



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

GERARDO BARBOSA CASTILLO

Magistrado Ponente

AP6862-2024

Segunda Instancia N° 63029

Acta No. 273

Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de dos mil veinticuatro (2024).

I. ASUNTO

La Corte resuelve el recurso de **apelación** interpuesto por el apoderado de la víctima Óscar de Jesús Chalarca Vélez, en contra del auto proferido el 14 de septiembre de 2022 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, mediante el cual **se decretó la preclusión en favor de GUIDO RIVERO MOUTHON**, por **atipicidad del hecho investigado**.

II. ANTECEDENTES FÁCTICOS

El 17 de enero de 2017, Freddy Alonso Chalarca Vélez acudió al inmueble ubicado en la Calle 30 No. 4B-400 y Carrera 10 No. 27B-211 de Barranquilla, donde funciona una tienda de Homecenter, en compañía de Roberto Pacheco, quien era subcontratista del complejo inmobiliario y había sido contratado con anterioridad para adelantar obras de refrigeración en la construcción.

Chalarca Vélez asistió al inmueble porque Roberto Pacheco realizaría un trabajo complementario, consistente en terminar un cableado dirigido hacia los tableros electrónicos, acordando que se desarrollaría esa labor en calidad de subcontratista. Al ingresar al buitrón de acceso a los ductos del almacén, Freddy Alonso Chalarca Vélez cayó desde una altura aproximada de 6 metros ocasionándose su muerte, pues la plataforma carecía de barandas protectoras.

Con fundamento en lo anterior, se radicó una denuncia en contra de Juan José Zapata, gerente de la tienda Homecenter y Cristian Armando Bernal Calvo, director de la obra, al considerar que serían penalmente responsables por el delito de homicidio culposo. La noticia criminal con radicado No. 080016001055201700414 fue asignada a **GUIDO RIVERO MOUTHON**, quien se desempeñaba como Fiscal 38 Seccional de Barranquilla.

El 13 de octubre de 2020, en curso de la etapa de indagación preliminar, el fiscal ordenó el archivo de las

diligencias por atipicidad objetiva de la conducta, con fundamento en la auto puesta en peligro de Freddy Alonso Chalarca Vélez.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

Óscar de Jesús Chalarca Vélez, hermano del occiso, denunció al fiscal **GUIDO RIVERO MOUTHON** por el delito de prevaricato por acción, al considerar que el archivo se fundamentó en aspectos de tipicidad subjetiva que le impedían adoptar esa decisión, puesto que, en ese caso, estaba obligado a acudir ante el juez de conocimiento para solicitar la preclusión.

El 17 de noviembre de 2021, en curso de la etapa de indagación preliminar, el Fiscal 1º Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla radicó solicitud de preclusión, por inexistencia de mérito para acusar y atipicidad del hecho investigado.

El 19 de julio de 2022, la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla dio inicio a la audiencia de solicitud de preclusión. El fiscal sustentó su petición con base en los argumentos que se exponen a continuación:

Indicó que la decisión de archivo podía ser más suficiente, pero que de ninguna manera era manifiestamente ilegal; que no existían motivos para imputar a los funcionarios de Homecenter, que era lo realmente pretendido por el denunciante.

Agregó que la orden de archivo se basó en consideraciones sobre los elementos materiales probatorios, el fallecido no estaba autorizado para ingresar a esa zona restringida, no tenía contrato vigente con Homecenter y la obra en la que intervino había culminado días atrás.

Señaló que si el delito objeto de indagación era culposo, lo primero era verificar la configuración de sus elementos objetivos, por lo que, contrario a lo afirmado por el denunciante, en ningún momento se realizaron consideraciones sobre el tipo subjetivo, aunque se haya analizado el comportamiento desplegado por el fallecido y el nexo de causalidad entre el resultado y la conducta de los denunciados.

Añadió que, incluso, dentro de un proceso de responsabilidad civil extracontractual que se adelantó por los mismos hechos se absolvió a la empresa demandada, puesto que no se demostró la culpa de Sodimac - Home Center y, por el contrario, se atribuyó la causa de la muerte a la culpa exclusiva de la víctima que ingresó al lugar sin la autorización respectiva y sin las medidas de seguridad correspondientes.

Finalmente, argumentó que el delito de prevaricato por acción es doloso y que, en esa medida, no encontró que la conducta del indiciado se haya realizado con la intención de contrariar la ley de manera consciente y voluntaria.

En sesión del 9 de septiembre de 2022, el apoderado del denunciante se opuso a la solicitud de preclusión elevada por el fiscal. Por su parte, el procurador judicial y el indiciado, actuando en causa propia, coadyuvaron la petición.

En sesión del 15 de diciembre de 2022, la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla realizó la lectura del auto fechado el 4 de septiembre anterior, en el que se resolvió «precluir la presente investigación en favor del Dr. Guido Rivero Mouthon». En sesión del día siguiente, el apoderado de la víctima sustentó el recurso ordinario de apelación interpuesto en contra de la decisión.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Tribunal decidió precluir la investigación en favor de **GUIDO RIVERO MOUTHON** por la atipicidad objetiva y subjetiva de su conducta.

En su criterio, no se estructuró el delito de prevaricato en la decisión de archivar las diligencias con radicado No. 08-001-60-01-257-2021-50012-00, en la medida en que, si bien tal determinación podría llegar a considerarse equivocada, de ninguna manera cumple con la característica de ser ostensiblemente contraria a la ley.

Como el fiscal solo puede ordenar el archivo de una investigación por razones de atipicidad objetiva y no subjetiva, analizó las razones por las cuales **GUIDO RIVERO MOUTHON** adoptó tal determinación. Así, concluyó que «la decisión de

archivar la investigación se tomó sobre la base de una auto puesta en riesgo de la víctima».

Se refirió también al análisis de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional sobre el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, destacando que *«el archivo de las diligencias es una facultad asignada a la Fiscalía General de la Nación cuando constata en el caso concreto la ausencia de los presupuestos mínimos para ejercer la acción penal»*. En tal sentido, recordó que esta figura procede cuando la Fiscalía *«no encuentra los motivos y circunstancias fácticas que permitan la caracterización del hecho como delito, debiéndose entender que se hace alusión a los elementos de la tipicidad objetiva»*.

En relación con el caso concreto, precisó que en los eventos de auto puestas en riesgo no puede imputarse el tipo objetivo a un tercero, por lo que no es correcto afirmar que *«cuando un fiscal archiva una investigación con fundamento en la auto puesta en riesgo se está basando en razones subjetivas»*, puesto que dichos aspectos integran los elementos objetivos del delito culposos.

De esta manera, concluyó que la decisión del fiscal denunciado obedeció a razones objetivas, pues sus fundamentos hacen parte de la tipicidad objetiva del delito culposos. Bajo esa premisa, se descartó la configuración del elemento típico de *«ostensiblemente contraria a la ley»* que se ha pretendido atribuir a la decisión del fiscal investigado.

Explicó que en el delito de prevaricato por acción el juicio no debe ser de acierto sino de legalidad, entonces, «*cuando se está frente a una situación de difuso entendimiento y que acepta interpretaciones discrepantes, como en el caso que ahora nos ocupa, no es posible hablar de un comportamiento manifiestamente ilegal*».

Citando la jurisprudencia de esta Corte, agregó que no basta con realizar una interpretación diversa a la predominante para estimar que se está frente a un delito de prevaricato por acción. Y en ese sentido destacó que, así como un juez de control de garantías ordenó el desarchivo de la actuación para continuar con la indagación, un juez civil del circuito respaldó lo concluido por el denunciado sobre la *culpa exclusiva de la víctima*.

V. EL RECURSO DE APELACIÓN

El recurrente cuestiona que el Fiscal 1° Delegado ante el Tribunal haya fundamentado la solicitud de preclusión en la atipicidad del hecho investigado, pues insiste en que el fiscal **GUIDO RIVERO MOUTHON** no podía ordenar el archivo haciendo juicios de valor sobre el comportamiento de la víctima, al tratarse de elementos subjetivos de la responsabilidad penal.

En este sentido, reitera que esos razonamientos están vedados en sede de archivo porque se trata de asuntos de fondo que deben ser resueltos por el juez de conocimiento. Además, las pruebas obrantes en el expediente demostraban que el

resultado muerte se produjo porque se incumplió con una norma técnica que regula la actividad peligrosa en la construcción.

Explica que los buitrones deben estar protegidos con barandas protectoras y que, al no estar instaladas en el sitio donde cayó la víctima, se realizó una conducta omisiva penalmente relevante atribuible a los responsables en esa construcción. Agrega que esas personas tenían una posición de garante y que ordenaron la instalación de las barandas inmediatamente después de la ocurrencia del hecho.

Asegura que el fiscal denunciado sabía que no se podía archivar en casos de delitos culposos cuando se discute la infracción al deber objetivo de cuidado, el principio de confianza o el criterio del hombre medio; y tampoco cuando la controversia gira alrededor de la existencia o no de una posición de garante en los delitos de omisión impropia o comisión por omisión.

Por ello afirma que, tanto en la decisión de archivo cuestionada como en la providencia impugnada, se desconoció la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, concretamente en lo referido a la imposibilidad de archivar por razones subjetivas y a la regla según la cual al fiscal no le compete *«hacer juicios de valor acerca del tipo subjetivo y de la existencia o no de causales de exclusión de responsabilidad, pues de adentrarse en este ámbito, no podría ordenar el archivo de las diligencias y, por el*

contrario, tendría que acudir al Juez de Conocimiento para solicitar la preclusión de la actuación».

A su vez, refiere que la decisión del indiciado *«es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo»*. Asevera que el fiscal actuó con dolo, que la decisión de archivo es groseramente ilegal y le censura que haya apelado el auto de desarchivo ordenado por un juez de control de garantías.

Añade que el fiscal ya contaba con muchos elementos materiales probatorios que ameritaban imputar o solicitar preclusión, pero nunca archivar. Así, en su criterio, con ese material se debía imputar a Juan José Zapata, gerente de Homecenter, pues la evidencia descartaba la auto puesta en peligro porque no existían las barandas y no es cierto que se hayan *«volado»* las seguridades del establecimiento.

Critica al Fiscal 1° Delegado porque no se encargó de verificar si el denunciado actuó de manera análoga en procesos similares, pues, a diferencia de lo considerado por el Tribunal Superior, estima que la decisión no requería conocimientos profundos porque se trata de un tema pacífico y decantado por la jurisprudencia.

Finalmente, considera que debe revocarse la decisión impugnada porque *«son insuficientes los argumentos para llevar el conocimiento cierto de la configuración de la causal de*

preclusión incoada, pues no hay duda que con todo el acervo del material probatorio aportado se debe considerar que la decisión de archivo es manifiestamente contraria a la ley».

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

6.1. Competencia

En virtud del contenido de los artículos 32, 176 y 177 numeral 2° de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de los recursos de apelación, que se promueven en contra de los autos y las sentencias proferidas por los tribunales superiores de distrito judicial en primera instancia.

El estudio se circunscribirá al examen de los aspectos que son objeto de impugnación y de los inescindiblemente vinculados con ella, de ser necesario, en aplicación del principio de limitación funcional que rige el trámite de la segunda instancia.

6.2. Delimitación del problema

El auto que decretó la preclusión en primera instancia, en esencia, se fundamentó en que la orden de archivo proferida por el fiscal **GUIDO RIVERO MOUTHON** no es manifiestamente contraria a la ley como lo exige el delito de prevaricato por acción, en la medida en que, tal como lo ha precisado la jurisprudencia, se produjo por atipicidad objetiva

de la conducta, que no subjetiva como se consignó en la denuncia.

El recurrente, en contra de lo resuelto por el Tribunal, postula que: (i) la orden de archivo es *groseramente* ilegal porque está basada en razones de atipicidad subjetiva; (ii) el fiscal indiciado, en lugar de archivar, tenía la obligación de acudir ante el juez de conocimiento a solicitar la preclusión; (iii) los elementos materiales probatorios acopiados descartaban la auto puesta en riesgo de Freddy Alonso Chalarca Vélez.

Entonces, con la finalidad de resolver la controversia planteada, la Sala se referirá puntualmente a los siguientes asuntos: (i) la preclusión; (ii) el archivo de las diligencias; (iii) el prevaricato por acción; (iv) la orden de archivo cuestionada; y (v) aplicación al caso concreto.

6.3. La preclusión

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 al fiscal para solicitar la preclusión de la investigación ante el juez de conocimiento cuando, acorde con lo dispuesto en la ley, no hubiese mérito para acusar.

Esa misma facultad se reitera y desarrolla en los artículos 114-10 y 331 de la Ley 906 de 2004. Además, como fue explicado en la sentencia C-591 de 2005, puede ejercerse incluso con anterioridad a la formulación de la imputación, esto es, durante la etapa de indagación preliminar.

En este mismo sentido, la Sala de Casación Penal se ha pronunciado frente a la preclusión, señalando que:

(...) la Fiscalía General de la Nación cuenta con la obligación de adelantar la acción penal y efectuar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, siempre y cuando existan motivos y hechos que indiquen su posible existencia. Asimismo, la facultad de solicitar la preclusión ante el juez de conocimiento cuando no existiere mérito para continuar con la investigación¹.

Debido a la fuerza de cosa juzgada que tiene la decisión mediante la cual se decreta la preclusión, que pondrá fin al ejercicio de la acción penal de manera anticipada, se exige que la causal que la sustenta se encuentre demostrada de manera cierta, es decir, que respecto de ésta no exista duda o posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo².

Por tanto, la solicitud de preclusión no puede ser una simple exposición o alegación argumentativa por parte del peticionario, sino que debe contar con el respectivo sustento probatorio para que el juez pueda llegar al conocimiento necesario para decretarla.

¹ Auto del 10 de abril de 2019, radicado 52706.

² CSJ AP, 24 jun. 2008, rad. 29344; CSJ AP, 27 sept. 2010, rad. 34177; y CSJ AP, 24 jul. 2013, rad. 41604.

De otro lado, en lo pertinente al caso concreto, el numeral 4° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 establece como causal de preclusión de la investigación, entre otras, la «*atipicidad del hecho investigado*».

Y como la norma no distingue entre la atipicidad *objetiva* y la *subjetiva*, la Sala ha considerado que, a partir de una interpretación literal y sistemática del precepto, se concluye necesariamente que abarca ambas categorías y sobre ello debe recaer el examen³.

6.4. El archivo de las diligencias

El artículo 79 de la Ley 906 de 2004, establece que «*cuando la fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación*».

Esta potestad, radicada exclusivamente en cabeza del fiscal, solo puede ejercerse durante la etapa de indagación preliminar, esto es, antes de la celebración de la audiencia de formulación de imputación o, en los casos tramitados bajo el procedimiento especial abreviado, antes del traslado del escrito de acusación.

³ CSJ AP242, 29 ene. 2020, rad. 55753.

A partir de ese texto legal, en principio podría pensarse que la imposibilidad de caracterizar un hecho como delito se refiere a cualquiera de los elementos que jurídicamente lo componen, como mínimo una conducta típica y antijurídica, sin perjuicio de la exigencia de culpabilidad y/o responsabilidad para que pueda ser punible, de conformidad con lo previsto en el artículo 9° del Código Penal.

Bajo ese mismo entendimiento se podría concluir que, antes de la formulación de imputación, la fiscalía, cuando menos, se encontraría facultada para ordenar el archivo de las diligencias en situaciones de ausencia de conducta, atipicidad -objetiva y subjetiva- y falta de antijuridicidad, lo que incluiría el reconocimiento de las causales de permisión y/o justificación.

Sin embargo, la figura del archivo de las diligencias fue sometida a control de constitucionalidad en la Corte Constitucional, lo que, sin duda alguna, resultó en un acotamiento de las posibilidades del fiscal para archivar la actuación durante la etapa de indagación preliminar.

Mediante sentencia C-591 de 9 de junio de 2005, se resolvió que cuando no existe merito para acusar, incluso antes de la formulación de la imputación, la fiscalía debe acudir ante el juez de conocimiento para solicitar la preclusión, en lugar de ordenar directamente el archivo de las diligencias.

En este sentido, ante la constatación de alguna de las causales de preclusión previstas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, sin importar que ello ocurra durante la etapa de

indagación preliminar, al fiscal le estaría vedado acudir al archivo de la actuación, lo que no solo restringió sus posibilidades en la materia, sino que generó inquietudes sobre las circunstancias en las que resultaría procedente archivar.

Así, en la misma sentencia la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

*Para que un hecho pueda ser caracterizado como delito o su existencia pueda ser apreciada como posible, se deben presentar unos presupuestos objetivos mínimos que son los que el fiscal debe verificar. Dichos presupuestos son los atinentes a la tipicidad de la acción. **La caracterización de un hecho como delito obedece a la reunión de los elementos objetivos del tipo.** La posibilidad de su existencia como tal surge de la presencia de hechos indicativos de esos elementos objetivos del tipo⁴. (Negrilla fuera de texto)*

Poco tiempo después, mediante sentencia C-1154 de 15 de noviembre de 2005, se resolvió la exequibilidad del artículo 79 de la Ley 906 de 2004, referido al archivo de las diligencias, en el entendido de que la expresión «*motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito*», corresponde únicamente al ámbito de la tipicidad objetiva.

En esa misma decisión, sobre el archivo de las diligencias por atipicidad objetiva se precisó lo siguiente:

*La orden de archivo de las diligencias procede cuando se constata que no existen “*motivos y circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito*”. **La amplitud de los términos empleados en la norma acusada para referirse a la causa del archivo, hace necesario precisar la expresión para que se excluya cualquier interpretación de la norma que no corresponda a la verificación de la tipicidad objetiva.** También, para impedir que en un momento inicial se tengan en cuenta consideraciones de otra*

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005

naturaleza sobre aspectos que le corresponden al juez, y no al Fiscal. No le compete al fiscal, al decidir sobre el archivo, hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad. Lo que le compete es efectuar una constatación fáctica sobre presupuestos elementales para abordar cualquier investigación, lo que se entiende como el establecimiento de la posible existencia material de un hecho y su carácter aparentemente delictivo. En ese sentido se condicionará la exequibilidad de la norma. (Negrilla fuera de texto)

Del texto citado se concluye que la orden de archivo proferida por un fiscal, sólo resulta admisible cuando se encuentra que el hecho indagado no se ajusta a los elementos objetivos de ningún tipo penal previsto en la ley, es decir, que la conducta del indiciado es objetivamente atípica. En este sentido, se puede afirmar que el archivo es improcedente cuando se motiva en la atipicidad subjetiva de la conducta, o en el reconocimiento de causales de justificación o inculpabilidad.

En la misma dirección, esta Sala en CSJ AP336, 25 ene. 2017, rad. 48759, estableció que:

(...) la orden de archivo se produce precisamente, porque el ente acusador ha podido descartar la necesidad de ejercer la acción penal al constatar que las circunstancias fácticas sobre las que se adelantó la indagación o pesquisas no se adecuan a los elementos objetivos de los tipos penales contenidos en la legislación penal.

Pero, aunque lo anteriormente expuesto parece delimitar el ámbito de aplicación del archivo con claridad, especialmente para diferenciarlo de las causales de preclusión durante la etapa de indagación preliminar, no se puede desconocer que tanto la doctrina como la jurisprudencia penal han debatido

sobre los asuntos que deben tenerse en cuenta en el juicio de adecuación al tipo objetivo, es decir, acerca de los elementos objetivos que constituyen la tipicidad.

La propia Corte Constitucional reconoció en C-1154 esta problemática, por ello precisó lo siguiente:

Sin entrar en detalles doctrinarios sobre el tipo objetivo, se puede admitir que “al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado.”⁵ Cuando el fiscal no puede encontrar estos elementos objetivos que permiten caracterizar un hecho como delito, no se dan los presupuestos mínimos para continuar con la investigación y ejercer la acción penal. Procede entonces el archivo.⁶

A partir de la interpretación realizada por la Corte Constitucional sobre los conceptos de «*presupuestos objetivos mínimos*» y «*tipicidad objetiva*», para concluir con ello que el archivo de las diligencias sólo procede cuando los hechos no existieron y cuando no se presentan circunstancias que acrediten su caracterización como delito, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, al resolver un conflicto de competencias el 5 de julio de 2007 dentro del radicado 11-001-02-30-015-2007-0019, con una finalidad pedagógica se encargó de precisar algunos supuestos en los que la fiscalía puede archivar las diligencias y otros en los que no resulta posible hacerlo.

Como consecuencia de lo expuesto en el auto de la Sala Plena de la Corte, a la inexistencia del hecho investigado y la

⁵ Roxin, Claus. 1999. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos, la Estructura de la Teoría del Delito*, p. 304. Madrid: Civitas.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1154 de 2005.

atipicidad objetiva de la conducta como causales de archivo de las diligencias, se agregaron también: (i) la imposibilidad fáctica y jurídica de efectuar la acción; (ii) la imposibilidad de encontrar o establecer el sujeto activo; y (iii) la imposibilidad de encontrar o establecer el sujeto pasivo (CSJ SP, 21 sep. 2011, rad. 37205)⁷.

Y, además, como se expuso en CSJ SP4513, 17 oct. 2018, rad. 51885, mientras que para la Corte Constitucional, «siguiendo a un connotado doctrinante alemán, al tipo objetivo pertenecen el sujeto activo del delito, la acción típica y, por regla general, también la descripción del resultado penado», para la Corte Suprema de Justicia, además de dichos elementos, la tipicidad objetiva se configura con múltiples componentes que varían de acuerdo con la estructura de cada tipo penal en concreto, su forma de realización, la calificación de los sujetos agentes, entre otras.

De otro lado, la Sala reitera⁸ que la naturaleza jurídica del archivo de las diligencias es su provisionalidad, motivo por el cual la respectiva orden motivada debe comunicarse a la víctima y al Ministerio Público, para garantizar la oportunidad de solicitar el desarchivo de la actuación y la continuidad del trámite procesal cuando: (i) se encuentren nuevos elementos materiales probatorios o evidencia física; y (ii) se acredite que la orden del fiscal era improcedente por incumplirse los presupuestos establecidos en la ley y la jurisprudencia.

⁷ Se hace referencia al auto de 5 jul. 2007, CUI 11001023001520070019.

⁸ Cfr. CSJ SP1297, 29 may. 2024, rad. 59688.

6.5. El delito de prevaricato por acción⁹

El artículo 413 de la Ley 599 de 2000, precisa: «*el servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en...*».

De acuerdo con esta descripción típica, son elementos estructurales del punible de prevaricato por acción: (i) un sujeto activo calificado –servidor público–; (ii) una resolución, dictamen o concepto proferido en desarrollo de sus funciones; y, (iii) que la decisión adoptada sea manifiestamente contraria a la ley.

El elemento normativo «*manifiestamente contrario a la ley*», se configura cuando la decisión desconoce abiertamente la realidad probatoria o porque, sin explicación alguna, se distancia del texto o sentido de la norma llamada a regular el caso, haciendo que, de entrada, se revele objetivamente caprichosa o arbitraria, producto «*del desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo*» (Cfr. CSJ SP4620–2016, 13 abr. 2016, rad. 44697; CSJ SP1310–2021, 14 abr. 2021, rad. 55780; y, CSJ SP506–2023, 29 nov. 2023, rad. 61969).

Esto significa, en criterio de la Corte, que para la estructuración del referido elemento del tipo penal objetivo no es suficiente que la providencia sea simplemente ilegal, o desacertada, sino que es necesario que la disparidad del acto con los enunciados normativos o la comprensión de sus contenidos sea de tal entidad que «*no admita justificación*».

⁹ Reiteración de jurisprudencia Cfr. CSJ SP2487-2024, 11 sept. 2024, rad. 57115.

razonable alguna» (Cfr. CSJ AP4267–2015, 29 jul. 2015, rad. 44031 y CSJ SP3578–2020, 23 sep. 2020, rad. 55140).

Una decisión es manifiestamente contraria a la ley cuando *«la contradicción entre lo demandado por la ley y lo resuelto sea notoria, grosera o de tal grado ostensible que se muestre de bulto con la sola comparación de la norma que debía aplicarse»* al momento de la realización de la conducta reprochada (Cfr. CSJ SP, 15 abr. 1993).

En otras palabras, no puede ser producto de elocuentes y refinadas interpretaciones, complejas disertaciones o intrincadas elucubraciones. Es la inmediatez con la que se pueda detectar la disonancia entre la ley y la decisión lo que provoca la crítica y el cuestionamiento en sede penal, pues, si dicho descubrimiento se retarda porque involucra una actividad intelectual de compleja estirpe, el componente que aquí se trata de explicar carecería de adecuación al respectivo evento.

La acreditación de estos tópicos exige tener en cuenta los fundamentos jurídicos y probatorios en los que el funcionario judicial sustentó la decisión tildada de prevaricadora, así como las circunstancias en que fue proferida y los elementos de juicio con los que contaba al momento de pronunciarse, a partir de un análisis *ex ante* y no *a posteriori* del caso (Cfr. CSJ SP, 3 jul. 2013, rad. 38005; CSJ SP7830–2017, 1 jun. 2017, rad. 46165; y CSJ SP467–2020, 19 feb. 2020, rad. 55368, entre otras).

En lo que respecta al elemento subjetivo de la conducta, como quiera que el delito de prevaricato por acción es de modalidad dolosa, esto implica probar que el autor sabe que actúa «*en contra del derecho y que, tras ese conocimiento, voluntariamente decide vulnerarlo*» (Cfr. CSJ SP2129–2022, 25 may. 2022, rad. 54153). Vale decir, que obra con conocimiento y voluntad de desconocer la normatividad legal aplicable al caso (Cfr. CSJ SP668–2021, 3 mar. 2021, rad. 51652 y CSJ SP1310–2021, 14 abr. 2021, rad. 55780).

La Corte tiene establecido que cuando la decisión está orientada a generar beneficios propios o ajenos, el dolo puede deducirse al contener criterios subjetivos, argumentos caprichosos, arbitrarios, abiertamente absurdos, o cuando posteriormente se dan explicaciones basadas en hechos que procesalmente resultan inexistentes, ocultados o tergiversados (Cfr. CSJ SP, 3 ago. 2005, rad. 22112), situaciones de las que emerge que el ánimo del funcionario es abandonar el propósito de administrar justicia y la aplicación de las normas llamadas a regular el asunto a resolver (Cfr. CSJ SP14499–2014, 23 oct. 2014, rad. 39538; CSJ SP1657–2018, 16 may. 2018, rad. 52545; y CSJ SP506–2023, 29 nov. 2023, rad. 61969).

También resulta viable acudir al examen de los elementos objetivos debidamente demostrados, como la naturaleza de la decisión, la complejidad del asunto, la claridad de las normas aplicables y la trayectoria y experiencia profesional del acusado (Cfr. CSJ SP, 3 ago. 2005, rad. 22112), de los cuales pueda inferirse razonadamente el conocimiento y la voluntad en el actuar contrario a derecho por parte del sujeto activo de la

conducta (Cfr. CSJ SP740–2018, 18 abr. 2018, rad. 50132 y CSJ SP3142–2020, 19 ago. 2020, rad. 57793).

La Sala tiene decantado, además, que no son objeto de reproche penal las decisiones producto de la impericia, ignorancia o inexperiencia del funcionario (Cfr. CSJ SP2438–2019, 3 jul. 2019, rad. 53651 y CSJ SP1971–2020, 1 jul. 2020, rad. 56203); y que la conducta efectivamente se configura cuando no está presente «*la convicción de acertar, de obrar bien, de buena fe, sino la finalidad opuesta a estos propósitos*» (Cfr. CSJ SP8367–2015, 1 jul. 2015, rad. 45410 y CSJ SP13969–2017, 6 sep. 2017, rad. 46395).

6.6. La orden de archivo cuestionada

La orden de archivo emitida por el fiscal **GUIDO RIVERO MOUTHON** por atipicidad de la conducta, se fundamentó en las siguientes consideraciones de orden fáctico, probatorio y jurídico:

Procede esta agencia fiscal a resolver lo pertinente dentro de la indagación radicada 080016001055201700414, con ocasión de los hechos acaecidos el día 17 de enero de 2017, donde el señor FREDY ALONSO CHALARCA VELEZ perdió la vida, cuando cayó de un buitrón ubicado en el almacén Homecenter de la calle 30 con carrera 10 de la ciudad de Barranquilla.

(...)

Pero, muy a pesar de las afirmaciones que hace el abogado de víctima, soportados por supuesto en las evidencias que presenta ante esta delegada, como son los dos videos aportados y que al parecer realizara el señor LUIS REYES trabajador de Homecenter, como también las declaraciones o entrevistas que realizara la Fiscalía General de la Nación a través de los investigadores judiciales RODRIGO GARZÓN YESID y PULIDO CRUZ JUAN CAMILO, a los señores MIGUEL ANTONIO DÍAZ ESMERAL y ROBERTO JOSÉ

PACHECO MORALES, muy a pesar de lo impactantes que puedan ser estas, hay hechos que son trascendentales que la Fiscalía no puede dejar de lado y debe tener en cuenta cuando se va a tomar una decisión de esta naturaleza.

Primero: no es cierto que los señores MIGUEL ANTONIO DÍAZ ESMERAL, ROBERTO JOSÉ PACHECO y el difunto FREDY ALONSO CHALARCA tuvieran vínculo laboral directo o indirecto con Homecenter o con contratistas relacionados para la fecha 17 de enero de 2017, fecha en que se dio el siniestro. Esto se desprende de las certificaciones que hicieron NANCY LEAL, representante legal de Equimedis Plus, pues afirman que desconocen cualquier suceso o incidente presentado donde se involucre a FREDY CHALARCA VELEZ, el trabajo al cual se hace referencia fue recibido a satisfacción por constructora Morano el día 14 de enero de 2017, no obstante, como ustedes mencionan en su comunicación el siniestro se presentó el 17 de enero de 2017.

De igual forma CLAUDIA SANCHEZ MORANO, gerente de CONSTRUZIONE, certifica que los trabajos realizados a nuestro local por el tema de instalación de aires acondicionados se desarrollaron desde el 6 de enero de 2017 al 14 de enero del mismo año. Y el mismo ROBERTO PACHECO MORALES, le certifica a PREDIA SAS, arquitecto SANTIAGO RESTREPO, "(...) en fecha 19 de enero de 2017, certifica el trabajo que realicé a su empresa inició el 6 de enero de 2017 día viernes y finalizó con la entrega final el día 14 de enero de 2017, día sábado y que durante ese periodo no se presentó ningún accidente laboral ni de mi persona y mucho menos de mis trabajadores".

Segundo: las obras que se estaban realizando en el lugar donde está ubicado el buitrón, estaban a cargo del arquitecto CRISTIAN ARMANDO BERNAL CALVO y no del señor ROBERTO PACHECO MORALES o empresa que hubiere subcontratado a este, pues la obra que este estaba realizando ya había sido entregada el 14 de enero de 2017.

Tercero: el arquitecto CRISTIAN ARMANDO BERNAL CALVO no tenía para ese día programada actividad en esa zona y por eso el lugar donde accedieron al buitrón tenía su respectiva puerta con chapa de seguridad. No entiende cómo accedieron al mismo, dicho en declaración ante funcionarios de policía judicial. Esto nos indica que el día 17 de enero de 2017, los señores ROBERTO PACHECO, MIGUEL DÍAZ ESMERAL y el difunto FREDY ALONSO CHALARCA VELEZ entraron sin autorización a una zona restringida del almacén, puesto que para la fecha no tenían ningún vínculo laboral directa o indirectamente, en consecuencia, debían informar al administrador o al contratista encargado de la zona que pretendían ingresar para permitirles el acceso e implementar los protocolos establecidos para ello.

Pero no solo el ingreso fue irregular, sino que además burlaron seguridades, pues ingresaron por la puerta principal por donde entran los clientes y para poder ingresar a una zona restringida inclusive volaron la cerradura que asegura la entrada de la puerta del buitrón. Evidentemente el acceso del señor ROBERTO PACHECO, MIGUEL DÍAZ ESMERAL y el difunto FREDY ALONSO CHALARCA VELEZ fue irregular, puesto que su vínculo laboral había desaparecido desde el 14 de enero, fecha en que se hizo entrega de la obra a conformidad como dice su certificación, no existiendo un vínculo formal del señor ROBERTO PACHECO con Homecenter o contratistas afines, no podía éste ingresar a ese sector sin la autorización previa. Si pretendía contratar a los señores MIGUEL ANTONIO DÍAZ y FREDY ALONSO CHALARCA VELEZ para un trabajo independiente, debió él asumir su responsabilidad y por ende tomar las previsiones necesarias para minimizar los riesgos, entre ellos por lo menos le debió solicitar al arquitecto director de la obra de esa zona la autorización correspondiente para ver si éste le permitía el acceso, pero como era algo indebido no lo hizo, pues de lo contrario le hubiese hecho las exigencias de ley para que éste implementara los protocolos o, contrario sensu, corría el riesgo que no se autorizara el acceso al mismo, pues es evidente que FREDY CHALARCA, MIGUEL ANTONIO DÍAZ y su contratista ROBERTO PACHECO, no ingresaron como cliente comprador al almacén, sino a realizar una actividad diferente no autorizada.

Al ingresar de forma irregular a realizar una actividad no autorizada por el contratista o en su defecto por el gerente de la tienda, estos asumieron su propio riesgo. La Fiscalía cuenta con el video del día de los hechos suministrado por la tienda y se observa que, efectivamente, los señores FREDY ALONSO CHALARCA VELEZ, MIGUEL ANTONIO DÍAZ y ROBERTO PACHECO ingresaron como clientes, pero no se observa que hayan informado que iban a realizar una actividad diferente, es evidente que así lo hubieran hecho no se les hubiese autorizado, porque para ello es necesario que previo les hubieren exigido seguridad o cobertura para trabajos de riesgo, pues nadie puede entrar a trabajar sin tener los seguros correspondientes.

Es cierto que se asumió su propio riesgo cuando la víctima consciente y voluntariamente ingresó sin autorización a realizar una labor que no le había sido encomendada por la persona que tenía a su cargo la protección del bien jurídico protegido, o que se le había encomendado como garante la vigilancia de esa determinada fuente de riesgo.

Ahora bien, no se está hablando de un lugar abierto, sino cerrado, estrecho, oscuro y con limitaciones para su ingreso, pues había que pasar una puerta pequeña con seguro que fue forzada, esto se deja ver en la inspección técnica que se hizo al lugar de los hechos.

La autopuesta en peligro o principio de propia responsabilidad, copiado de la jurisprudencia española, como lo dice la jurista EMILIA ROS MARTÍNEZ, que es aplicado en los supuestos en los cuales se atribuye la responsabilidad por las consecuencias de un hecho lesivo

a la víctima del delito, quien con su comportamiento generó o aumentó el peligro de vulneración del bien jurídico del cual es titular.

Desde el punto de vista de la teoría del delito, en especial de la imputación objetiva, así como la perspectiva victimo dogmática se analiza la hipótesis de que pudiera calificarse de autopuesta en peligro, es decir, cuando la víctima no es ajena con su comportamiento a la producción del resultado.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia 36082 de enero 25 de 2012, M.P. María del Rosario González Muñoz: “Esta figura se presenta cuando el titular del bien jurídico realiza una acción riesgosa para sus intereses, en desarrollo de una situación creada o favorecida por un tercero. Un claro ejemplo de ella se da cuando los pasajeros de un vehículo asumen el riesgo de desplazarse en él, a sabiendas que el conductor ha consumido licor”.

En este caso particular los señores FREDY ALONSO CHALARCA VELEZ, ROBERTO PACHECO y MIGUEL DÍAZ ESMERAL, asumieron voluntariamente el riesgo de ingresar a una obra donde no tenían permitido el acceso y que era previsible que podían darse desenlaces fatales como sucedió, que pudieron haber sido los tres, e infortunadamente fue el primero de estos, siendo, así las cosas, es incuestionable que la responsabilidad se traslada a la víctima.

6.7. Aplicación al caso concreto

La Sala anticipa que confirmará la providencia impugnada, puesto que, en el mismo sentido de lo resuelto por el Tribunal, encuentra que la conducta del fiscal **GUIDO RIVERO MOUTHON** no satisface los elementos típicos del delito de prevaricato por acción. Además, en contravía de lo propuesto por el recurrente, advierte que la fiscalía si presentó elementos de juicio y argumentos suficientes para acreditar la causal de preclusión seleccionada.

El Fiscal 1º Delegado ante el Tribunal Superior de Barranquilla sustentó la solicitud de preclusión con fundamento en la atipicidad del hecho investigado. Respecto de

la naturaleza jurídica de esta causal, la Sala ha sostenido¹⁰ que se entiende como la falta de adecuación del comportamiento a la descripción de un tipo penal, pues no concurren los elementos que lo conforman¹¹.

Como previamente se indicó, la jurisprudencia de esta Sala sostiene que los elementos objetivos del tipo penal de prevaricato son: (i) un sujeto activo calificado (servidor público); (ii) que profiera una resolución, dictamen o concepto; y (iii) que lo decidido sea manifiestamente contrario a la ley.

Sobre el primer elemento, la fiscalía aportó la resolución 2737 del 8 de septiembre de 2017 y el acta de posesión 287 del 12 de septiembre de 2017 de **GUIDO RIVERO MOUTHON** como Fiscal 31 Seccional de Barranquilla, cargo que ejercía al momento de proferir la decisión tildada de prevaricadora.

Sobre el segundo elemento, la fiscalía aportó la orden de archivo proferida el 13 de octubre de 2020, que se enmarca dentro de las clases de providencias previstas en el artículo 161 de la Ley 906 de 2004.

Sobre el tercer elemento, con base en el estudio de los elementos materiales probatorios, la fiscalía explicó que el archivo de la actuación se basó en consideraciones sobre los elementos de prueba acopiados y que no se realizaron valoraciones sobre el tipo subjetivo del delito culposo, aunque se haya verificado el comportamiento del fallecido y el nexo

¹⁰ Auto del 24 de mayo de 2017, radicado 50063.

¹¹ CSJ AP, 27 de noviembre de 2013, rad. 38458. Esta posición se reiteró en CSJ AP, 21 de mayo de 2014, rad. 42570 y CSJ AP, 30 de julio de 2014, rad. 44042.

entre el resultado y la conducta de los denunciados como parte del juicio objetivo de tipicidad, por lo que consideró que lo decidido no es manifiestamente contrario a la ley.

El Tribunal, por su parte, analizó si realmente se satisfacen los elementos para establecer la existencia del delito de prevaricato por acción. Concluyó que la decisión del fiscal denunciado no se basó en cuestiones de tipo subjetivo, sino que se fundamentó en el aspecto objetivo del delito de homicidio culposo. Bajo esa premisa, con razón se descartó la realización del elemento típico de “*ostensiblemente contraria a la ley que se ha pretendido darle a la decisión del fiscal investigado*”, con independencia del grado de acierto que pueda asignarse a lo resuelto.

La Sala evidencia que la decisión impugnada se encuentra debidamente sustentada, bajo razonamientos coherentes con los elementos aportados a la indagación. En ese sentido, coincide con la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla en que no puede predicarse la comisión de un prevaricato por acción porque la decisión de archivo censurada no puede calificarse como ostensiblemente ilegal, se trató de una aplicación plausible del artículo 79 de la Ley 906 de 2004, aunque con posterioridad se haya ordenado el desarchivo para proseguir con la investigación.

Como se reseñó en los antecedentes fácticos, Fredy Alonso Chalarca Vélez perdió la vida al caer desde una altura aproximada de 6 metros, cuando ingresaba por un buitrón para supuestamente realizar un trabajo en las instalaciones de

una tienda de Homecenter. Así, de cara a los elementos típicos del delito de homicidio culposo, es innegable la ocurrencia o existencia del resultado -muerte- previsto en el tipo.

Pero, como la denuncia se presentó en contra de Juan José Zapata, gerente de la tienda Homecenter y Cristian Armando Bernal Calvo, director de la obra de construcción del establecimiento, a efectos de una posible adecuación típica como homicidio culposo, no solo era necesario verificar la realización de alguna conducta infractora del deber objetivo de cuidado por parte de los denunciados, sino que, muy especialmente, se imponía constatar la existencia de un nexo o relación entre ese comportamiento y la muerte de Fredy Alonso Chalarca Vélez, conocido como *nexo de determinación o realización del riesgo en el resultado*, entre otras, según la postura doctrinal que se asuma.

Por lo anterior, de cara a la posibilidad de imputarle objetivamente a los denunciados el resultado de muerte que por una caída desde altura se produjo, no resulta extraño que el fiscal **GUIDO RIVERO MOUTHON** haya analizado el comportamiento del fallecido, el lugar específico en el que se encontraba cuando se produjo la caída y la relación existente entre los denunciados y Fredy Alonso Chalarca Vélez.

Así, como se encuentra establecido, luego de valorar los elementos materiales probatorios acopiados durante la indagación preliminar el fiscal consideró que la muerte era atribuible, únicamente, a la autopuesta en peligro del fallecido,

por lo que, en consecuencia, ordenó el archivo de la actuación por objetiva atipicidad.

El recurrente a lo largo de la actuación, ha insistido en que la orden de archivo es *groseramente* ilegal porque se fundamentó en razones de carácter subjetivo, en referencia a los elementos subjetivos del tipo de homicidio culposo y de la culpabilidad en materia penal.

Sin embargo, en contra de la postulación del impugnante, la Sala debe precisar que, independientemente de la acertada utilización de ese criterio normativo de imputación en el caso concreto, lo cierto es que el análisis del fiscal se mantuvo en el ámbito de los elementos objetivos del tipo penal, es decir que, como lo dispone la jurisprudencia constitucional, se produjo en sede de tipicidad objetiva.

Al respecto, la Sala también ha sostenido que en las denominadas acciones a propio riesgo, como la que se discute en el caso concreto, no puede imputársele el tipo objetivo a un tercero, en tanto que:

(...) la víctima, con plena conciencia, se pone en tal situación o permite que otra persona la coloque en esa circunstancia riesgosa, razón por la cual no puede imputarse al tercero el tipo objetivo, porque quien conscientemente se expone a un acontecer amenazante se hace responsable de las consecuencias de su propia actuación¹².

Entonces, la Corte ha enfatizado que en estos casos no puede imputarse el tipo objetivo a un tercero, por lo que no

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP-12912018 de 25 de abril de 2018, radicado 49680.

resulta viable concluir que el fiscal **GUIDO RIVERO MOUTHON** ordenó el archivo de las diligencias por razones de tipicidad subjetiva o de inculpabilidad. Y, en la misma medida, se trata de aspectos que hacen parte del tipo objetivo de un delito de realización imprudente o culposa.

A lo anterior, debe añadirse que la infracción al deber objetivo de cuidado forma parte de los elementos objetivos del tipo culposo pero, además, la Sala ha considerado que en el marco de la imputación objetiva su infracción se concibe desde el riesgo jurídicamente desaprobado¹³, lo que obviamente incorpora los criterios normativos de imputación que lo desarrollan.

En la providencia impugnada el Tribunal con acierto consideró:

Entonces, si es la misma jurisprudencia la que señala que en las auto puestas en riesgo no puede imputarse el tipo objetivo, no es posible decir que cuando un fiscal archiva una investigación con fundamento en la autopuesta en riesgo, se está basando en razones subjetivas, pues estos aspectos por lo que hemos visto hacen parte del tipo objetivo del delito culposo.

El recurrente, al momento de controvertir la argumentación del Tribunal, se equivoca cuando entiende que la afirmación: «en las auto puestas en peligro no puede imputarse el tipo objetivo», significa que las auto puestas en peligro no forman parte de la tipicidad objetiva, sino de la subjetiva. Se dice en el recurso:

¹³ Corte Suprema de Justicia, sentencias del 11 de abril de 2012, radicado 33920 y SP3070-2019 de 6 de agosto de 2019, radicado 52750.

No se entiende si concluye que la auto puesta en peligro no hace parte del tipo objetivo, por qué dice posteriormente que cuando se archivó por esa causal el fiscal no se está basando en razones subjetivas. Violó el Tribunal el principio de no contradicción en su razonamiento (...)

Entonces, de conformidad con lo previamente expuesto en esta parte considerativa, aunque se llegara a la conclusión de que lo deseable era que el fiscal denunciado hubiera acudido ante el juez de conocimiento para solicitar la preclusión por atipicidad de la conducta, especialmente por los aspectos que se encontraban sometidos a debate (autopuesta en riesgo, infracción al deber objetivo de cuidado, posición de garante, realización del riesgo en el resultado), no es posible concluir que el archivo de las diligencias le estaba absolutamente vedado, o que era ostensible que la única vía que tenía para proponer la atipicidad objetiva de los hechos investigados era la preclusión.

De otro lado, el recurrente alega que no existían elementos materiales probatorios que indicaran la autopuesta en riesgo del occiso. La Sala, aunque reitera que en este caso no le corresponde calificar el acierto de la decisión, ni de la valoración de los elementos materiales probatorios realizada por el fiscal, considera que no es materialmente correcto afirmar que la autopuesta en riesgo estaba completamente descartada.

El fiscal fundamentó su determinación en que Fredy Alonso Chalarca Vélez no tenía ningún vínculo contractual con los denunciados, que ingresó a una zona restringida del almacén sin que los denunciados le hubieran contratado para

la realización de trabajo alguno, que tampoco informó sobre su ingreso a la obra para que se autorizara formalmente su acceso y se implementaran los protocolos de seguridad correspondientes, que el lugar en que se produjo la caída no era de libre tránsito o de acceso al público, pues se trataba de un espacio pequeño sin iluminación, cuyo acceso debía realizarse por una puerta pequeña de 70 x 70 centímetros, entre otras consideraciones previamente transcritas.

Es por todo esto que el fiscal no advirtió una intervención de los denunciados en los hechos investigados, pues, desde un análisis de la imputación objetiva, éstos no tenían ningún vínculo con el occiso, ni deberes especiales de salvaguarda o protección en ese lugar del establecimiento.

Ahora bien, es cierto que en dicha plataforma interna no existía una baranda de protección y que su previa existencia habría evitado la producción del resultado prácticamente con seguridad. Esta situación fue mencionada por el fiscal en su decisión de archivo, pero no produjo los efectos esperados por el denunciante. Se trata de un asunto que resulta de gran utilidad en la discusión jurídica sobre la imputación objetiva del resultado de muerte a la conducta de los denunciados, pero que, sin lugar a dudas, no demuestra que la decisión de archivo haya sido manifiesta u ostensiblemente contraria a la ley.

En este sentido, aunque se trata de una decisión posterior que no resulta vinculante para el proceso penal, con la finalidad de respaldar que lo decidido por el indiciado no constituye una absurda o irrazonable interpretación de los

hechos, es pertinente destacar que en el proceso de responsabilidad civil extracontractual adelantado contra la empresa SODIMAC (Homecenter), se resolvieron desfavorablemente las pretensiones del demandante al no encontrarse demostrada la culpa, manifestando lo siguiente¹⁴:

Así en este punto que el despacho no logra establecer culpa en la conducta desplegada por SODIMAC COLOMBIA S.A.S, ni que esta fuera determinante para la ocurrencia del accidente que acabó con la vida del señor FREDY CHALARCA VELEZ, pues el lugar del siniestro no era de libre tránsito y la accionada tampoco autorizó el ingreso al finado, es así que, en consecuencia, la causa directa del accidente fue la imprudencia de los señores ROBERTO PACHECO MORALES, MIGUEL DIAZ ESMERAL Y FREDY CHALARCA VELEZ, y por tanto, detonante del accidente fatal, pues muy a pesar de que carecía de medidas de seguridad se encontraba restringido al público o personas no autorizadas.

Todo lo expuesto permite concluir que, si bien la decisión de archivo de las diligencias podría calificarse en mayor o menor medida como acertada o desacertada, lo cierto es que el análisis en el delito de prevaricato por acción consiste en un juicio de legalidad y no de acierto o de corrección. De esta forma, a diferencia de lo postulado por el recurrente, la decisión adoptada no aparece como ostensiblemente ilegal, tampoco como caprichosa, arbitraria o carente de sustento fáctico y jurídico, pues obedeció a una plausible interpretación de los hechos investigados y del artículo 79 de la Ley 906 de 2004.

Así, para la Sala se diluye la característica de ostensiblemente contraria a la ley que el denunciante le ha

¹⁴ Particularmente, en la sentencia proferida por el Juzgado 11 Civil del Circuito de Barranquilla el 30 de junio del 2021, dentro del proceso con radicado No. 080013153011219005300.

atribuido a la decisión del fiscal investigado. Se coincide, entonces, con el Tribunal Superior de Barranquilla en que:

(...) no es nuestra labor entrar a determinar cuál de las dos posiciones consulta con mayor justicia el ordenamiento legal colombiano, precisamente porque en el prevaricato el juicio no es de acierto, sino de legalidad, por ello nos basta con señalar, tal y como quieta y pacíficamente ha reconocido la jurisprudencia nacional, que cuando se está frente a una situación de difuso entendimiento y que acepta interpretaciones discrepantes, como en el caso que ahora nos ocupa, no es posible hablar de un comportamiento manifiestamente ilegal.

Lo anterior significa que las diferencias de criterio respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su complejidad o ambigüedad admiten diversas interpretaciones, no pueden considerarse como propias del injusto de prevaricato. Y, como se desprende de lo analizado en esta parte considerativa, no le asiste razón al impugnante cuando asegura que los asuntos tratados eran sencillos y que no requerían ningún conocimiento especializado.

Finalmente, aunque resulta innecesario adentrarse en el análisis del tipo subjetivo del delito de prevaricato por acción, no sobra precisar que la Sala tampoco advierte la realización de un comportamiento doloso por parte del fiscal **GUIDO RIVERO MOUTHON**.

En suma, como previamente se anunció, la Sala confirmará la providencia impugnada por la representación judicial de la víctima.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

1. CONFIRMAR el auto proferido el 14 de septiembre de 2022, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, mediante el cual se decretó la preclusión en favor del indiciado **GUIDO RIVERO MOUTHON**.

2. INFORMAR que en contra de esta providencia no procede ningún recurso.

3. Comuníquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

GERARDO BARBOSA CASTILLO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

HUGO QUINTERO BERNATE

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal @ 2024