

Proceso No 23720

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Aprobado Acta N° 200

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil siete (2007).

VISTOS

La Corte resuelve el recurso ordinario de apelación interpuesto por el condenado y su defensor, en contra de la sentencia proferida el 16 de marzo de 2005 por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual condenó al Dr. ROBERTO ALFONSO JIMÉNEZ MÉNDEZ, en su calidad de Fiscal Ciento Uno Seccional de la Unidad de delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico de esta ciudad, por el delito de prevaricato por acción.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En su calidad de Fiscal Ciento Uno Seccional de esta ciudad, al Dr. ROBERTO ALFONSO JIMÉNEZ MÉNDEZ le correspondió adelantar la investigación por hechos ocurridos el día 9 de agosto del año 2000, donde fue retenido por la Policía Nacional el señor José Arturo Velásquez Ortiz en la vía que de Bogotá conduce a Villavicencio, cuando conducía un vehículo carro tanque de placas CNC- 285 que transportaba 2800 galones de gasolina sin la autorización de la autoridad competente.

El mencionado combustible según palabras del retenido provenía de la sociedad denominada COMERCOMB LTDA, lugar donde fue encontrada también una tractomula con 11800 galones de gasolina, que al verificar el contenido del tanque y practicar las primeras pruebas por parte de técnicos de ECOPETROL dio como resultado un combustible no autorizado por el Instituto Nacional de Petróleo.

Fue entonces capturado y puesto disposición de la Fiscalía 330 Local tanto el conductor como los vehículos distinguidos con placas SNC-285 y SUA-752, órgano judicial que profiere resolución de apertura de instrucción en contra de José Arturo Velásquez Ortiz y decreta la práctica de pruebas.

El 11 de agosto del año 2000 el Coordinador de la Oficina de Asignaciones Seccionales la reparte a la Fiscalía 101 Seccional de la Unidad Segunda de delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico estas preliminares, la que avoca el conocimiento de la investigación y decreta pruebas, entre ellas la designación de un perito químico del CTI para que estableciera con exactitud de qué sustancia se trataba.

También se ordenó la práctica de inspección judicial a la compañía COMERCOMB LTDA, se recibieron declaraciones y consecuentemente se definió la situación jurídica de Velásquez Ortiz el día 15 de agosto del año 2000, donde se abstuvo de imponer medida de aseguramiento y dispuso su libertad inmediata.

El 13 de septiembre del año 2000, se expide resolución interlocutoria mediante la cual se precluye la instrucción a favor de José Arturo Velásquez Ortiz, de conformidad con lo previsto en el artículo 36 (hoy 39) del Código de Procedimiento Penal, disponiéndose la entrega inmediata y en forma definitiva de los vehículos y el combustible.

Como no estuviera de acuerdo con la actuación antes mencionada el agente del Ministerio Público Dr. Roberto Gutiérrez Rondón, envía informe a la Jefe de la Unidad Segunda Delitos contra la Fe Pública y Patrimonio Económico de la ciudad de Bogotá para

que se investigue penal y disciplinariamente el comportamiento irregular del Fiscal 101 Dr. ROBERTO ALFONSO JIMENEZ MENDEZ en las investigaciones de los expedientes números 549077 y 50469, ambos sobre gasolina y derivados del petróleo.

La fiscal jefe remitió la respectiva denuncia a la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, correspondiéndole la investigación a la Fiscalía 20 Delegada ante dicho Tribunal, quien inicialmente precluye la instrucción el día 26 de diciembre de 2003, decisión contra la cual se interpone el recurso de apelación por el agente del Ministerio Público, que finalmente resuelve la Fiscalía Delegada ante esta Corporación el 23 de marzo de 2004 revocando la decisión, y acusando por el delito de prevaricato por acción.

SENTENCIA RECURRIDA

Proferida el 16 de marzo de 2005 la sentencia recurrida, se ocupa de relacionar en primer lugar la actuación procesal que se llevó a cabo por parte del Dr. ROBERTO ALFONSO JIMÉNEZ MÉNDEZ en el proceso penal que se seguía en contra de José Arturo Velásquez Ortiz, y luego pasa a relatar los antecedentes del proceso que se inició en contra del ex Fiscal 101 y a realizar el análisis de la responsabilidad penal que le es atribuida.

Advierte el Tribunal que el problema debatido es básicamente procesal y los cargos enrostrados tienen relación con las determinaciones adoptadas dentro del proceso, las cuales para estos efectos se tornan en pruebas de comportamiento en relación con la resolución de preclusión proferida a la luz del artículo 36 del decreto 2700 de 1991, hoy artículo 39 de la ley 600 de 2000.

Considera el fallador a quo que la providencia proferida contradice los preceptos aplicables en la materia, por cuanto el Fiscal desnaturaliza los hechos que mediante pruebas idóneas se habían acreditado en el proceso, contando el expediente con

indicios que llevan a cuestionar la procedencia ilícita de la gasolina, a más de que las guías y/o facturas no habían sido expedidas conforme al decreto 300 de 1993, aspectos que fueron omitidos vislumbrándose un posible comportamiento que vulnera el bien de la Administración Pública jurídicamente tutelado por el legislador.

Inexplicable resultó entonces el hecho de contar con los medios de convicción que le permitían inferir que la gasolina y las guías de transporte eran de procedencia ilícita, despreocupándose el funcionario de su deber y sin un verdadero sustento jurídico – probatorio cerró las puertas de la investigación.

Además como elementos de juicio avizoró que de manera parcializada y contrariando las reglas de la sana crítica dio credibilidad al dicho de quien tenía interés en las resultados del proceso, dejando de lado la prueba técnica practicada sobre el combustible y que indicaba su origen ilícito, así como también que las facturas de adquisición habían sido objetadas por no reunir los presupuestos del Decreto 300 de 1993, aspectos éstos que debieron profundizarse.

Con este recuento probatorio, el Tribunal estima que de manera inobjetable la preclusión decretada por el fiscal acusado es abierta y claramente contraria al ordenamiento penal y no obedece por ningún motivo al simple error o una desafortunada interpretación, por el contrario muestra una clara intención de apartarse del ordenamiento legal.

Acorde con lo anotado, se sentenció al acusado como responsable del delito de prevaricato por acción, siendo condenado a la pena principal de cuarenta y ocho meses de prisión y multa equivalente a sesenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión, concediéndole como sustitutiva de la sanción principal la prisión domiciliaria garantizada mediante caución prendaria.

LA APELACIÓN

El procesado en forma oportuna presenta los argumentos para sustentar el recurso de apelación iniciando por advertir que no es cierto que la guía que llevaba el sindicado Velásquez Ortiz fuese expedida por una autoridad que no se encontraba autorizada, pues no se demostró esta circunstancia ya que el informe del capitán de la policía no era prueba válida, considerando que para agosto del año 2000 los informes de la policía judicial carecían de valor probatorio y sólo eran fuente de información para desarrollar la actividad investigativa del Fiscal como un derrotero orientador de su labor.

Precisa entonces no existió medio probatorio indicativo que la guía portada por el implicado no hubiese sido expedida por las autoridades competentes, contrario sensu, el representante legal de la empresa "COMERCOMB LTDA" ratificó que era auténtica, como igualmente lo eran las facturas de venta que también portaba el conductor.

Con relación a lo puntualizado por el sentenciador de primer grado que tiene que ver con la competencia, argumenta que la misma no sólo fue aceptada por él, sino igualmente por la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, la Fiscal Jefe Coordinadora de la Unidad Segunda de Delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico, el Agente del Ministerio Público Delegado y por todos los sujetos procesales intervinientes en el proceso; además que la Fiscal de la U.R.I. avocó el caso inicialmente realizando la calificación provisional de los hechos como falsedad material de particular, tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos, supuestos punibles por los que la funcionaria antes mencionada indagó, coligiéndose por lo tanto que se gozaba de la competencia para resolver el asunto.

Se trató de un error común y colectivo, que excluye cualquier actuación maliciosa y menos dolosa del suscrito para asumir la instrucción y calificación, a parte de que la investigación no es de competencia de los Jueces Regionales -hoy Especializados- de acuerdo a la norma procedimental.

Ataca la manera como el Tribunal analiza y valora la prueba, afirmando que acorde a la ley procesal y principios generales atinentes al estudio y valoración del acervo probatorio en el proceso penal, rige el principio de la libre e íntima apreciación probatoria, avalada en elementos objetivos de convicción obrantes en el proceso, análisis que mientras no contradiga ostensiblemente lo que evidenciarían los medios probatorios allegados, deben respetarse.

El defensor por su parte, explica que la conducta de su defendido se debe juzgar de acuerdo a la situación que procesalmente se presentó al momento de tomarse la decisión, la cual fue proyectada por el señor Rafael Nieto Medina técnico judicial del Despacho del Fiscal 101 quien de acuerdo con el Manual de funciones tenía a cargo esta labor, con más de dieciséis años de experiencia en la misma actividad como funcionario de dicha institución.

Señala que él técnico del Despacho no tenía conocimiento sobre la falta de competencia para conocer del asunto toda vez que el proceso fue remitido por la Fiscalía 330 Local, para que se investigara la falsedad de las guías que amparaban el transporte de gasolina, pues allí habían llegado inicialmente las diligencias por el presunto delito de hurto, ente judicial que al analizar el asunto decidió enviarlo a la oficina de asignaciones para que se repartiera a una Unidad de Fe Pública por considerar que debía investigarse el delito de falsedad.

Afirma que como quiera las diligencias venían con preso, se procedió a darle el trámite legal, a practicar pruebas en el término de la distancia con el fin de no violar ningún principio constitucional y más aún cuando estaba de por medio el derecho a la libertad.

Insiste que su defendido no desplegó el comportamiento típico con la voluntad consciente de infringir la ley a título de dolo, para el momento de los acontecimientos.

Lo cierto es que el error de la competencia fue cometido no solo por el Fiscal 101

Seccional, sino por la Coordinadora de la Unidad y el Agente del Ministerio Público, sujeto procesal que inicia la acción en contra de su defendido, a pesar de haberse notificado de la situación jurídica y haber guardado silencio.

Considera la defensa que pudo existir una interpretación errónea en el momento de valorar las pruebas debido a la inexperiencia, pero ello no quiere decir que sea un delincuente, es decir, que a sabiendas violó las normas actuando con premeditación, apartándose del ordenamiento jurídico para proferir una resolución de preclusión de investigación manifiestamente contraria al mismo.

Por ende estima, la responsabilidad es subjetiva y en ningún caso puede ser objetiva, o sea que el agente como titular del Despacho requería necesariamente querer cometer la conducta contraria a la ley, siendo un acto conciente a título de dolo, lo que no se presentó en el caso concreto, pues el sentenciado no quería emitir una resolución manifiestamente contraria a la legislación penal, menos en estos eventos de falta de claridad sobre la norma aplicable y que por la naturaleza interpretativa del asunto no puede hablarse de una violación manifiesta al orden jurídico establecido.

Explica que el dolo debe irrigar toda la conducta en el delito y en el caso del prevaricato esta constituido por la conciencia del proceder arbitrario del funcionario, por ende si no se acredita plenamente esta intención de obrar contrario a derecho, el delito desaparece.

Para finalizar solicita se dicte sentencia absolutoria a favor del Dr. ROBERTO ALFONSO JIMÉNEZ MÉNDEZ, pues las pruebas recaudadas no muestran la certeza para predicar su responsabilidad y por el contrario se demuestra la convicción de creer estar obrando bien.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Conforme lo establecido en el numeral 3° del artículo 75 del Código de Procedimiento

Penal (Ley 600 de 2000), compete a esta Sala resolver las apelaciones interpuestas en los procesos que conocen en primera instancia las Salas de Decisión Penal de Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

En consecuencia, la Corte evaluará el estudio objeto de la impugnación y los aspectos estrictamente ligados a ella¹, y emitirá el pronunciamiento que en derecho corresponda sobre el recurso presentado por el defensor y el implicado ROBERTO ALFONSO JIMÉNEZ MÉNDEZ.

El defensor y ex Fiscal 101 Seccional de la Unidad de delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico, aspiran a que la Sala revoque la sentencia condenatoria, aduciendo que no existe prueba válida e idónea de naturaleza directa o indirecta, de carácter indiciario que justifique fundadamente un fallo adverso a sus intereses, además las pruebas recaudadas no muestran la certeza para predicar su responsabilidad si no la convicción de estar obrando bien aunque cometió errores involuntarios.

Teniendo en cuenta los fundamentos de impugnación, es necesario auscultar si lo decidido por el acusado en la investigación que adelantaba contra José Arturo Velásquez Ortiz contraría ostensiblemente la ley, si se cumplen o no los presupuestos objetivos disciplinados en el artículo 399 del Código Instrumental Penal, que facultan en un plano material la emisión del auto de preclusión del mérito instructivo.

En efecto, el artículo 399 del estatuto procesal penal señala: “Se decretará la preclusión de la investigación en los mismos eventos previstos para dictar cesación de procedimiento.

En caso de que el cierre de investigación se haya producido por vencimiento del término de instrucción o por imposibilidad de recaudar o practicar pruebas, la duda se resolverá a favor del procesado”.

Por su parte el canon 39 del Estatuto Adjetivo Penal prescribe sobre la cesación de procedimiento preceptúa que: “Preclusión de la investigación y cesación de procedimiento. En cualquier momento de la investigación en que aparezca demostrado que la conducta no ha existido, o que el sindicado no la ha cometido, o que es atípica, o que está demostrada una causal excluyente de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse, el Fiscal General de la Nación o su delegado declarará precluida la investigación penal mediante providencia interlocutoria...”, circunstancias que no se presentaban para el momento de la emisión de la preclusión, pues la conducta no era atípica, tampoco estaba demostrada una causal excluyente de responsabilidad, la acción no estaba prescrita, ni estaba acreditado que el sindicado no la había cometido, o que la conducta no había existido, y sin embargo se adoptó una decisión como si ello hubiese acontecido,

Vista la actuación del funcionario instructor -hoy condenado-, de una vez habrá de señalar la Sala que la decisión proferida por el Tribunal Superior de Bogotá se encuentra ajustada a derecho, acorde con el acervo probatorio presente en el proceso y por lo tanto será confirmada.

Es claro en el legajo judicial que el ex Fiscal 101 avoca el conocimiento del proceso contra el señor Velásquez Ortiz, quien debería ser investigado por la ilicitud del hidrocarburo incautado, sin parar mientes en primer lugar que carecía de competencia para llevar a cabo la investigación, y en segundo término no obstante ello la impulsa hasta culminar con la preclusión de la misma, sin que estuvieran demostrados los presupuestos que demanda el canon 399 del C. de P. P., como se anunció en párrafo precedente.

No estudia en consecuencia el procesado si tenía la facultad jurisdiccional de guiar el proceso en la etapa instructiva, circunstancia que le permitía administrar justicia válidamente y tener preferencia legal respecto de otros órganos jurisdiccionales, pues

como lo afirma el Tribunal "...dentro de la estructura de la Fiscalía y por virtud de la especialidad existía una Unidad Especializada de Hidrocarburos a la que por norma reglamentaria está adscrita la investigación y conocimiento de esta clase de asuntos que nada tenían que ver con los de competencia de la Unidad de Delitos contra la Fe Pública y Patrimonio Económico a la que pertenecía el implicado".

Esta cualidad imperativa en el proceso penal, se posee como consecuencia de la aplicación de un conjunto de criterios que deben constar en una norma positiva de rango legal y que le permite al funcionario la íntima facultad de administrar justicia.

Competencia de la que no se ocupó el ex funcionario acusado -como si lo hizo la fiscal local 330 que le envió las diligencias para investigar lo relativo a la falsedad, precisamente porque carecía de facultad para ello-, sin que modifique en nada la decisión tomada por el Tribunal, las excusas planteadas por la parte defensiva en el sentido que inicialmente se inició la investigación por otros delitos, o que no sólo el Dr. ROBERTO ALFONSO JIMÉNEZ MÉNDEZ fue el equivocado sino igualmente la Coordinadora de la Unidad y el Agente del Ministerio Público al no tener conocimiento quien era el funcionario competente para conocer de la instrucción, toda vez que el único responsable es el funcionario que acoge el proceso y determina si es competente o no para adelantar las diligencias y si fuese el caso para terminar la actuación como aconteció en este evento.

El hecho de que la Coordinadora de la Unidad, el Ministerio Público o cualquier otro sujeto procesal no hayan vislumbrado que la conducta punible a investigar tenía relación con Hidrocarburos y que la competencia era de los Fiscales adscritos a esa unidad y no de los Fiscales Seccionales de la Unidad de Fe Pública y Patrimonio Económico, en nada exime la responsabilidad del doctor JIMENEZ MENDEZ, pues era de él directamente como Fiscal que lleva, guía, dirige el proceso y determina si el asunto es de su rol o no, caso en el cual debía rechazar el proceso por falta de competencia y

enviarlo al que sí lo era –como lo ejecutó la fiscal local 330-, además analizar si estaban dados los requisitos para precluir la investigación examinando todas las variables posibles, conducta que obviamente omite el procesado.

Igual criterio tiene la Sala con respecto al argumento que la decisión fue elaborada por el técnico José Rafael Nieto Medina, descargando la responsabilidad en él subalterno debido a la gran cantidad de carga laboral que se tenía en el Despacho, sin embargo quien las revisaba, daba su aprobación, o realizaba las correcciones a que hubiere lugar como funcionario a cargo de la investigación era el ex Fiscal, por ende atribuir cualquier responsabilidad al auxiliar a quien se le delegaba proyectos no tiene justificación alguna que exonere de responsabilidad al encausado, máxime cuando el subalterno es claro en afirmar que sobre la preclusión había disparidad de criterios entre él y su superior, “ya que nunca había tenido conocimiento de procesos por este delito y por eso me rehusé a proyectarlo solo”² y por lo mismo se limitó a mecanografiar la providencia siguiendo las directrices del ex Fiscal procesado.

Única y exclusivamente a manos del funcionario instructor corresponde toda la responsabilidad de cualquier decisión obrante en el plenario, él como titular investiga y define a través de sus providencias la forma en que guía la investigación y orienta la misma, por lo tanto cuando decreta la preclusión de la investigación a favor de José Arturo Velásquez Ortíz, ordena su libertad, entrega los vehículos, lo hace en forma autónoma y libre, características propias de su función como único sujeto procesal que en la etapa instructiva dirige el proceso.

Tiene razón el recurrente al señalar que acorde a la ley procesal y principios generales, el estudio y valoración del acervo probatorio en el proceso penal rige el principio de libre e íntima apreciación de la prueba, lo que no significa obrar a su libre saber y entender, como le parezca, arbitraria o caprichosamente, sin valorar los elementos de convicción que existen en la foliatura. No. Ese principio de libre e íntima apreciación

de la prueba es como lo ha sostenido la Corte: "...actividad intelectual que lleva a cabo el operador de justicia para medir la fuerza demostrativa de un medio de convicción. Por ello, los postulados de la sana crítica no es libertad para la arbitrariedad, ni para tener en cuenta conocimientos personales que no se deduzcan del material probatorio aportado al proceso, ni para eximir al sentenciador de motivar las decisiones y someterlas a la revisión del superior jerárquico"³, del cual se apartó el ex Fiscal al no valorar los graves indicios que existían en el expediente y mediante los cuales podía profundizar en la etapa sumarial para determinar la inocencia o responsabilidad del señor José Arturo Velásquez Ortiz en la conducta punible que se investigaba, otros posibles autores o partícipes del mismo, los factores que llevaron al quebrantamiento de la ley penal, y en términos generales desarrollar en forma inequívoca la investigación hasta sus últimas consecuencias.

Pese a ello precluye la investigación, cuando se tenían al menos dos indicios graves en contra del obrar del sindicado como son: las guías y/o facturas que portaba Velásquez Ortiz, las cuales no habían sido emitidas acorde con el Decreto 300 de 1993, expedido el 15 de febrero del ese año, y por medio del cual se establecen las obligaciones para los Distribuidores Mayoristas, Distribuidores Minoritarios y Transportadores de Combustibles blancos derivados del petróleo, que en su artículo 4° prescribe que: "La fuerza pública y las autoridades que ejercen funciones de policía judicial, deberán solicitar a los transportadores las facturas, orden interna de transferencia, guía de transporte o la autorización de la Alcaldía, y en el evento en que éstos no la porten, deberán inmovilizar inmediatamente los vehículos y ponerlos a disposición de las autoridades judiciales competentes.", con los cuales en vez de precluir, debía y podía ahondar en la instrucción.

Tal circunstancia se ve reflejada en el informe de la policía de carreteras -constitutivo de otro indicio grave sobre la no procedencia lícita de los derivados del petróleo que transportaba el señor Velásquez-, que servía para tener una aproximación en conjunto

con todo el acervo probatorio de los hechos que originaron la investigación. Dicho informe fue suscrito el día 10 de agosto del año 2000, consignándose que el vehículo carro tanque de placas SNC-285 color marfil hindú, el cual transportaba 2800 galones de gasolina, conducido por José Arturo Velásquez no se encontraba autorizado para el transporte de gasolina según el decreto 300 de 1993, igualmente el vehículo tractocamión de placas SUA-752 con 11800 galones de gasolina y que tenía como soporte de la adquisición del combustible la guía con el logotipo de la empresa COMERCOMB, la que tampoco contaba con la autorización que exige el Decreto 300 de 1993.

Estos eran hechos que no sólo había que investigar, sino que de entrada señalaban la violación de normas legales e indicaban la posible comisión de conductas punibles de quienes así obraban, sin que merecieran el cuidado, la curia y delicadez de auscultarlos para llegar a la verdad material y procesal de los mismos, y por el contrario se dio plena credibilidad a las declaraciones de los señores Héctor Leonardo Amézquita Mahecha - quien indica ser dueño del combustible del camión de placas SUA-752 y presenta como facturas la compraventa realizada a la empresa TEXAS TEROLEUM COMPANY, que igualmente como se menciona anteriormente no contaban con la guía que estipula el Decreto 300 de 1993-, y Guillermo León Muñoz Martínez -Representante Legal de la firma COMERCOMB LTDA, quien señala que la empresa esta legalmente constituida y fue ella la que vendió el combustible-, testimonios parcializados y a los que no se les puede dar mayor credibilidad por tener estrecha relación con el hidrocarburo incautado, debiendo estudiarse con cierta reserva.

Es evidente que el procesado entendía y conocía el contenido de los artículos 399 y 39 de la ley 600 de 2000, sabiendo que en las diligencias no se presentaban las causales allí previstas para precluir la investigación, máxime cuando ni siquiera se tenía competencia para adelantarla, lo que indica la conciencia de ilicitud de la conducta, tornándose su actuar en doloso.

Y, no se diga que es simple divergencia de criterio o de interpretación. No. Los documentos, la prueba indiciaria, el informe policivo suministrado, la inspección de campo preliminar realizada por técnicos de ECOPETROL practicada al líquido incautado con reactivo "Mortón", que dio negativo para combustible de dicha compañía estatal y que se encontraban dentro de las diligencias, llevaban a la convicción con entidad suasoria de proseguir la instructiva, pues señalaban la pauta o camino para continuar exitosamente la acción penal hacía la búsqueda de los objetivos estipulados en la regla 322 del Código Instrumental Penal.

De ahí que la confrontación objetiva entre el contenido del pronunciamiento –resolución preclusiva-, y lo que el ordenamiento jurídico establece, demuestran la voluntad del sentenciado de violentar la ley y por lo mismo desde el punto de vista objetivo su comportamiento funcional se adecua en el injusto de prevaricato por acción.

Téngase en cuenta además el recorrido profesional con el que contaba el demandado, no sólo como funcionario judicial por más de tres años, sino como abogado litigante por dos décadas de ejercicio, graduado hace aproximadamente 30 años, con especialización en Ciencias Penales y Penitenciarias, laborando en el Ministerio de Justicia, cualidades que le permitían tener un conocimiento claro del proceso que instruía y las decisiones que tomaba, descartándose de plano cualquier error en su proceder y mala interpretación de las normas o inexperiencia como trata de hacerlo aparecer en sus alegaciones defensivas que se respetan profundamente pero no se comparten porque el proceso demuestra lo contrario.

Un administrador judicial como el acusado, conocedor de la ley y especialmente de la procesal penal, con especialización en la materia, en un asunto de no dificultad para resolver, que se hubiera inclinado a precluir la instrucción y como consecuencia de ello el archivo de las sumarias sin que existiera en las mismas las circunstancias claras para

ello, no demuestra cosa diferente que la conciencia de quebrantar la ley con las finalidades de favorecer al inculpatado de transportar hidrocarburos ilícitamente.

Para finalizar la inculpatación que se hace en contra del acusado, se ve reflejada en el desacierto de la decisión preclusiva, actuando en contravía de un análisis profundo de los hechos materia de investigación, que dilucidaran con certeza la responsabilidad de José Arturo Velásquez sobre la procedencia, contenido y destino de los 2800 y 11800 galones de gasolina incautados, los cuales fueron devueltos sin ningún análisis serio de la probatura legajada en manifiesta contravía de la ley que obligaba y ordenaba lo contrario: investigar la conducta puesta en conocimiento de la autoridad, presentándose un prevaricato por acción, al proferir una resolución manifiestamente contraria a la ley.

Le era exigible al ex Fiscal un comportamiento conforme a derecho y de ahí deviene el fallo condenatorio al haber verificado la primera instancia la vulneración del bien jurídicamente tutelado por la ley como lo es el de la administración pública, sin que pueda hablarse en este evento de un error de tipo, puesto que muchas investigaciones había adelantado el procesado con precedencia a este asunto y su experiencia profesional acreditaba el cabal conocimiento y comprensión de la decisión a tomar, sin que se inquietara sobre la trascendencia de la misma, a pesar de las advertencias realizadas por su técnico judicial, quien se había rehusado a proyectar solo la decisión preclusiva que al final se profirió siguiendo las directrices del ex servidor público.

Cualquier funcionario judicial debe realizar antes de decidir el asunto puesto a su consideración, un análisis reflexivo y ponderado del conjunto de pruebas que militan en el investigativo para proveer con apego a la normatividad vigente la decisión que consulte la realidad procesal, para no desdibujar el principio de autonomía judicial con una determinación aparentemente argumentativa y conforme a derecho pero que está llamada a favorecer a quien venía siendo investigado, infringiendo así el principio del uis puniendi del Estado por intermedio de uno de sus agentes.

En anterior oportunidad y en cuanto al prevaricato por acción la Corte ha anotado⁴:

“En contrario el juicio de prevaricato respecto de una providencia judicial no puede hacerse de otra manera que incluyendo dentro de tal análisis las circunstancias de hecho concretas dentro de las que se adoptó la decisión. La ley a cuyo imperio están sometidos los Funcionarios Judiciales en sus decisiones, no surge pertinente al caso concreto de manera automática, sino como fruto de un proceso racional que le permite al Juez o al Fiscal determinar la validez, vigencia y pertinencia de la norma a la que se adecua el supuesto de hecho que pretende resolver.

Pero esa que es, o intenta ser, la verdad jurídica, es apenas una parte del contenido de una providencia judicial. Esta se halla igualmente conformada por la verdad fáctica. Tal concepto corresponde a la reconstrucción de los hechos de acuerdo con la prueba recaudada, siendo necesario que entre ésta y aquella exista una correspondencia objetiva en cuanto las específicas circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el acontecimiento fáctico, deben estar demostradas con el material probatorio recaudado en la actuación. El prevaricato puede entonces ocurrir en uno de los dos aspectos de la solución del problema jurídico. En el fáctico o en el jurídico. O en los dos simultáneamente, pero en todo caso, el uno no puede desligarse del otro en cuanto la función judicial consiste precisamente en determinar cuál es el derecho que corresponde a los hechos”.

Esa distancia tan grande entre la resolución preclusiva de la investigación que se adelantaba al señor José Arturo Velásquez proferida el 13 de septiembre de 2000 y la regulación legislativa penal al respecto llamada a definir el tema puesto en conocimiento de la autoridad, sólo se explica a partir de una voluntad conciente dirigida a favorecer al implicado en el transporte de hidrocarburos sin cumplir con los requisitos legales, presentándose el tipo subjetivo del ilícito de prevaricato por acción.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,
administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

CONFIRMAR la sentencia del 16 de marzo de 2005, proferida por el Tribunal Superior
de Bogotá, por medio de la cual condenó al doctor ROBERTO ALFONSO JIMÉNEZ
MÉNDEZ, por el delito de prevaricato por acción.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Excusa Justificada

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Comisión de servicio

YESID RAMÍREZ BASTIDAS
SALAMANCA

JULIO ENRIQUE SOCHA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Artículo 204 Código de Procedimiento Penal.

2 Fls 123 y 124 c. o.

3 S. 27 de abril de 2005, rdo. 17718.

4 Sentencia del 8 de noviembre de 2001, radicado 13956