía 58 seccional de Popayán, se concluye que el fiscal a cargo de la actuación estaba en el deber de conocerlas y darles respuesta, quedando en segundo plano el amplio debate planteado en pro de la preclusión respecto de la manera en que pudieron haber sido entregadas las mismas al despacho, las eventuales fallas en el funcionamiento del internet, intranet y correo electrónico de la Fiscalía 58 seccional de Popayán, como las constancias de enteramiento al doctor FIGUEROA OJEDA, pues, se itera, permanecieron en el

expediente sin respuesta mientras el aforado estuvo al frente del citado despacho.

Es preciso destacar que los delitos de omisión se fundan en la no realización de una acción que el agente está en la obligación de ejecutar o en la inobservancia de un deber legal que le ha sido asignado, para el caso, dar respuesta a las peticiones que eleven los sujetos procesales. Con acierto, la Sala de Casación Penal ha señalado que *«la omisión no existe per se, sino sólo en la medida que preexista un mandato que obliga a una determinada acción»*¹⁵.

Concretamente, frente al caso bajo examen, no se logra acreditar lejos de toda duda que no se hayan aportado a la actuación las peticiones presentadas por la señora Chavarriaga Campo como lo pregonaba la Fiscalía. Incluso, el hecho de su hallazgo físico en el plenario evidencia que existía la obligación legal a cargo del doctor FIGUEROA OJEDA de emitir respuesta a las solicitudes que presentara la señora Chavarriaga Campo, por ser el titular del despacho fiscal en el que se adelantaba la actuación procesal 154617 que daba cuenta de su denuncia, ocupando dicho cargo entre el 1º de marzo de 2012 hasta el 2 de agosto de 2013, interregno durante el cual se presentaron las dos peticiones aludidas.

Las múltiples situaciones que esboza el ente acusador relativas a que al doctor FIGUEROA OJEDA nunca le fueron entregados los oficios en los que la denunciante elevaba sus dos solicitudes [2306 de 9 de abril de 2012 y 2728 de 12 de abril de 2013], que nunca recibió comunicación de parte de la oficina de

¹⁵ CSJ. SP025-2023, 8 feb. 2023, rad. 56218.

asignaciones de la Fiscalía respecto de la radicación de las mismas o que los correos institucionales podrían estar presentando fallas que dificultaban su consulta, no logran plena comprobación, ni desvanecen el hecho que los citados oficios fueron encontrados en el encuadernamiento, como lo advierten las actas de las inspecciones judiciales adelantadas entre los meses de julio y septiembre de 2013.

De tal circunstancia resulta forzoso concluir que al reposar dentro del expediente, se reputa debieron ser del conocimiento del fiscal indiciado durante su permanencia frente a la Fiscalía 58 seccional de Popayán, no solo por su deber de advertencia sobre los documentos que hacen parte del expediente, sino por que obran múltiples entrevistas de funcionarias de la Fiscalía en las que se afirma que al doctor FIGUEROA OJEDA se le informaba de toda la correspondencia que llegaba, en especial la proveniente de la señora Chavarriaga Campo, de los que este se encargaba de forma personal.

Bajo tales consideraciones, se estructuraba el deber legal de dar respuesta a los oficios radicados por la denunciante, mismas que no se han reportado hasta la fecha, con lo cual de manera objetiva se vislumbra el incumplimiento a la obligación legal de ofrecer respuesta a las peticiones que se elevaron desde el año 2012.

Finalmente, no resulta de recibo la afirmación del delegado fiscal, según la cual el indiciado dio respuesta a las dos peticiones al contestar el oficio número 2729 de 12 de abril de 2013, pues en realidad dicha constancia solo indica que revisada la investigación 190016000703201300134, inicialmente le fue

asignada a la fiscalía 62 a cargo de la doctora María Claudia Sendoya Milla, quien con oficio 0187-f62-02 de 22 de febrero de 2013 remite a la fiscalía 58 seccional.

Como fácil se advierte, esta no es una respuesta a los requerimientos de la denunciante que reclama se le informe qué fiscales han actuado en cada investigación, durante qué periodos, qué actuaciones han adelantado y adicionalmente en la radicación 154617 pide que se le informe si se han producido indagatorias o versiones libres y se le remita copia de las mismas.

Tampoco hace alusión a los oficios 2306 y 2728, último en el que pide como complemento las versiones o indagatorias, solo se informa de dónde proviene dicha investigación [190016000703201300134] y que se va a conexas con este radicado [154617].

Llama la atención que a pesar que el oficio 2728 fue radicado a las 11:29 am del 12 de abril de 2013 y el 2729 a las 11:31 del mismo día, se haya dado respuesta incompleta a este último [sin hacer alusión alguna al 2728] y no al que fue radicado primero [2728], sobre todo si se tiene en cuenta que el 2728 se encuentra a folios 10 y 11 del cuaderno número 2 y el 2729 está en el mismo cuaderno a folios 12 y 13, sin que el ente persecutor ofrezca explicación sobre la negativa de respuesta de aquel ni del 2306 de 2012, pregonando no obstante decisión preclusiva a esta Corporación.

5.3. De la atipicidad subjetiva

La Fiscalía esgrime que la conducta atribuida es *atípica subjetivamente*, pues en caso que se infiriera el conocimiento sobre las solicitudes de la señora Chavarriaga Campo, la omisión denunciada carecería de aptitud lesiva, encuadrando solo en el campo disciplinario por un presunto actuar negligente mas no doloso, resaltando que en tal jurisdicción se profirió decisión de archivo definitivo en favor del disciplinado doctor FIGUEROA OJEDA.

El artículo 22 de la codificación penal prescribe que la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización.

Frente al delito bajo examen, adicionalmente al componente objetivo del actuar omisivo de la persona en la que recaía el deber legal de actuar, conocedor de dicha obligación, se exige que *voluntariamente* omita, retarde, rehúse o deniegue el acto propio de sus funciones, configurando de esa manera el elemento subjetivo de la conducta punible.

Visto así, como lo ha sostenido la doctrina¹⁶, «*el dolo comporta el conocimiento (saber) y la voluntad de realización de los elementos constitutivos de la infracción penal*», concluyéndose que obra dolosamente quien sabedor que su actuar es objetivamente típico, quiere su realización. Es decir, que en el dolo confluyen dos componentes, el cognitivo intelectual que demanda tener

¹⁶ Velásquez Velásquez, Fernando: Fundamentos de derecho penal parte general, 5ª edición, Bogotá, D. C., editorial tirant lo blanch, 2020, página 388 y siguientes.

conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal y el volitivo que se traduce en proponerse su realización¹⁷.

En cuanto a la configuración de esa conducta como eminentemente dolosa, reiteradamente se 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 oficiales¹⁸.

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».¹⁹

Así las cosas, se tiene que para la estructuración del prevaricato por omisión, el servidor público debe tener conocimiento y voluntad de que con su comportamiento incumple sus deberes legales al abstenerse de realizar un acto propio de su cargo.

¹⁷ CSJ. AP1862-2016, 12 abr. 2016, rad. 46553.

¹⁸ 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.

¹⁹ CSJ SP6360-2014, 21 may. 2014, Rad. 42275.

En lo atinente al campo de la atipicidad subjetiva, el delegado de la Fiscalía ofrece como argumentación que:

- i) La eventual omisión del indiciado carece de aptitud lesiva, reduciendo su efecto sancionatorio al campo meramente disciplinario al constituir un actuar negligente mas no doloso;
- ii) No se pudo establecer el perjuicio causado a la denunciante con la no contestación de los pedimentos elevados sin que se haya generado afectación a los derechos de postulación y debido proceso;
- iii) No cuenta el ente acusador con elementos materiales probatorios que permitan consolidar en un juicio oral un comportamiento omisivo deliberado ni un contexto de corrupción o ánimo dirigido a afectar los derechos de la denunciante.

Los primeros dos aspectos destacados por el ente persecutor tratando de soportar la ausencia de dolo en la presunta omisión del doctor FIGUEROA OJEDA [aptitud lesiva y perjuicio causado] encuadran realmente en la categoría del bien jurídico constituido por la administración pública denotando la posible ausencia de antijuridicidad material, sobre el que se ha indicado: *«concepto que ha sido referido por la doctrina y la jurisprudencia de la Sala a su buen funcionamiento, a su corrección, legalidad y eficiencia en sus relaciones con los administrados, como concreción del principio general de protección y preservación de sus fines y cometidos, fijados por la Constitución y la ley.»* (CSJ, 5 oct. 2011, Rad. 30592).

La misma decisión agrega que: *«Cuando el funcionario público incumple un acto propio de sus funciones, porque lo omite, retarda, rehúsa o deniega, 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.»*

Como se pone de presente en el caso bajo examen, la actuación procesal en la cual se elevaron las peticiones no contestadas [radicado 154617] se ocupa de la denuncia formulada por la señora Mariela Leonor Chavarriaga Campo, despojada de su predio ubicado en el municipio de Cajibío (Cauca), asumiendo la calidad de víctima del presunto delito de desplazamiento forzado.

Y es en tal condición que presenta las solicitudes de copias parciales de la actuación [de la cual espera finalmente que cumplidos los trámites de rigor dispense una decisión en derecho para resolver su pretensión como desplazada], se certifiquen las actividades adelantadas por los diferentes fiscales que han conocido de la misma, en qué folio quedó radicada su petición e informando que Helmer Ignacio Cárdenas Trujillo falleció, en tanto que, al no haber recibido respuesta, un año después reitera su petición agregando en su nueva solicitud que se le informe si se ha producido una versión libre o indagatoria dentro de la actuación, misiva que tampoco le es resuelta.

Visto así, lo que se advierte objetivamente es que la usuaria de la administración de justicia no pudo ver satisfecha su demanda de información, limitando de esa manera el ejercicio de sus derechos como presunta víctima y el acceso a la justicia que

constituyen una garantía que debe brindarle el Estado, por lo que la no contestación a sus pedidos configura la omisión de un deber funcional, defraudando los legítimos intereses de conocer los avances del proceso que se ocupa de la denuncia por ella incoada y el acceso a la justicia como presunta víctima de despojo de sus bienes y desplazamiento forzado, aspectos en los que no se ofrecerán mayores disquisiciones en razón a que no se relacionan con la causal alegada ni contribuyen a su examen y decisión como lo postula el peticionario de la preclusión.

Así las cosas, no resulta de recibo el argumento según el cual no se logró establecer un perjuicio, daño o lesión a la usuaria, pues la misma no pudo enterarse si avanzaban las actividades investigativas respecto de su denuncia por desplazamiento forzado, lo cual podría haber afectado su derecho de acceso a la justicia y tampoco tendría incidencia alguna en el aspecto subjetivo reclamado como fundamento de la preclusión.

Tampoco auspicia el pedido preclusivo, el hecho que se le haya archivado la actuación disciplinaria por los mismos hechos, por cuanto, como se ha manifestado de forma reiterada, la Sala de Casación Penal de esta Corporación (CSJ AP6911, 25 nov. 2015. Rad. 46210), precisó que *«tanto la acción fiscal como la disciplinaria se diferencian claramente de la acción penal, en tanto tienen distinto objeto y naturaleza, amén que su ejercicio se adelanta por medio de procedimientos disímiles, gobernados por normas y principios propios de cada una de ellas, luego lo que se resuelva en las primeras no tiene injerencia alguna en esta última y viceversa, tal como ha sostenido pacíficamente esta Corporación²⁰»*, criterio que de manera consistente se ha mantenido, sobre todo cuando la decisión de archivo impartida en el ámbito disciplinario

²⁰ «CSJ SP, 4 mar. 2015, rad. 45099; CSJ AP, 2 abr. 2014, rad. 43011 y CSJ SP, 16 sep. 2009, rad. 31331; entre otras».

no tiene por sí misma la idoneidad para desestimar la eventual configuración de un delito y la responsabilidad penal²¹.

Además, sobre el particular, esta Sala es de la posición que las decisiones de otros funcionarios respecto de los mismos hechos a que alude el proceso penal no constituyen tema de debate en este escenario procesal, pues es labor del fallador resolver de manera autónoma e independiente el asunto sometido a su conocimiento²² con estricto apego del debido proceso²³.

Concretamente, respecto de los antecedentes y fallos disciplinarios, la Sala de Casación Penal de la Corte ha señalado:

«...no es útil para los fines del proceso, dado que la sanción disciplinaria no tiene ninguna incidencia al momento de determinar la responsabilidad penal de la procesada.

No encuentra esta Corporación cuál es el aporte real y efectivo de esa documentación al proceso, en la medida que la misma no ayuda a estructurar una certeza sobre el grado de responsabilidad penal de la procesada en los hechos que se juzgan, máxime si la acción disciplinaria se funda en presupuestos diferentes a los de la acción penal, sin que necesariamente deba haber congruencia entre lo que se decida en una u otra área, de suerte que demostrada eventualmente una responsabilidad de carácter disciplinario, ello en modo alguno implica que de manera correlativa surja la de tipo penal»²⁴.

En tal entendido, las premisas i) y ii) desarrolladas por el proponente de la solicitud de preclusión no consiguen acreditar la ausencia de dolo pregonada como fundamento de

²¹ CSJ SP, 4 mar. 2015, rad. 45099

²² CSJSP, 15 Mar. 2017, Rad. 46788, citada en CSJSP. 8 Ag. 2018, Rad. 53054.

²³ CSJSEPI, 4 Mar. 2019, AEP 00029-2019, Rad. 51630, CSJSEPI, 4 dic. 2019, AEP 00118-2019, Rad. 45127, CSJSEPI, 6 Feb. 2020, AEP 007-2020, Rad. 50647.

²⁴ CSJ AP2197-2016, 13 abr. 2016, rad. 43921.

la preclusión, pues las mismas no se adecuan a la categoría de tipicidad subjetiva que persigue.

En cuanto a la tercera premisa formulada por el delegado instructor, única que guarda relación con el aspecto subjetivo del tipo, la cual se centra en que *«no cuenta la fiscalía con elementos materiales probatorios que permitan sustentar un eventual juicio oral un comportamiento deliberado y menos de la existencia de un contexto de corrupción o ánimo delictivo dirigido a atentar contra los derechos de la denunciante por parte del doctor Figueroa»*, lo que reconoce el delegado es que no se ha encontrado la manera de acreditar el componente volitivo del indiciado de cara a la debatida omisión al deber funcional de dar respuesta a las peticiones que se le eleven.

La Sala de Casación Penal respecto del tipo subjetivo frente a la modalidad de omitir, propia del delito de prevaricato tiene dicho que:

«Las referencias que se hacen a los deberes de control y de diligencia en la atención de los procesos, como elementos indicativos del actuar doloso... no pueden ser analizados en abstracto. Es necesario examinarlos frente el caso concreto, dentro del contexto de circunstancias en las cuales se presentaron, pues unas son las previsiones legales y otras, muy distintas, las realidades a que deben enfrentarse los despachos judiciales en la tarea de administrar justicia. Un análisis de los deberes del funcionario desligado de condiciones fácticas dentro de las cuales se presentó el acto omisivo es, a no dudarlo, un argumento insuficiente para afirmar el dolo, por ausencia de premisas fácticas que le sirvan de sustento»²⁵.

En tal sentido, con miras a acreditar la atipicidad subjetiva en la omisión denunciada, le correspondía al delegado probar

²⁵ CSJ SP, 29 Sept. 2005, Rad. 23914, reiterada por la SP 2258 – 2014, 26 feb. 2014, Rad. 42775.

más allá de toda duda las circunstancias concretas que lo llevan a concluir la carencia del componente de la voluntad en la no contestación de las peticiones; no obstante, en su argumentación reconoce no estar en condiciones de demostrar la carencia de dolo, por lo que mal podría esperar que prosperara la alegada atipicidad subjetiva cuando ningún soporte esgrime en cuanto a su comprobada presencia y por el contrario, lo que aduce es no contar con elementos materiales probatorios que le permitan comprobar un comportamiento deliberado.

Si bien la Fiscalía hace gala de un importante recaudo probatorio durante la fase de indagación, que como lo deja ver en su intervención, se encamina a la pretensión de acreditar lejos de toda duda, sin conseguirlo, que el fiscal FIGUEROA OJEDA no tuvo conocimiento de los oficios radicados por la señora Chavarriaga Campo [elemento cognitivo], no evidencia la estructuración probatoria ni argumentativa para demostrar la ausencia del componente de la voluntad en la realización de los elementos constitutivos del punible de prevaricato omisivo [elemento volitivo] que conforma el tipo subjetivo, dejando a la judicatura sin insumo alguno que de lugar a definir la carencia de dolo en la omisión por la que se investiga al aforado.

El delegado simplemente se limita a admitir que no cuenta con elementos probatorios para sustentar en juicio un obrar deliberado, un escenario de corrupción o ánimo protervo encaminado a afectar los derechos de la denunciante, conclusiones que se convierten en falacias lógico racionales en que incurre el delegado, pretendiendo que la premisa corresponda con la conclusión, eludiendo la construcción argumentativa que se construye partiendo de presupuestos

debidamente aceptados para llegar, a través de una inferencia lógica, a una conclusión razonable.

Las circunstancias descritas en los dos acápite anteriores [5.1 y 5.2.], llevan a la Sala a concluir la ausencia de acreditación de la atipicidad en sus aspectos objetivo y subjetivo, denegando la preclusión invocada por la senda de la causal cuarta, pues se torna inviable verificar su estructuración.

5.4. De la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia

Adicionalmente, el instructor persigue el decreto de preclusión por imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia consagrada como causal sexta del artículo 332 de la codificación procesal de 2004.

En relación con esta, la Sala de Casación Penal indicó:

«...el ente acusador probará que realizó una investigación profunda y, a pesar de ello, no fue posible reunir los elementos demostrativos sobre la materialidad o la autoría y responsabilidad del investigado, prevaleciendo la garantía fundamental de la presunción de inocencia y el in dubio pro reo.

Ahora bien, en materia de preclusión, hay que determinar si la investigación adelantada por la Fiscalía alcanzó el estándar probatorio exigido normativamente, conforme el principio de progresividad del proceso penal. Significa lo anterior que, en etapa de indagación, la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia estará atada a que, de los elementos materiales de prueba, evidencia física e información lícitamente obtenida, se infiera razonablemente que el implicado es autor o partícipe del delito que se investiga, nivel de conocimiento imperioso para imputar [art. 287].

Si, evaluada la indagación, no se logra el grado demostrativo forzoso para que la Fiscalía acceda al siguiente estadio procesal, procederá la preclusión por el 6º motivo, dado que es constitucionalmente

inadmisible mantener a una persona vinculada a una actuación penal que no tenga forma de resolverse para imputar o para precluir por una causal diversa a la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia».²⁶

El delegado del ente instructor nuevamente aborda el examen de esta pretensión anunciando que ha realizado una exhaustiva indagación sin lograr reunir los elementos materiales que demuestren la materialidad del prevaricato omisivo y la responsabilidad penal del investigado.

Sin embargo, atendiendo que la actuación trasega por la fase de indagación, el grado de conocimiento que exige la codificación para efectos de avanzar en la actuación procesal es el de la inferencia razonable de la existencia del delito y la autoría o participación del indiciado, y ante la imposibilidad de demostrar este estándar de conocimiento es que resulta viable acudir al pedido de preclusión.

En este orden de ideas, debe señalarse que el recaudo probatorio pone en evidencia, como ya ha sido destacado de manera reiterada, que sin lugar a dudas la señora Chavarriaga Campo radicó en la oficina de asignaciones los oficios 2306 de 9 de abril de 2012 y 2728 de 12 de abril de 2013, durante el periodo en que se desempeñó el doctor FIGUEROA OJEDA como fiscal 58 Seccional de Popayán, despacho al cual iban dirigidos tales oficios, y que al margen de los debates según los cuales el funcionario pudo no haber obtenido el conocimiento de la radicación de los mismos, lo cierto es que, como lo reconoce el instructor, las peticiones fueron halladas en la actuación en desarrollo de las inspecciones judiciales realizadas por la policía

²⁶ CSJ AP2431-2019, 18. jun. 2019. Rad. 50082.

judicial [3 de septiembre de 2013 y 18 de junio de 2015], estableciéndose de esa forma el deber de conocimiento que recaía en el ahora indiciado respecto de las peticiones que reposan en las investigaciones a su cargo.

Indiscutible resulta que al ente investigador le ha sido asignada la exclusiva y excluyente titularidad de la acción penal, de tal suerte que es a sus delegados a quienes les corresponde definir si han conseguido el estándar de conocimiento requerido para solicitar la audiencia de formulación de imputación²⁷ o por el contrario encuentran acreditada plenamente una casual de preclusión, constituyendo una de ellas el hallarse ante la situación de imposibilidad de contar con los medios de conocimiento que les permitan avanzar en las fases ordinarias del proceso penal.

El ente acusador se ubica en la última opción, adquiriendo la carga de acreditar que se ha asumido una investigación concienzuda y sólida que ubica el estado de la misma en la imposibilidad de acreditar en grado de inferencia razonable la materialidad del delito y la autoría o participación en cabeza del investigado.

Revisada la actuación a la luz de los medios de conocimiento aportados, lo que se advierte es que los resultados investigativos han dado cuenta con suficiencia del deber de contestación que podría haber radicado en cabeza del hoy aforado, aspecto sobre el cual el delegado cierne una duda insalvable.

²⁷ CSJ AP2431-2019, 19. abr. 2023. Rad. 51628.

Llamativo resulta que en varios apartes de su argumentación afirme que es innegable que los oficios no respondidos reposaban en el plenario a cargo del indiciado, y a la vez sostenga que pudieron no haber sido conocidas por este, cuando en realidad es irrefutable que las peticiones fueron aportadas y halladas en el expediente, de donde emerge el deber de advertencia para el indiciado del material que obra en la actuación y la consecuente obligación de dar respuesta a las solicitudes que le sean elevadas.

Sin embargo, de cara a la argumentación ofrecida por el delegado, no hace uso de un análisis probatorio que conduzca a sustentar las circunstancias que llevan a considerar que se presentan dudas que resulten insalvables frente a las categorías de acreditación de la omisión al deber de respuesta a los dos oficios multicitados y la autoría en cabeza del indiciado, lo que deviene en la negativa de su pretensión preclusiva.

De lo anterior se concluye válidamente que el delegado del ente requirente no cumplió con el principio de acreditación, según el cual, como ya se indicó, quien solicita la preclusión tiene el inexcusable deber de precisar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya, por consiguiente, no hay lugar a decretar la preclusión de la acción penal por él pretendida.

5.5. Sobre la petición de preclusión por la presunta conducta punible de destrucción, supresión u ocultamiento de documento público

Frente a esta predicada conducta punible, la Fiscalía no plantea adecuadamente los hechos que podrían dar lugar a su posible estructuración.

No define en su intervención bajo qué modalidad estima pudo ser cometido el reato, lo que obliga a analizar la eventual destrucción, supresión u ocultamiento, de cara a los dos oficios que presentara la señora Chavarriaga Campo, quien es la que en su denuncia se ocupa de indicar que respecto de la situación bajo examen tiene ocurrencia el punible consagrado en el artículo 292 del estatuto de penas.

Al respecto, el delegado fiscal, [en contravía de la postura que ha sostenido para procurar la decisión de preclusión por el presunto reato de prevaricato por omisión], parte de la afirmación según la cual:

Premisa 1. «nunca se evidenció el ocultamiento de la foliatura subsiguiente» [aludiendo a la actuación siguiente al folio 354],

Premisa 2. «quedó demostrado en el informe de investigador de campo 1929739 del 7 de octubre de 2013, que, realizada la inspección judicial al radicado 754317 del 3 de septiembre de 2013, se logró obtener copias auténticas de los oficios 2306 del 9 de abril de 2012 y 2728 del 12 de abril de 2013 las cuales se aportaron a dicho informe» y que se mantenían en la foliatura hasta el mes de agosto de 2013, momento en que estuvo el indiciado a cargo de la Fiscalía 58 seccional.

De estos hechos indicadores, el delegado asevera, sin rigor alguno, que:

Conclusión. «motivo por el cual es imposible desvirtuar su presunción de inocencia», razón por la que solicita de esta Corporación se decrete la preclusión en favor del indiciado.

Una construcción argumentativa como la planteada vulnera las reglas de la sana crítica.

Inicialmente se trasgrede el *principio de razón suficiente*, en atención a que los presupuestos que sustentan la conclusión no solo resultan insuficientes sino que no se advierte la relación lógica de estos con la conclusión que se pretende dar por acreditada, pues si bien es cierto que a través del informe de policía judicial rendido el 7 de octubre de 2013 (EMP No 15), se afirma que el 3 de septiembre de 2013 se encontraban en la actuación los oficios 2306 de 9 de abril de 2012 y 2728 de 12 de abril de 2013, de tal aserto se concluye que resulta imposible desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, cuando lo que se le enrostra por la presunta víctima en el radicado 154617 a cargo del ahora aforado es que como fiscal responsable de la actuación se negó a dar respuesta a su primera solicitud, consistente en expedirle copias de la actuación surtida a partir del folio 354, indicarle qué fiscales habían actuado dentro del expediente y en qué periodos de tiempo; así como a la segunda, que le reiteraba certificar qué fiscales y en qué fechas habían actuado en el radicado en que fungía como denunciante y si se había producido alguna versión libre o indagatoria, solicitado copia de la misma, omisión con la cual no solo le impidieron el acceso al expediente sino que le ocultaron los documentos reclamados.

De lo anterior se advierte con claridad que no se establece en la argumentación ofrecida por el delegado ante esta corporación, el nexo entre las premisas que postula y la conclusión según la cual no resulta viable desvirtuar la presunción de inocencia. De esta forma, como lo indica la Sala de Casación, el principio de razón suficiente se viola cuando el argumento no se basta para justificar determinada conclusión.²⁸

Se patentiza la trasgresión al *principio de no contradicción*, pues mientras para sustentar la preclusión por el presunto reato de prevaricato omisivo se afinca en la afirmación según la cual el indiciado no conoció el contenido de los oficios 2306 y 2728, o no se puede establecer que tuvo conocimiento de los oficios, con el nivel de certeza que se requiere para «**imputar responsabilidad**», a la vez asegura, para demandar preclusión por el delito consagrado en el artículo 292 sustantivo penal, que los citados oficios se encontraban en el expediente hasta el momento que el acá indicado estuvo a cargo de la Fiscalía 58 Seccional de Popayán.

Adicionalmente, no indica razón alguna para explicar por qué a pesar de afirmar que las dos solicitudes permanecieron en el expediente, el doctor FIGUEROA OJEDA pudo no tener conocimiento de las mismas, cuando se encuentra demostrado que las peticiones estuvieron en el proceso cuando el ahora aforado regentaba la Fiscalía 58 Seccional de la capital del Cauca, a pesar de que su deber es estar al tanto de los procesos y de las peticiones que se elevan a su interior y, para el caso en concreto, dar respuesta a las mismas y permitir que la solicitante tuviera

²⁸ CSJ SP 26. oct. 2011. Rad. 34491.

conocimiento del expediente y de las autoridades que habían conocido su trámite.

Siendo así y partiendo de que en efecto está acreditado y aceptado por la Fiscalía que los dos oficios petitorios se encontraban en el expediente, mismo que estuvo a cargo del indiciado, no logra el delegado del ente persecutor explicar las razones que lo llevan a concluir que *«el conocimiento que pudo o no tener el doctor Figueroa no se pudo establecer con el nivel de certeza que se requiere para imputar responsabilidad por dicho hecho»*.

De esa omisión de respuesta y entrega de piezas procesales es que emergen los hechos que constituyen la denuncia instaurada contra el aforado y el fundamento de la investigación, de los cuales el delegado fiscal preliminarmente decide optar por las calificaciones de prevaricato por omisión y destrucción, supresión u ocultamiento de documento público.

Tampoco ofreció el peticionario de la preclusión argumentación plausible que permita sustentar que nos encontramos ante la atipicidad (objetiva y subjetiva), ni que resulte imposible desvirtuar la presunción de inocencia, pues lo que se evidencia del material probatorio aportado es que existía el deber de contestar los oficios que se mantuvieron en el proceso mientras el doctor FIGUEROA OJEDA se desempeñó como Fiscal 58 Seccional de Popayán, expedir las copias y suministrar la información solicitada por la señora Chavarriaga Campo.

La fiscalía no se ocupó de acreditar situaciones que dieran lugar a concluir que en efecto el indiciado estuvo en imposibilidad

de conocer el contenido de los escritos que hicieron parte del expediente bajo el radicado 154617 y de esa manera advertir admisible su omisión de respuesta y pretende solventar dicha falencia argumentativa con innumerables medios de prueba que logran el objetivo contrario, esto es, ratificar que efectivamente las peticiones no resueltas hacían parte de la actuación y por ende irrefutable emerge su deber de responderlas.

Ubicados en la primera variable, de acuerdo con la realidad procesal, lo que debe advertirse es que no resulta posible el decreto de preclusión reclamado, atendiendo que los medios de conocimiento que aportó como soporte de la pretensión de la Fiscalía no ilustran más allá de duda que el doctor FIGUEROA OJEDA como fiscal 58 seccional de Popayán no haya tenido conocimiento de la radicación de las peticiones de la señora Chavarriaga Campo, lo cual ya ha sido consignado con amplitud en esta decisión, como tampoco que la omisión del aforado se ubica dentro de los presupuestos de la atipicidad subjetiva.

Al respecto nuestro órgano de cierre en lo penal ha sostenido:

«Así, en cuanto se relaciona con la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta del caso recordar que la finalidad del procedimiento penal es reconocer y establecer una verdad jurídica, a la cual es factible acceder mediante el análisis y ponderación de las pruebas, elementos materiales probatorios o evidencia física que legal, regular y oportunamente se aportan al proceso, motivo por el cual el Estatuto Procesal Penal dispone que las decisiones judiciales deben adoptarse con fundamento en las pruebas allegadas.

Dicha exigencia opera igualmente en lo referente al instituto de la preclusión de la investigación, por lo que se torna en requisito indispensable acompañar los elementos materiales de prueba o evidencia física necesarios para demostrar la configuración de la causal alegada, eventualidad que sin lugar a dudas no se satisface con la simple versión

*de los hechos suministrada por el indiciado, sino acompañando los medios de prueba que corroboran su configuración fáctico-jurídica con categoría de certeza».*²⁹

De allí que, conforme lo regula la codificación procesal de 2004³⁰, el órgano investigador debe sustentar la causal de preclusión que invoca, indicando los elementos materiales probatorios que la fundamentan, sin perder de vista que la finalidad del proceso penal es lograr establecer los hechos relevantes a través de un recaudo riguroso de los medios de prueba que permitan al funcionario judicial emitir un fallo en derecho, soportado en un examen juicioso del acervo recolectado.

Excepcionalmente, cuando se acude a la causal de imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta imprescindible que se haya agotado la recolección de los medios de prueba, sin haber conseguido estructurar los presupuestos que dan lugar al establecimiento de todas las circunstancias del hecho investigado, de manera que si adelantada una juiciosa labor de investigación sin que se logre rebatir la presunción de inocencia, forzoso resulta emitir decisión de preclusión de la investigación.

Para lograr este cometido de orden subjetivo, desde el aspecto probatorio la Fiscalía se limitó a destacar que militan elementos de prueba que indican que el doctor FIGUEROA OJEDA *«pudo no tener conocimiento de las dos solicitudes presentadas por el denunciante»*, de los cuales ya se ha dado cuenta en la presente decisión, y que a juicio de esta Corporación no permiten arribar a la certeza demandada para llamar a prosperar la causal de atipicidad desde su arista objetiva e incluso que se retoman brevemente en este análisis respecto de la solicitud de preclusión por la presunta

²⁹ CSJ SP, 6 Dic. 2012, Rad. 38709.

³⁰ Artículo 333 inciso 2º de la Ley 906 de 2004.

conducta punible de destrucción, supresión u ocultamiento de documento público, pues en este escenario el fiscal afirma que en efecto los oficios sí reposaban en el plenario y el aforado evidenció su existencia.

El despliegue probatorio se reduce a este aspecto objetivo, sin que el delegado fiscal haga uso de elementos de convicción que den soporte a su tesis de atipicidad subjetiva, para concluir que no es ni será posible recaudar prueba para acreditar este componente de la conducta punible de prevaricato por omisión, razón que conlleva a que la Sala no acceda a su pedido.

Y es que una conclusión sobre el elemento de la voluntad del investigado debe ser respaldada por un recaudo probatorio que permita al fallador llegar al grado de conocimiento que de lugar a su prosperidad, al concluir con certeza que las probanzas aportadas son suficientes para acreditar la ausencia de dolo o la imposibilidad de su comprobación.

Limitarse a indicar que *«no cuenta la fiscalía con elementos materiales probatorios que permitan sustentar un eventual juicio oral un comportamiento deliberado y menos de la existencia de un contexto de corrupción o ánimo delictivo dirigido a atentar contra los derechos de la denunciante por parte del doctor Figueroa»* sin ofrecer un análisis del recaudo de los medios de convicción que obtuvo sobre el componente subjetivo del dolo que dieron paso a tal proposición, conduce a su desestimación por parte de la Corporación.

Así las cosas, la Sala advierte que en el presente asunto la solicitud no satisface las exigencias legales y jurisprudenciales

señaladas en esta providencia, habida cuenta que no se encuentran fundamentados los elementos fácticos y jurídicos que den lugar a la comprobación suficiente de las causales invocadas que permitan emitir decisión de preclusión de la acción penal, razón por la cual se desestima la solicitud elevada por el Fiscal doce delegado ante esta Corporación.

6. De los recursos

De acuerdo con lo estipulado por el artículo 334 de la Ley 906 de 2004, la decisión de preclusión de una investigación conlleva a la extinción de la persecución penal en contra del imputado por los hechos en cuestión y puede ser objeto de impugnación en virtud de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 176 de la misma normativa. Este último artículo establece que, excluyendo la sentencia, el recurso de reposición es procedente para todas las decisiones. Dicho criterio se fundamenta en la interpretación jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que considera que el auto que define la preclusión tiene naturaleza interlocutoria.

En consonancia, el artículo 3º del Acto Legislativo No. 01 de 2018, enmienda al artículo 235 de la Constitución Política, delineó como competencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la resolución de los recursos de apelación presentados contra las decisiones emanadas de la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Esta disposición atribuye a la mencionada Corporación el ejercicio de la segunda instancia a través de la apelación de cualquier tipo de sentencias y decisiones

interlocutorias proferidas por la Corte en los juicios bajo su jurisdicción.

Dentro de este contexto normativo, la presente determinación puede ser objeto de los recursos de reposición y apelación.

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

RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR la preclusión de la acción penal que por los delitos de prevaricato por omisión y destrucción, supresión u ocultamiento de documento público adelanta la Fiscalía Doce Delegada ante la Corte Suprema de Justicia en contra del doctor ALEJANDRO FIGUEROA OJEDA.

SEGUNDO.- NOTIFICAR en estrados esta decisión, y ADVERTIR que contra ella proceden los recursos de ley.

TERCERO.- DEVOLVER la actuación a la Fiscalía Doce Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, junto con sus anexos, para que prosiga con la investigación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado

RODRIGO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario

SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA 2024