

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

AP2718-2023

Radicación N° 59887

Acta 171.

Bogotá, D.C., trece (13) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

VISTOS

Se pronuncia la Corte respecto del recurso de apelación presentado por la Fiscalía en contra de la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Quibdó, que por solicitud suya precluyó la investigación seguida contra YEFFERSON ROMAÑA TELLO, en su calidad de Juez Tercero Administrativo de Oralidad de esa capital, respecto de los delitos de prevaricato por acción y tráfico de influencias de servidor público; pero, negó similar solicitud en lo que respecta al presunto punible de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

HECHOS Y TRÁMITE

La Corte necesariamente acude a lo denunciado por la víctima, pues, los hechos apenas se investigan en su fase preliminar y no es dable reseñar invariable ninguna hipótesis en concreto.

Señaló, entonces, Adier Alonso Osorio Palacios, que se desempeñaba como profesional universitario grado 16, en el Juzgado Tercero Administrativo de oralidad de Quibdó.

El Tribunal Administrativo de Quibdó designó como titular de ese despacho, en provisionalidad, al abogado YEFFERSON ROMANA TELLO, quien, el 9 de febrero de 2015, con miras a fijar las pautas de su función, citó a reunión a los empleados del mismo, esto es, el denunciante, Juana Zoila Palacios, citadora, y Karen Lozano, judicante.

En dicha reunión, el nuevo titular de la oficina reclamó de Zoila Palacios y Adier Alonso Osorio, renunciar a sus cargos, pues, estos ya se hallaban comprometidos para recomendados de los magistrados que lo nombraron.

Como ninguno de los dos empleados aceptó presentar la renuncia, el juez emitió las resoluciones 004 y 005, fechadas el 10 de febrero de 2015; en la primera, nombró a Adier Alonso Osorio, como secretario nominado, en provisionalidad, del despacho; y, en la segunda, realizó similar designación, en favor de Carlos Durley Palacio, a título de profesional universitario grado 16, también en provisionalidad.

Luego de una conversación posterior sostenida con Zoila Palacios, en la cual esta le manifestó sus necesidades, YEFFERSON ROMÁN TELLO aceptó que continuara en el cargo.

Acorde con lo referido, señaló el denunciante que las resoluciones 004 y 005 en comento, son manifiestamente contrarias a la ley, pues, en la práctica representan declararlo insubsistente en el cargo de profesional universitario, en decisiones carentes de motivación -la cual se obliga respecto de la desvinculación de un funcionario designado en provisionalidad-, dado que se le “rebajó” al cargo de secretario y en reemplazo suyo, como profesional universitario, fue nombrada otra persona.

Además, se entiende que consideró arbitrario el actuar del indiciado y producto de tráfico de influencias, relacionado con la supuesta obligación impuesta por los nominadores de este.

Acorde con lo relacionado en precedencia, la Fiscalía abrió investigación en contra del Juez

YEFFERSON ROMAÑA TELLO, a efectos de determinar si incurrió en las ilicitudes denunciadas.

Empero, el Fiscal Undécimo Delegado ante el Tribunal de Quibdó presentó en esa Corporación -audiencia realizada el 23 de junio de 2021- solicitud de preclusión, por considerar, respecto de las tres posibles ilicitudes configuradas¹, acorde con el acontecer fáctico reseñado:

(i) que el punible de prevaricato por acción carece de tipicidad objetiva, pues, en la sede administrativa, dado que el denunciante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de las resoluciones 004 y 005 tantas veces relacionadas, el Juez Segundo Administrativo Oral de Quibdó, así como el Tribunal de esta comprensión territorial, advirtieron conformes a derecho ambos actos, entendido que respecto del empleado se presentó la llamada “insubsistencia tácita”, esto es, que con la designación de otra persona en el cargo de profesional universitario y las razones allí aducidas para el efecto, se entendía desvinculado del mismo al demandante.

Junto con ello, se aceptó la explicación suministrada por el demandado, aquí indiciado, respecto a que la emisión de los actos administrativos era necesaria, pues, a pesar de que se designó a Adier Osorio como profesional universitario en provisionalidad, al mismo tiempo se le encargó de la secretaría del despacho, situación abiertamente ilegal, en tanto, no solo desempeñaba paralelamente dos cargos en la rama judicial, sino que no se hallaba en propiedad en el primero, única situación que faculta legal el encargo en el segundo. De igual manera, la hoja de vida de quien fue nombrado profesional universitario, verifica que su designación operó como medio de mejoramiento del servicio.

Se señala por el Fiscal, igualmente, que en el escenario de la tutela, dado que el aquí denunciante presentó demanda contra las decisiones referenciadas en precedencia, el Consejo de Estado también advirtió de la legalidad de las resoluciones 004 y 005, del 10 de

febrero de 2015.

(ii) atinente a la conducta de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, destacó el fiscal que, si bien, se recibió la denuncia del afectado, después ampliada, que parece ser corroborada por la otra empleada del despacho y su judicante, también fue recepcionada declaración del Magistrado del Tribunal Administrativo de Quibdó que al parecer recomendó para el cargo al indiciado, en la cual ratifica lo dicho por este, vale decir, que no hubo ningún tipo de presión a efectos de que designara como empleado del despacho a alguien en particular.

Entonces, como no es posible determinar que de verdad fue el tráfico de influencias un factor que incidió en las determinaciones tomadas por el juez; y además, puesta en tela de juicio la credibilidad de quienes referencian la supuesta reunión en la que este manifestó tal situación, dado que la judicante sostenía una relación romántica con el denunciante y Zoila Palacios era su compañera, lo que pudo llevarlas a mentir; se elimina la posibilidad de asumir fruto del capricho y la injusticia el comportamiento del funcionario, razón suficiente para determinar necesaria la preclusión por este hecho, en tanto, manifiestamente atípico.

(iii) En lo que toca con el tráfico de influencias, sostuvo el Fiscal del caso que de entrada debe asumirse inexistente, pues, es claro que el indiciado no usó su cargo para influir sobre otro funcionario a fin de obtener un beneficio para sí o un tercero.

LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de detallar su plena competencia para resolver lo planteado por la Fiscalía, dada la condición del indiciado, el Tribunal adelanta un resumen de los hechos y los argumentos planteados por la Fiscalía, junto con la intervención de las demás partes.

Después, define incontrovertible que al momento de los hechos el funcionario denunciado se desempeñaba como Juez Tercero Administrativo de Oralidad de Quibdó, condición en la

cual realizó las conductas que se dicen delictuosas.

Estima, así, que efectivamente las dos resoluciones tienen como fundamento la doble condición que signaba la labor del denunciante en el Juzgado Tercero Administrativo de Oralidad de Quibdó –profesional universitario y secretario-, por lo que lo que ellas tienen soporte y motivación suficientes.

Así mismo, en torno del punible de tráfico de influencias, destacó que la confección típica del artículo 411 del C.P., que regula la ilicitud, descarta que esta pueda ser ejecutada por el sujeto influenciado, para el caso, el indiciado, en tanto, remite a quien utiliza indebidamente su cargo para influir sobre otro servidor público y así obtener un beneficio para sí o un tercero.

Y, finalmente, respecto del ilícito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, advierte que lo realizado por el indiciado debe separarse en dos ámbitos completamente diferentes. El primero, atinente a la expedición de las resoluciones 004 y 005, que se estiman conformes con la ley.

Sin embargo, aduce el A-quo, se debe examinar el segundo espacio comportamental, referido a la reunión sostenida el 9 de febrero de 2015, entre el indiciado y los empleados del despacho a su cargo, en la cual, acorde con lo denunciado, les exigió renunciar.

Ese comportamiento, sostiene el Tribunal, se adoptó completamente al margen de las funciones que le competen al juez, queriendo imponer su criterio a los empleados, en claro e injusto desmedro de su derecho al trabajo y como consecuencia de acuerdos previos también ajenos a lo que se espera del funcionario.

Destaca, además, que lo denunciado al respecto por el hasta entonces profesional universitario, fue corroborado de manera satisfactoria con las declaraciones de la citadora y la judicante del despacho, sin que pueda controvertirse la credibilidad de esta última solo

porque sostenía algún tipo de relación romántica con el denunciante.

De esta manera, advierte que con la prueba hasta ahora recolectada, no puede aducir el fiscal que lo ejecutado goza del privilegio de la atipicidad objetiva, entre otras razones, porque para ese efecto no basta con que el indiciado niegue lo ocurrido o que las resoluciones emitidas no materialicen el delito de prevaricato.

Así mismo, se agrega, el hecho que dos días después el indiciado permitiera que la citadora siguiera en su puesto, lejos de determinar atípico el hecho, lo confirma, en tanto, circunstancia posterior.

Y, acota el A-quo, si de verdad el tráfico de influencias por parte de un magistrado afecta la dignidad del cargo, tal cual sostiene el Fiscal, ello no conduce a determinar imposible de ocurrir el hecho, sino a verificar su existencia, falencia probatoria que debe ser subsanada.

De esta manera, el Tribunal considera prematura la definición de atipicidad objetiva plasmada por el peticionario en su alegación, motivo por el cual niega la preclusión y reclama de más investigación.

En resumen, se reitera, el cuerpo colegiado decretó la preclusión por los delitos de tráfico de influencias de servidor público y prevaricato por acción, al paso que la negó respecto del punible de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

En la audiencia en que se profirió la decisión, la Fiscalía interpuso el recurso de apelación, que allí mismo sustentó.

CONTENIDO DE LA IMPUGNACIÓN

El Fiscal anuncia de entrada que su inconformidad radica exclusivamente en la decisión de no precluir la investigación por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

Al efecto, comienza por advertir que la decisión atacada no es consonante con lo que debe ser el análisis de la evidencia dentro de los rigores de la sana crítica.

Añade que el Tribunal partió de un supuesto “filosófico” errado, a partir del cual entiende que si algo no es concluyente, entonces sí se produjo. Esto, por cuanto, da por sentado un hecho imposible de comprobar, referido a que el indiciado exigió la renuncia de los empleados del despacho, a partir de un acuerdo previo con los magistrados que lo eligieron en el cargo.

Sostiene, así, que no existe prueba de que efectivamente se realizó la reunión y que en ella se trató dicho tema, en tanto, la fiscalía recogió el testimonio en contrario del magistrado que postuló al indiciado para el cargo de juez administrativo.

De esta manera, asevera, el Tribunal pasó por alto el principio de presunción de inocencia, pues, existen dos posiciones contrarias sobre el mismo tema.

Agrega que lo resuelto por el Tribunal emerge contradictorio, pues, aceptó que las resoluciones expedidas por el indiciado no solo fueron motivadas, sino que se justifican en la necesidad de solucionar el problema administrativo que surgía de ocupar un empleado dos cargos al tiempo, pero después sostiene que en reunión anterior se exigió la renuncia de la citadora y el profesional universitario.

Estima, de igual manera, que el indiciado no tenía por qué exigir previamente la renuncia de los empleados, para después expedir los actos administrativos en cuestión. El Tribunal, al efecto, no justificó que la reunión previa materializara el capricho e injusticia en el actuar del indiciado.

Pide el apelante, en consecuencia, que la Corte revoque la decisión del Tribunal de no precluir la investigación por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

LOS NO RECURRENTES

Sin mayores manifestaciones, la víctima dice no tener nada que decir a lo indicado por el Fiscal, al tanto que la defensa coadyuva lo pedido en el recurso.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En primer lugar, la Corte asume indiscutible su competencia para dirimir la apelación planteada por la Fiscalía, como quiera que se trata de examinar en segunda instancia el auto mixto proferido por el Tribunal, que aceptó precluir la investigación por dos delitos, al tanto que negó igual solicitud respecto de un tercero.

Así mismo, que el Fiscal del caso, solicitante de la preclusión, diga remitida su crítica solo a la decisión que negó la pretensión respecto del punible de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, determina no solo su legitimación para interponer el recurso, como quiera que se le verifica efectivamente afectado con esta específica decisión, sino el límite que opera respecto de la intervención de la Corte en esta instancia.

Acerca de esto último, por virtud del principio de limitación, que implica un pronunciamiento exclusivo en torno de la materia de impugnación y lo inescindiblemente ligado a ello, la Corte advierte que solo examinará lo referido al presunto punible de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, dado que todas las partes, incluida la víctima, se mostraron satisfechas con lo resuelto por el A-quo, en lo que corresponde a los ilícitos de prevaricato por acción y tráfico de influencias, sin que la Sala observe que en este tópico se hayan vulnerado derechos o garantías fundamentales.

Hechas las precisiones que el asunto reclama, la Sala apenas debe referir, para contextualizar la discusión, que la solicitud de preclusión presentada por el ente instructor, las más de las veces, o las demás partes en el juicio, obliga no solo de elementos de juicio suficientes, sino de argumentación efectiva que conduzca, en el examen de estos, a

determinar insoslayable y por fuera de toda duda que, en efecto, el asunto no puede proseguirse porque se materializa alguna de las causales insertas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

Ello, sobra anotar, por virtud de los efectos de cosa juzgada que apareja la decisión preclusiva, al punto de terminar la investigación o proceso y obligar el archivo de las diligencias, con consecuencias inescapables para los involucrados en el trámite.

A este efecto, entonces, si la fiscalía, en cuanto solicitante por antonomasia del mecanismo, entiende cubiertos los presupuestos de la causal a la que acude, necesariamente debe presentar todos los elementos de juicio que amparan su pretensión y demostrar que con ellos se verifica inconcusa, como única solución a la mano, la necesidad de terminar por vía extraordinaria el trámite.

Ahora, la Sala entiende que, por lo general, la discusión probatoria referida a la credibilidad y efectos de lo dicho por los testigos de cargos y descargos, dada su naturaleza adversarial, tiene como mejor escenario el del juicio oral, pues, es allí donde se pueden decantar los factores intrínsecos y extrínsecos que gobiernan el examen en cuestión, al amparo de la sana crítica.

Es claro, además, que en tratándose de la fase primigenia del trámite procesal, cuando apenas se adelanta la investigación preliminar y se cuenta con atestaciones juradas de una y otra parte, resulta difícil encontrar elementos de juicio suficientes para tamizar las versiones contrarias, a efectos de determinar que la verdad se halla en una u otra esquinas disonantes.

Solo por excepción, cuando se ha realizado el máximo esfuerzo de recolección probatoria y en confrontación ambas posturas, se verifica imposible delimitar hacia uno u otro extremos el balance de credibilidad, será pertinente acudir al instituto de la duda probatoria en aras de terminar anticipadamente el proceso, aunque para ello, se resalta, debe acudirse a la

causal adecuada, que no lo es, por ejemplo, la inexistencia del hecho o su atipicidad, sino la sexta del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, remitida a la “Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia”.

Ello, por cuanto, debe relevase, las demás causales obligan de plena y cabal demostración.

Entonces, descendiendo al caso concreto, si de verdad el fiscal del caso, como lo anuncia en su apelación, encuentra “imposible” decantar la prueba testimonial para verificar de ella cuál de las posturas opuestas dice la verdad –incluso sostiene que lo resuelto por el Tribunal afecta el principio básico de presunción de inocencia-, no debió, como lo hizo, acudir a la causal cuarta, por atipicidad, en este caso objetiva, del hecho investigado, ni mucho menos, enfilar su solicitud hacia la demostración de la misma, como fácil se verifica de los registros de la audiencia, cuyo resumen se adelantó líneas atrás, al punto que dio por sentado, en cuanto fundamentación de lo pedido, que la reunión de la cual se acusa al indiciado nunca se presentó y que este jamás exigió la renuncia de los empleados del despacho a su cargo.

Se muestra, así, contradictoria e impertinente la crítica que ahora adelanta el Fiscal en contra de lo resuelto por el Tribunal, dado que esta Corporación, se recuerda, controvertió que de verdad la reunión no se hubiese realizado o que el indiciado no exigiera la renuncia de sus empleados, a partir de acudir a lo expresado por estos y destacar que no existe, en principio, motivo suficiente para dudar de lo relatado.

Si ahora el recurrente acude al expediente de la presunción de inocencia o alega que se le pide una prueba imposible encaminada a verificar de qué lado está la verdad, pues, simplemente está abjurando de lo que fue planteamiento central de su petición en lo que toca con el delito de abuso de autoridad, soportado en que, dijo, se demostró fehacientemente que el comportamiento adelantado por el juez investigado no comportó violación objetiva de la ley, esto es, para el caso, que no recibió presiones para que

despidiera a sus empleados, ni adelantó una reunión con estos, para el efecto.

Huelga anotar que no es el espacio propio de la alegación en apelación, un escenario adecuado para variar la causal de preclusión o alegar circunstancias ajenas a lo que fue objeto de consideración por el Tribunal, no solo porque con ello se abandona la finalidad del recurso -controvertir las razones que gobernaron la decisión atacada-, sino en atención a que vulnera el debido proceso con la presentación de hechos y fundamentos jamás conocidos o controvertidos por las otras partes.

Por lo demás, la Corte no puede, por similares razones, a la que se suma la necesidad de preservar el principio de imparcialidad, adelantar el examen de otras causales no postuladas ni objeto de argumentación y demostración por la parte solicitante.

Ahora, independientemente de lo anotado, suficiente para rechazar lo planteado en la apelación por el recurrente, es lo cierto que no asiste la razón al fiscal del caso cuando se empecina en sostener que el Tribunal lo obliga a realizar una investigación imposible.

En este sentido, lo primero que cabe afirmar es que, en efecto, comporta plena vigencia el examen que de los medios de prueba presentados por la Fiscalía, hizo el Tribunal, así como la conclusión a la cual llegó, no otra distinta a que no existe plena demostración de la causal alegada por el ente investigador -ausencia de tipicidad objetiva-.

El A-quo fundó la posible materialidad del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, en la reunión que sostuvo el indiciado con los empleados del Juzgado Tercero Administrativo de Oralidad de Quibdó, el 9 de febrero de 2015, en el que, al parecer, les exigió la renuncia, previa manifestación de que se trataba de una exigencia burocrática del Tribunal Administrativo de esa ciudad.

Adujo el A-quo, en este sentido, que dicha exigencia se verifica como ostensible extralimitación de sus funciones, cuya arbitrariedad e injusticia deriva de la afectación

evidente del derecho al trabajo.

En contrario, el apelante no discute que un tal comportamiento pueda materializar el delito en cuestión, sino que controvierte su efectiva ocurrencia, para lo cual, a pesar de significar la imposibilidad de decantar las dos posturas testificales encontradas, sigue sosteniendo que no parecen creíbles el denunciante y los empleados del despacho, a más que no es, el descrito, un comportamiento que se entienda necesario o previo a la expedición de las resoluciones, ya determinadas acordes con la ley.

En efecto, el análisis adelantado por el solicitante se verifica no solo superficial, sino sesgado y descontextualizado, entre otras razones, porque el rigor asumido frente a lo declarado por el denunciante y los otros empleados del juzgado, se echa de menos al momento de examinar lo expresado por el indiciado y el magistrado del Tribunal Administrativo que al parecerlo postuló para el cargo de juez.

Dice, entonces, el petente, que lo dicho por Zoila Palacios, citadora del juzgado, puede estar signado por el deseo de ayudar a su compañero de labor, pero nada hace en el cometido de examinar la veracidad intrínseca de lo planteado, de cara a su concordancia con lo expresado por los otros dos trabajadores -el denunciante y la judicante-.

Vale decir, pasó por alto la verificación intrínseca y extrínseca de los testimonios en cuestión, sin siquiera preocuparse por significar por qué esa sola razón -compañerismo-, puede llevar a que se mienta y decida afrontar la testigo, las gravosas consecuencias penales y disciplinarias que ello puede acarrearle.

Igual sucede con lo dicho por la judicante de la oficina, cuya atestación corroboratoria se desecha de plano apenas porque sostiene o sostenía una relación romántica con el denunciante, sin examinar los efectos concretos que ello tiene respecto de lo decidido declarar.

No es, así mismo, factor adecuado de controversia de veracidad, aquel referido a que después el indiciado ratificó en el cargo de citadora a la testigo, en tanto, como lo sostiene el Tribunal, este representa un hecho posterior que en lugar de desvirtuar lo referido, termina por confirmarlo, si se entiende que los declarantes también revelaron dicha circunstancia.

Tampoco tiene buena fortuna señalar, como lo hace el apelante, que la expedición posterior de las resoluciones de nombramiento del denunciante como secretario y de su reemplazo en la tarea de profesional universitario, demuestran la inexistencia de la reunión, pues, observa la Corte, se trata de situaciones diferentes pero, además, consecuenciales.

Sobre el particular, respecto de la reunión en examen y los efectos buscados, es preciso señalar que lo pretendido, la renuncia de los empleados, allana el camino para que, sin ninguna exigencia de motivación, de inmediato el indiciado procediese a nombrar a quienes quisiera.

En contrario, si no obtenía la voluntad de la citadora y el profesional universitario, ambos vinculados en provisionalidad, el camino se hacía más proceloso, pues, debería declararlos insubsistentes, para lo cual es exigencia legal la motivación, fundada en razones del servicio.

Desde luego que los actos administrativos se muestran consonantes con la negativa de ambos empleados a presentar la renuncia, en tanto, de haberse sometido a lo exigido, los mismos se limitarían a aceptar la renuncia y nombrar el reemplazo.

En este caso, el indiciado nombró al denunciante como secretario -decisión que no habría tenido que tomar si se hubiese presentado renuncia- y nombró en su cargo a otra persona, configurando así, pese a no existir motivación expresa, de obligatoria materialización, se repite, en los casos de provisionalidad, lo que la doctrina administrativa denomina insubsistencia tácita, referida a que los motivos insertos en el acto de nombramiento del

reemplazo, se estiman explicar la desvinculación de quien lo ocupaba.

Sea o no discutible la naturaleza jurídica de dichas resoluciones, asunto que no cabe a la Corte asumir, dado el principio de limitación y visto que la decisión respecto del prevaricato se fundó en la autorizada postura que sobre su validez y consonancia con la ley tienen los órganos jurisdiccionales administrativos, es lo cierto que estos de ninguna manera explican la tesis de la Fiscalía encaminada a desechar la posibilidad de que la reunión previa se efectuara y lo tratado en ella.

Ahora bien, como se dijo, el rigor demostrado por el Fiscal en el examen de lo dicho por los empleados del despacho, se deja de lado completamente al examinar lo expresado por el indiciado y el Magistrado que al parecer lo postuló, pues, en una especie de temor reverencial, asume cierto lo expresado por el segundo, solo porque no es posible entender que ponga en entredicho la dignidad del cargo con la ejecución de conductas del tenor de tráfico de influencias.

Así, crea una especie de regla de la experiencia tácita, que se debe entender postulada a partir de significar que quienes ostentan altas dignidades no cometen delitos consustanciales a las mismas, manifestación que no solo carece de las notas propias de universalidad, generalidad y reiteración que gobiernan esta forma de conocimiento, sino que desconoce la realidad, sin que sea necesario ahora plantear tantos y tan recientes casos de corrupción que desmienten su tesis.

Ahora, si el Magistrado cuya declaración se tomó, efectivamente influyó sobre el indiciado para que nombrara en los cargos a sus recomendados, como supuestamente lo manifestó el juez ante ellos, es evidente que posee interés en declarar lo contrario, circunstancia que, esa sí, debería tomarse en consideración para verificar la veracidad de lo referido.

Ello, sin embargo, fue dejado de lado por el Fiscal en su particular análisis probatorio, que también omitió lo obvio: la credibilidad que por sí misma puede ofrecer la versión

exculpatoria del indiciado, desde luego, imbuida por el deseo de desasirse de su compromiso penal.

Así las cosas, desde un plano abstracto, en el balanceo elemental de efectos dañosos pasibles de padecer o eludir con la declaración, es claro que mayores razones para mentir tienen el indiciado y el magistrado que lo postuló, que las evidenciabiles en el denunciante, la citadora y la judicante del despacho.

Por lo demás, desconoce el impugnante los mínimos rudimentos que gobiernan el análisis probatorio, de cara al principio de libertad que lo irradia, pues, sin más asevera que lo dicho por el denunciante y los otros empleados del despacho judicial, no es suficiente, por sí mismo, para fundar la existencia del hecho que relatan, o mejor, que requiere de algún tipo de corroboración con otros elementos de juicio.

Dejando de lado el hecho indiscutible que la investigación apenas se encuentra en su fase primigenia y que los elementos de juicio no se entienden pruebas en estricto sentido procesal, lo que sí debe asumirse incontrastable es que el testimonio vertido por los tres declarantes en cita emergería más que suficiente para demostrar el punto, si de su examen se extracta verosimilitud interna, concordancia y credibilidad.

Tampoco es que, cual parece entenderlo el apelante, el examen de los testimonios o posturas en contrario obedezca a algún tipo de criterio matemático, a cuyo amparo, entonces, cada uno se repele y no es posible verificar cierta una u otra posiciones.

En estos casos, como ya lo ha dicho la Sala de manera amplia y reiterada, del funcionario se exige una profunda labor de auscultación, a fin de verificar, acorde con la sana crítica y los muchos factores considerados en sede de prueba testimonial –art. 404 de la Ley 906 de 2004-, cuál de las partes en conflicto comporta veracidad.

En el caso concreto, dice el fiscal del caso que, en su sentir, ya se realizó toda la labor

investigativa que cabe, razón por la cual no le es posible decantar el tópico de credibilidad, o mejor, demostrar que en efecto la reunión ocurrió y que allí se exigió la renuncia a los empleados.

Ya se anotó que el examen adelantado respecto de la prueba testimonial es parcial e insuficiente, sin que se exprese un motivo adecuado para no creer al denunciante y los otros empleados del despacho, motivo por el cual, en estricto sentido procesal, no puede alegar que se cubre a satisfacción la causal de preclusión aducida, esto es, que fue demostrada la atipicidad objetiva de la conducta.

Pero, además, verifica la Sala que la manifestación del funcionario respecto del agotamiento de la tarea probatoria, se aleja por completo de lo que el asunto en estudio determina, en tanto, acorde con el hecho atribuido al indiciado, todavía es bastante la actividad investigativa pasible de realizar.

Al efecto, deben auscultarse las circunstancias en que fue nombrado el indiciado como Juez Tercero Administrativo de Oralidad de Quibdó, para cuyo efecto pueden acopiarse los documentos y declaraciones de quienes intervinieron en ello.

Esto permitirá verificar quiénes tuvieron interés en el tema y cómo se manifestó el mismo.

Además, se debe auscultar la relación que sostenía el indiciado con sus nominadores, en particular, con quien lo postuló al cargo, magistrado José Andrés Rojas Villa.

Así mismo, deben definirse los motivos, por fuera de la hoja de vida, que llevaron a nombrar al nuevo profesional universitario; su relación con el indiciado y con los magistrados que postularon a este para el cargo de juez.

Junto con lo anotado, aunque el Tribunal omitió referirse al tema, la Corte observa que, finalmente, el nombramiento del denunciante como secretario del despacho, no reportaba

para este ningún beneficio, o mejor, carecía de efecto material concreto, dado que al titular del juzgado se le ofició para notificarle que el cargo no podía ser ocupado, en tanto, su titular gozaba de vacaciones y no había dinero para pagar a su reemplazo.

Si se verifica inocuo dicho nombramiento, se hace más factible concluir que el indiciado emitió el acto administrativo apenas como excusa para desvincular de la oficina al denunciante y que, entonces, sí pudo haberle exigido en la reunión del día anterior, que renunciara al cargo.

El Fiscal ninguna alusión hizo a este medio suasorio, que se referencia en la decisión a través de la cual la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura elevó pliego de cargos contra el aquí indiciado, ni a sus efectos sobre lo pretendido, así que es necesario precisar cómo se hizo llegar al funcionario y si este sabía que no podía nombrar al denunciante en el cargo de secretario.

Finalmente, la Corte debe destacar que el delito por el cual pervive la investigación seguida a YEFFERSON ROMAÑA TELLO, efectivamente se materializa con el comportamiento delimitado por el Tribunal, sin que quepa, como lo sostiene el apelante, advertir contradictorio o ilógico lo resuelto por el A-quo, en cuanto, definió legales y motivadas las resoluciones expedidas por el indiciado, pero verificó motivos protervos al exigir la renuncia de los empleados.

En este sentido, ya es clásica la postura de la Sala acerca de los elementos consustanciales al delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, en concreto, lo que debe entenderse por arbitrario e injusto en la actuación del servidor público.

En resumen de ello, en el radicado 55753, del 29 de enero de 2020, se reiteró:

En ese sentido la Sala ha definido el acto arbitrario como el realizado por el servidor público haciendo prevalecer su propia voluntad sobre la de la ley con el fin de procurar objetivos

personales y no el interés público, el cual se manifiesta como extralimitación de las facultades o el desvío de su ejercicio hacia propósitos distintos a los previstos en la ley. Y, la injusticia, como la disconformidad entre los efectos producidos por el acto oficial y los que debió causar de haberse ejecutado con arreglo al orden jurídico. La injusticia debe buscarse en la afectación ocasionada con el acto caprichoso².

Elemento normativo: La acción debe realizarse con motivo de las funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas. Los conceptos mismos de arbitrariedad e injusticia no tienen sentido sino dentro del ejercicio de la función pública.

El tipo subjetivo. Solo admite la modalidad dolosa, en consecuencia, requiere en el servidor público que conozca la arbitrariedad e injusticia de su proceder.

La naturaleza subsidiaria otorgada por la ley al tipo penal da solución al concurso aparente eventualmente presentado entre los punibles lesivos de la administración pública, los cuales comportan abuso del poder por parte de los servidores públicos, como sucede en los casos de prevaricato, concusión y violación de derechos políticos, entre otros. En estos eventos aplicando este principio se excluye el concurso material de conductas punibles.

Para lo discutido, interesa resaltar que en atención a su naturaleza subsidiaria, el punible examinado solo opera a partir de definir que el hecho no representa una conducta más grave.

Entonces, que se haya proferido preclusión de la investigación por el delito de prevaricato, apenas se entiende presupuesto natural para que pueda emerger posible la materialidad del ilícito de abuso de autoridad, dado que, en caso contrario, de tratarse de los mismos hechos, este se hallaría subsumido en aquel, sin posibilidad de concurso.

Y si bien, el Tribunal claramente distinguió dos hechos distintos –la expedición de las resoluciones y la reunión del día anterior-, que de entrada permiten verificar carente de

soporte la crítica del apelante, no puede dejarse de lado que incluso si se tratase del mismo hecho, resulta factible determinar inexistente un delito, pero ejecutado el otro, visto que los elementos que configuran ambas ilicitudes son completamente diferentes y, entonces, aún de determinarse que el prevaricato no se configura porque lo decidido no es manifiestamente contrario a la ley, es factible señalar que pese a ello, esa actividad o comportamiento sí se reputa arbitrario e injusto.

Esto, por cuanto, como se anota en la jurisprudencia citada, la arbitrariedad obedece a que lo decidido o ejecutado se base en el capricho o interés particular del servidor público -independientemente de que posea cariz legal- y la injusticia -término amplio, bastante más abierto que la ley en sí misma-, obedece al daño que se causó con el acto caprichoso.

Entonces, si se asevera que el día 9 de febrero de 2015, el indiciado exigió a sus empleados que renunciaran al cargo ocupado -circunstancia que por sí misma se representa arbitraria e injusta, como sostiene el Tribunal-, pero además se asume que los actos administrativos iban encaminados, no al mejoramiento del servicio, sino a atender los particulares intereses burocráticos del servidor público, con lo cual, no solo desmejoró la situación laboral de quien se ocupaba como Profesional Universitario, sino que, en la práctica, obtuvo su desvinculación -dado que no existía presupuesto para suplir las vacaciones del titular de la secretaría, en la cual se nombró al denunciante-, lo que cabe concluir es que entre ambos hechos existe un vínculo evidente que gobierna el examen del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

Sin embargo, como de lo hasta ahora recogido advierte que el magistrado del Tribunal Administrativo de Quibdó, José Andrés Rojas Villa, pudo incurrir en conductas que ameritan investigación penal y disciplinaria -en cuanto, pudo influir en el indiciado para que nombrara a sus referidos y, además, falló en primera instancia la tutela instaurada por el aquí denunciante contra el mismo indiciado-, se ordenará la compulsa de copias, a través del Tribunal Superior de esa ciudad, ante las autoridades competentes.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

R E S U E L V E

Primero: CONFIRMAR la decisión recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Quibdó el 23 de junio de 2021, por medio de la cual decretó la preclusión solicitada por la Fiscalía en favor de YEFFERSON ROMAÑA TELLO, por los delitos de prevaricato por acción y tráfico de influencias; y negó la misma solicitud respecto del punible de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

Segundo: Compulsar copias de las piezas probatorias pertinentes, a efectos de que se investigue en los ámbitos penal y disciplinario al Magistrado José Andrés Rojas Villa.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cúmplase.

HUGO QUINTERO BERNATE

MYRIAM ÁVILA ROLDAN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Prevaricato por acción, Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto y
Tráfico de influencias.

2 Radicado No. 31277 del 3 de diciembre de 2009.