



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Magistrado Ponente

SP2287-2024

Segunda instancia No. 63785

Acta No. 197

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinticuatro (2024).

I. VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la víctima contra la sentencia del 14 de marzo de 2023, mediante la cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga absolvió al Fiscal **CARLOS ALBERTO LÓPEZ AGUDELO**, por los delitos de *falsedad ideológica en documento público agravada* (arts. 286 y 290), *falsedad en documento privado* (art. 289), *prevaricato por omisión* (art. 414) y *prevaricato por acción* (art. 413).

II. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

1. CARLOS ALBERTO LÓPEZ AGUDELO, Fiscal 20 Local delegado ante los Jueces Penales Municipales de Buga, Valle del Cauca, conoció la noticia criminal rad.: 2015-01185.

En dicho radicado, se investigaba a John Fredy Betancur Osorno, agente de policía, por un posible delito de *lesiones personales culposas*, como conductor del vehículo de placas HCM-403, de propiedad de la UNP, que colisionó con la motocicleta conducida por el señor José Orlay Melo Tobón.

2. Dentro de la investigación, José Orlay Melo Tobón rindió entrevista ante Sury Anais Molina Rengifo, asistente de la Fiscalía 20 Local, en la que afirmó que *desistía* de la querella, en razón a que había llegado a un acuerdo conciliatorio con el agente John Fredy Betancur Osorno, para el resarcimiento de los perjuicios.

3. Seguido a esto, el 28 de octubre de 2015, el Fiscal CARLOS ALBERTO LÓPEZ AGUDELO archivó la indagación, lo que dio lugar a la entrega definitiva de los rodantes. La cual, presuntamente, no fue debidamente notificada al Ministerio Público.

4. El 25 de febrero de 2016, José Orlay Melo Tobón informó que la manifestación de desistimiento no era suya.

Lo anterior, pues ésta había sido elaborada por el agente John Fredy Betancur Osorno, en conjunto con la asistente de la Fiscalía 20 Local, última que, mediante engaños, hizo que su hermano, José Nader Melo Tobón, firmara la declaración, *“para lograr de esa manera [que] les fueran devueltos los vehículos afectados que habían ingresado inmovilizados a los patios de las dependencias de tránsito”*.

Con esto, *“la providencia de archivo se apuntaló [...] en afirmaciones por él nunca hechas y que no fueron verificadas por el fiscal como lo manda la jurisprudencia y la ley”*.

5. Seguido a ello, la abogada Ana Lucía Marín Barrera solicitó el desarchivo de la actuación, pero dicho requerimiento *“fue desatendido por el fiscal y respecto del cual nunca hubo una decisión judicial representada en una decisión de por qué no se desarchivaba, sino que lo fue a través de un oficio”*.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

1. Por los hechos anteriormente descritos, el 19 de agosto de 2021, la Fiscalía Primera delegada ante el Tribunal Superior de Buga le formuló imputación al Fiscal CARLOS ALBERTO LÓPEZ AGUDELO, por los delitos de *falsedad ideológica en documento público agravada* (arts. 286 y 290), *falsedad en documento privado* (art. 289), *prevaricato por omisión* (art. 414) y *prevaricato por acción* (art. 413).

2. El 30 de septiembre de 2021, la Fiscalía presentó escrito de acusación en los mismos términos de la imputación.

3. El 2 de noviembre de 2021, en desarrollo de la audiencia de formulación de acusación, el ente acusador aclaró que los cargos contra el Fiscal CARLOS ALBERTO LÓPEZ AGUDELO deben ser discriminados de la siguiente manera:

i) Probable determinador de *falsedad en documento privado*, porque habría influido para que se consignaran afirmaciones mendaces –indeterminadas– en el documento con fecha del 28 de octubre de 2015, dirigido a su despacho, en el que José Orlay Melo Tobón desistía de la acción penal y solicitaba la devolución de los vehículos automotores involucrados en el accidente de tránsito;

ii) Probable determinador de *falsedad ideológica en documento público agravada* por el uso, porque habría determinado a su asistente, Suri Anais Molina Rengifo, al plasmar afirmaciones falsas en una entrevista practicada a José Orlay Melo Tobón el 28 de noviembre de 2015, en la que se buscaba confirmar el desistimiento de la acción penal. No especificó en qué consistió la información falsa;

iii) Probable autor de un concurso de dos *prevaricatos por omisión*, porque no le notificó al Ministerio Público su decisión de archivar la indagación que adelantaba contra el agente John Freddy Betancur Osorno por delito de *lesiones*

personales culposas y, además, no atendió solicitud de desarchivo de la indagación; y

iv) Probable autor de un delito de *prevaricato por acción* porque vulneró el contenido del artículo 76 de la Ley 906 de 2004, al omitir corroborar que el desistimiento en el que fundamentó la orden de archivo fue voluntario, libre e informado y emitió la orden de devolución de los vehículos involucrados en el accidente, sin tener competencia para ello.

4. El 7 y 30 de marzo de 2022 se realizó la audiencia preparatoria.

5. El 24 de agosto de 2022, se dio inicio al juicio oral.

6. El Tribunal dictó la correspondiente sentencia absolutoria el 14 de marzo de 2023, la cual fue apelada por el representante de víctimas.

La Defensa del procesado presentó sus argumentos en condición de no recurrente.

7. La carpeta fue enviada a la Corte Suprema de Justicia el 10 de mayo de 2023.

IV. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN APELADA

Al proferir la sentencia absolutoria a favor del Fiscal CARLOS ALBERTO LÓPEZ AGUDELO, la Sala de Decisión

Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga,
consideró lo siguiente:

i) La Fiscalía no demostró que el acusado instigara a alguien a ejecutar las supuestas *falsedades* en los referidos documentos, ya fuera por medio de mandato, convenio, orden, consejo, coacción insuperable o promesa remuneratoria.

ii) En la decisión de archivo, el acusado dispuso informar a la víctima y al agente del Ministerio Público, en observancia del constitucional principio de publicidad, por lo que hasta allí llegaban sus funciones, ya que no le correspondía citar o buscar a las partes o intervinientes para notificarles sus decisiones.

Además, es posible que Juan Carlos Mondragón Cifuentes, quien ejercía funciones de Ministerio Público en la Fiscalía a cargo del acusado, no firmara el archivo en cuestión.

iii) La petición de desarchivo fue resuelta en el Oficio no. DS-27-FL-21-02011 del 18 de noviembre de 2015, emitido por el acusado, cuya existencia y contenido fue estipulado por las partes. Igualmente, contiene todas las características de una orden y cumple los requisitos exigidos por el artículo 162 de la Ley 906 de 2004.

iv) El acusado, antes de emitir la orden de archivo, sí desarrolló actividad para verificar la veracidad del

desistimiento, pues le ordenó a su asistente que, en ejercicio de sus funciones de policía judicial, entrevistara a José Orlay Melo Tobón para corroborarlo.

v) Si bien el acusado carecía de competencia para ordenar la entrega definitiva de los vehículos involucrados en el accidente, ya que por mandato legal esa facultad está asignada, en todos los casos, a los jueces con funciones de control de garantías, ese comportamiento no configura delito de *prevaricato por acción*, sino conducta punible de *abuso de función pública*.

En consecuencia, como la Fiscalía no logró probar *más allá de toda duda* que las conductas del acusado se ajustaran a los elementos de los tipos penales imputados, el Tribunal dictó sentencia absolutoria a favor del Fiscal CARLOS ALBERTO LÓPEZ AGUDELO.

V. SÍNTESIS DE LA APELACIÓN

Para cuestionar la sentencia absolutoria de primera instancia, la representación de víctimas plantea, en términos generales, dos reproches contra el Tribunal:

1. Dice que el delito de *prevaricato por omisión* se configuró cuando el acusado dejó de examinar que “la manifestación escrita de su deseo de desistir de la acción penal [...] fue emitida voluntaria, libre e informada”.

No obstante, sostiene que el Tribunal asumió que el acusado, antes de emitir la orden de archivo, desarrolló actividad para verificar la veracidad del desistimiento, siendo que, en realidad:

“[N]o existe la susodicha orden a policía judicial como documento físico o electrónico en el cual el fiscal delegado como director de la investigación dispone las actividades que debe desarrollar en cumplimiento del [sic] expectativas prenotadas que pudieran serlo del inicio del programa metodológico de investigación”.

2. Igualmente, aduce que hubo un segundo *prevaricato por omisión*, cuando el fiscal dejó de acudir ante los jueces de control de garantías para proceder a la entrega definitiva de los vehículos.

Con esto en mente, sostiene que, en su opinión, si, en un primer momento, ya se había presentado un incumplimiento en las funciones propias, lo que le siguiera sería, asimismo, ilegal.

Por ende, la entrega final, que vendría a ser posterior, se ajusta, adicionalmente, a un *prevaricato por acción*, ya que fue un acto ostensiblemente contrario a la ley, pues “la fuente ilegal de la que emerge como sustrato u objetivo - viene subsumida en ella”.

Por tanto, solicita a la Corte:

“SE REVOQUE LA PROVIDENCIA ATACADA POR LA CUAL SE ABSOLVE [sic] a CARLOS ALBERTO LÓPEZ AGUDELO [...] de los cargos que le formuló la Fiscalía en este proceso Como

*autor de **dos prevaricatos por omisión y autor de un delito de prevaricato por acción**. En su lugar se provea la CONDENA por este reato en términos expuestos en la parte motiva de sustentación precedente”.*

VI. INTERVENCIÓN DE LA DEFENSA EN CALIDAD DE NO RECURRENTE

De acuerdo con el defensor del Fiscal CARLOS ALBERTO LÓPEZ AGUDELO, éste sí emitió una orden verbal cuando designó a su asistente judicial con facultades de policía judicial para realizar aquella gestión de verificar que el desistimiento realizado por la víctima fuera libre y voluntario, la cual, efectivamente, llevó a cabo al trasladarse a la casa de la víctima para enterarlo sobre dicha situación y para que indicara si aquel persistía en su ánimo o intención de desistir.

Adicionalmente, el procedimiento de entregar los vehículos, sin acudir ante el juez de control de garantías, obedecía a una interpretación de la norma bajo un criterio de economía procesal, de necesidad, de ponderación y “*sin dolo de querer cercenar la norma*”.

Por lo anterior, el defensor no recurrente solicita a la Corte confirmar la sentencia absolutoria.

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la representación de víctimas contra la sentencia proferida en primera instancia por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, por la cual resolvió absolver al Fiscal CARLOS ALBERTO LÓPEZ AGUDELO del concurso homogéneo y sucesivo de delitos de *falsedad ideológica en documento público agravada* (arts. 286 y 290), *falsedad en documento privado* (art. 289), *prevaricato por omisión* (art. 414) y *prevaricato por acción* (art. 413).

En atención al principio de limitación, la Corte solo puede pronunciarse sobre el tema de la apelación, por eso, el estudio no tocará lo referente a las presuntas *falsedades* presentadas en documentos públicos y privados. Con esto, en principio, no se estudiará:

i) Si el escrito mediante el cual José Orlay Melo Tobón desistió de la acción penal y solicitó la devolución de los vehículos automotores involucrados en el accidente de tránsito contiene alguna falsedad;

ii) Si la entrevista practicada a José Orlay Melo Tobón para verificar su desistimiento contiene datos falsos, ya sea porque no fue firmada por dicho ciudadano o por otra razón; y

iii) Si CARLOS ALBERTO LÓPEZ AGUDELO determinó a su asistente para que consignara datos falsos.

Lo anterior, pues todo ello fue objeto de absolución y no está siendo controvertido en la alzada.

En cambio, se concretará en los dos puntos de inconformidad planteados por el representante de víctimas, donde se plantea un debate eminentemente probatorio frente a los delitos de *prevaricato por acción y por omisión*, sin perjuicio que el análisis pueda extenderse a temas vinculados directamente al objeto de censura, como lo atinente al contenido de la entrevista practicada a José Orlay Melo Tobón, en caso de ser necesario.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Corte determinar si, conforme a lo expuesto en la apelación, los siguientes dos hechos son constitutivos de los delitos de *prevaricato por acción y por omisión*, formulados en la acusación ante el Tribunal Superior de Buga.

Por consiguiente, corresponde a la Corte resolver si se mantiene la sentencia absolutoria o si se procede a su revocatoria, conforme lo solicita el representante de la víctima en apelación.

En este punto, es prudente señalar que, por disposición legal, las víctimas “*tienen el derecho de intervenir en todas las*

fases de la actuación penal” y que “[p]ara el ejercicio de sus derechos no es obligatorio que estén representadas por un abogado”, salvo a partir de la audiencia preparatoria, momento desde el cual deberán estar asistidas de un profesional del derecho o un estudiante de consultorio jurídico, conforme a lo dispone el artículo 137 de la Ley 906 de 2004.

Esta regulación se acompasa con los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, amparados igualmente por la normatividad legal (art. 11, L. 906/04) y con un amplio desarrollo jurisprudencial donde se ha aceptado que las víctimas están legitimadas para apelar la sentencia absolutoria, así no tengan la condición de abogados, o su representante judicial no comparta su criterio, evento en el que deben cumplir una carga argumentativa mínima (CSJ SP3187, 24 ago. 2022, Rad.: 60463).

De modo que, ningún obstáculo legal se interpone a la pretensión del apoderado de la víctima de ejercitar el derecho de impugnación contra la sentencia absolutoria.

Por tanto, de acuerdo con las exigencias del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, se analizará si las pruebas incorporadas y debatidas durante el juicio oral aportan el conocimiento *más allá de toda duda* para sustentar la condena que solicita.

3. El delito de prevaricato por omisión.

El artículo 414 del Código Penal dispone que:

«El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de 32 a 90 meses, multa de 13.33 a 75 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 80 meses».

La Corte reitera lo establecido jurisprudencialmente desde la emisión de la sentencia CSJ SP 27 may. 2003, Rad.: 18850, donde se explicó que, para la estructuración del tipo penal de *prevaricato por omisión*, no es suficiente la configuración del tipo objetivo, pues también es necesario probar el elemento subjetivo.

Así, recientemente lo recordó la Sala (CSJ SP1908-2022, 18 may., rad. 59275), cuando refirió los siguientes apartes:

“Según lo describe el artículo 414 de la Ley 599 de 2000, el delito de prevaricato por omisión se configura cuando el servidor público omita, retarde, rehuse (sic) o deniegue un acto propio de sus funciones.

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

Asimismo, esta Sala ha precisado, de manera pacífica, que:

“Desde el punto de vista de su estructura objetiva, es un tipo penal de sujeto activo calificado, de omisión propia, de conducta alternativa y en blanco, que protege el bien jurídico de la administración pública. Y en cuanto a su estructura subjetiva, un tipo penal esencialmente doloso. (...).

(...) puntualiza un comportamiento de no hacer.

*El delito de omisión se traduce siempre en la negación de una acción que el sujeto está obligado a realizar, o en el incumplimiento de un deber jurídico que le ha sido impuesto. Por eso se ha dicho, con razón, que **la omisión no existe per se**, sino sólo en la medida que preexista un mandato que obliga a una determinada acción.*

(...)

2.4. De conducta alternativa.

*«Sobre el contenido y alcance de los verbos, **la Sala ha hecho precisión en el sentido de que omitir es abstenerse de hacer una cosa, pasarla en silencio;** retardar es diferir, detener, entorpecer, dilatar la ejecución de algo; rehusar es excusar, no querer o no aceptar una cosa; y denegar es no conceder lo que se pide o solicita.*

(...)

2.5. Es un tipo penal en blanco

Los tipos penales en blanco son aquellos en los cuales el supuesto de hecho que contiene la conducta que la normatividad ordena o prohíbe, aparece consagrado total o parcialmente en una norma de carácter extrapenal, por lo que se hace necesario acudir a ella para completar el contenido y alcance objetivo de la conducta típica. Esto ha llevado a la Sala a sostener, en forma reiterada, que para la realización del juicio de tipicidad en el delito de prevaricato por omisión, es condición necesaria establecer la norma extrapenal que asigna al sujeto activo la función que omitió, rehusó, retardó o denegó, y el plazo para hacerlo, al igual que su

preexistencia al momento de la realización de la conducta, con el fin de poder constatar el cumplimiento del tipo penal objetivo.

2.6. Bien jurídico protegido

Lo constituye la administración pública, concepto que ha sido referido por la doctrina y la jurisprudencia de la Sala a su buen funcionamiento, a su corrección, legalidad y eficiencia en sus relaciones con los administrados, como concreción del principio general de protección y preservación de sus fines y cometidos, fijados por la Constitución y la Ley.

La infracción al deber funcional debe ser además relevante, requisito que la doctrina entiende cumplido cuando la conducta afecta las expectativas legítimas de los ciudadanos en su relación con la administración, porque impide u obstaculiza el ejercicio de un derecho concreto, pone en serio peligro la posibilidad de acceso o de participación en el disfrute de servicios, o en el desarrollo de actividades que las instituciones deben garantizar.

*La Corte no ha sido ajena a esta exigencia, pues ha venido sosteniendo que las conductas omisivas que la norma prevé, deben desconocer en forma manifiesta la ley, con el fin de hacer énfasis en la necesidad de que **el quehacer omisivo supere los linderos del simple incumplimiento de los deberes funcionales del servidor público, para afectar o poner en grave peligro el correcto ejercicio de la función**, al igual que los postulados de legalidad, probidad y eficiencia, y la confianza pública en ella depositadas¹.*

Sobre el aspecto subjetivo, en la providencia SP5332-2019, 4 dic., rad. 53445, esta Corporación explicó:

*“[P]or tratarse de un tipo que sólo admite la modalidad dolosa, para su configuración **requiere que el sujeto agente obre con el propósito consciente de apartarse de los***

¹ CSJ AP4725-2014, 13 ago., rad. 41600. Precedente reiterado en: SP3419-2021, 11 ago., rad. 58837 y SP4120-2020, 28 oct., rad. 51938 y CSJ SP1908-2022, 18 may., rad. 59275.

deberes propios de su cargo, por manera que no basta, a efectos de verificar si la conducta reprochada actualiza el tipo penal, la simple omisión o retardo en el cumplimiento de sus funciones. Es indispensable que medie el conocimiento y la voluntad deliberada de pretermitir o postergar el acto o función a que está obligado”.

De modo que, cuando el caso enfrenta el aspecto subjetivo del delito de *prevaricato por omisión*, es necesario que se demuestre que la conducta del infractor de la ley penal sea dolosa, es decir, que se demuestre que su obrar va inequívocamente dirigido a «no cumplir con su deber». No es razón suficiente verificar que materialmente se omite el deber y es necesario demostrar «la conciencia [sic] y voluntad de omitir deliberadamente el acto que está obligado a realizar por mandato legal» (CSJ AP, 12 nov. 2014, Rad.: 44.582).

4. El delito de *prevaricato por acción*

El artículo 413 del Código Penal dispone que:

«El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses».

Al respecto, esta Corporación ha establecido, de manera pacífica, que, el presupuesto fáctico de la norma transcrita se encuentra constituido por tres elementos, a saber:

i) Un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público;

ii) Que profiera resolución, dictamen o concepto; y

iii) Que este pronunciamiento sea manifiestamente contrario a la ley, pues:

“[N]o basta que la providencia sea formalmente ilegal, por razones sustanciales, de procedimiento o de competencia, sino que la disparidad del acto respecto de la comprensión de los textos o enunciados -contentivos del derecho positivo llamado a imperar- «no admite justificación razonable alguna” (CSJ SP085, 15 mar. 2023, Rad.: 52904²).

En tal virtud, la materialidad de la conducta calificada como prevaricadora exige demostrar que el acto censurado, esto es, la resolución, el dictamen o el concepto es producto del *capricho* o de la *arbitrariedad* del servidor público, quien desconoce abiertamente y de forma ostensible los mandatos normativos o exigencias de análisis probatorio que regulan el caso.

Además, en cuanto al elemento subjetivo del tipo, el delito de *prevaricato por acción* es atribuible a título de dolo, de modo que se configura únicamente cuando se demuestra que el agente obró con el conocimiento y la voluntad de

² Reiteró la postura adoptada en las sentencias CSJ. AP. 29 de julio de 2015, radicado No. 44031; CSJ SP, 13 agosto de 2003, rad. 19303; SP 3 jul. 2013, rad. 40226; CSJ SP4620-2016; CSJ SP, 23 de febrero de 2006, rad. 23901; SP 28 feb. 2007, rad. 22185; SP 18 jun. 2008, rad. 29382; SP 22 ago. 2008, rad. 29913; SP 3 jun. 2009, rad. 31118; SP 26 may. 2010, rad. 32363; SP 31 ago. 2012, rad. 35153; SP 10 abr. 2013, rad. 39456; SP 26 feb. 2014, rad. 42775. SP 21 may. 2014, rad. 42275, entre otras.

proferir resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrarios a la ley (CSJ SP085, 15 mar. 2023, Rad.: 52904).

Igualmente, en sentencia CSJ SP3806, 2 nov. 2022, Rad.: 53731, la Corte señaló que:

“El delito de prevaricato consiste en proferir una decisión judicial o administrativa manifiestamente contraria a la ley, no en cometer una irregularidad. El remitir los resultados de la averiguación al DAS -institución con la que la UIAF mantenía convenios interadministrativos sobre la materia de su competencia en el marco de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 4 de la Ley 526 de 1999— y la fiscalía, no son actos manifiestamente contrarios a la ley, porque si así fuera, habría que procesar a todo funcionario que asume un asunto que no corresponde inicialmente a su competencia o que lo remite a quien considera que la tiene.

La única manera de considerar esas conductas como prevaricato sería haciendo del desvalor de intención la base del injusto, estos [sic] es, de sustentar el juicio de tipicidad en el ánimo, contra el fundamento objetivo de la tipicidad que encuentra en la manifiesta contrariedad del acto con la ley la razón de ser de la prohibición, no en remitir un expediente a la entidad que no corresponde, por más que quien lo hace piense que es ilegal.

De otra parte, la tramitología sin reporte de operación sospechosa (ROS) o la asignación de la investigación sin seguir los protocolos internos, la fiscalía las vinculó al abuso de la función oficial. Eso explica que al describir los hechos jurídicamente relevantes, después de contextualizar las actividades ilegales de funcionarios del Estado y del DAS, en cuanto a estos episodios que consideró irregulares, señalara lo siguiente:

“El adelantamiento de tales actividades comportó el desarrollo de funciones públicas por fuera del marco legal, en cuanto la búsqueda de información reservada no

correspondía a legítimas labores de inteligencia financiera, tendientes a prevenir o reprimir actos ilícitos relacionados con el lavado de activos o la financiación del terrorismo, y tampoco fueron dispuestas por autoridad judicial competente en desarrollo del ejercicio de funciones de policía judicial.”

El artículo 428 de la Ley 599 de 2000 señala que incurre en delito de abuso de función pública “El servidor público que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan”. En el delito de prevaricato el servidor público que profiere decisión manifiestamente contraria a la ley. Estas dos figuras, ha explicado la Sala, se diferencian en que:

“El eje de la conducta del delito de abuso de función pública se refiere a una ilegalidad signada por desbordar una atribución funcional que le corresponde ejecutar a otro funcionario, en lo cual radica la ilegalidad del acto. En cambio, en el prevaricato, el sujeto puede ejecutar el acto en el ámbito de su función, pero al hacerlo, infringe manifiestamente el orden jurídico. En otras palabras, mientras en el abuso de función pública el servidor realiza un acto que por ley le está asignando a otro funcionario que puede ejecutarlo lícitamente, en el prevaricato el acto es manifiestamente ilegal, sin que importe quién lo haga.”

La cuestión radica en que si la UIAF no podía realizar ese tipo de investigaciones financieras por no estar de por medio conductas relacionadas con el lavado de activos o la financiación del terrorismo, habría excedido el marco de su competencia. En esa medida se consideraría abuso de la función. Ese fue el giro que le dio la fiscalía en la acusación y en realidad dentro del concepto de estricta protección de bienes jurídicos, **los actos por fuera de la función** -que es lo que se reprochó—, **no corresponden al delito de prevaricato**. Para decirlo en otros términos, **no toda actuación ilegal es prevaricadora, así sea ilegal**.

No es, como se plantea en las demandas, que el tribunal agregó hechos que no fueron parte de la acusación, sino que les dio la connotación jurídica que no corresponde, cuestión

que también alegaron. En todo caso, la conducta no se ajusta a la noción de lo que se entiende por manifiesta contrariedad con el orden jurídico”.

Recientemente, en la sentencia CSJ SP201, 7 jun. 2023, Rad.: 57042, esta Corporación unificó la jurisprudencia frente al delito de *prevaricato por acción* y estableció lo siguiente:

*“El presupuesto fáctico de la norma transcrita se encuentra constituido por tres elementos, a saber: (i) un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público; (ii) que profiera resolución, dictamen o concepto; y (iii) que este pronunciamiento sea manifiestamente contrario a la ley; esto es, **no basta que la providencia sea formalmente ilegal, por razones sustanciales, de procedimiento o de competencia, sino que la disparidad del acto respecto de la comprensión de los textos o enunciados - contentivos del derecho positivo llamado a imperar- «no admite justificación razonable alguna»** (CSJ. AP. 29 de julio de 2015, radicado No. 44031; CSJ SP, 13 agosto de 2003, rad. 19303; SP 3 jul. 2013, rad. 40226; CSJ SP4620-2016; CSJ SP, 23 de febrero de 2006, rad. 23901; SP 28 feb. 2007, rad. 22185; SP 18 jun. 2008, rad. 29382; SP 22 ago. 2008, rad. 29913; SP 3 jun. 2009, rad. 31118; SP 26 may. 2010, rad. 32363; SP 31 ago. 2012, rad. 35153; SP 10 abr. 2013, rad. 39456; SP 26 feb. 2014, rad. 42775. SP 21 may. 2014, rad. 42275, entre otras providencias).*

*En tal virtud, la materialidad de la conducta calificada como prevaricadora exige demostrar que el acto censurado, esto es, resolución, dictamen o concepto, **es producto del capricho o de la arbitrariedad del servidor público, quien desconoce abiertamente y de forma ostensible los mandatos normativos o exigencias de análisis probatorio que regulaban el caso.***

En este sentido, no encuadran en el tipo penal aquellas providencias que resulten del examen complejo de las distintas disposiciones que regulen el asunto propuesto ante

*el funcionario, respecto de las cuales exista la posibilidad de interpretaciones discordantes, toda vez que en el prevaricato el juicio no es de acierto sino de legalidad, por cuanto, se insiste, «la emisión de una providencia “manifiestamente contraria a la ley” **solamente es compatible con un conocimiento y voluntad intencionada en el caso concreto de decidir de manera contraria al ordenamiento jurídico, ese propósito no puede ser fruto de intrincadas elucubraciones, tiene que ser evidente, grosero y advertible de inmediato en relación con el problema jurídico identificado por el funcionario judicial en el momento en cuya conducta se juzga y no a posteriori.**» (CSJ SP14999-2014).*

Además, en cuanto al elemento subjetivo del tipo, el delito de prevaricato por acción es atribuible a título de dolo, bajo el entendido que el artículo 21 del Código Penal, establece que la conducta culposa o preterintencional es punible sólo en los casos expresamente señalados en la ley, asunto ajeno al punible en cuestión, de modo que esta conducta se configura cuando se demuestra que el agente obró con el conocimiento y la voluntad al proferir resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrarios a la ley”.

5. Por otro lado, según el numeral 2° del artículo 153 y numeral 3° del artículo 154 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia), es deber de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial «desempeñar con honorabilidad, solicitud, celeridad, eficiencia, moralidad, lealtad e imparcialidad las funciones de su cargo», a la par que les está proscrito «retardar o negar injustificadamente el despacho de los asuntos o la prestación del servicio a que estén obligados».

Asimismo, el artículo 138 de la Ley 906 de 2004 enumera, como deberes comunes a todos los funcionarios judiciales e intervinientes en el proceso penal, «resolver los

asuntos sometidos a su consideración dentro de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional», ello por supuesto, dentro del ámbito de su competencia.

Por lo anterior, es deber de todo funcionario judicial resolver de forma célere y oportuna los asuntos que deba conocer en virtud de las funciones legales a él atribuidas, sin que pueda rehusar o retardar su solución injustificadamente (SP484, 28 feb. 2018, Rad.: 51501).

6. El caso en concreto

6.1 El 2 de noviembre de 2021, en desarrollo de la audiencia de formulación de acusación, la Fiscalía aclaró que los cargos contra el Fiscal CARLOS ALBERTO LÓPEZ AGUDELO eran los siguientes:

i) Probable determinador de *falsedad ideológica en documento público agravada* por el uso, porque habría determinado a su asistente, Suri Anais Molina Rengifo, a plasmar afirmaciones falsas en una entrevista, aunque no detalló en qué consistió;

ii) Probable determinador de *falsedad en documento privado*, porque habría influido para que se consignaran afirmaciones mendaces en la petición de devolución de la motocicleta de José Orlay Melo Tobón;

iii) Probable autor de un concurso de dos *prevaricatos por omisión*, porque no le notificó al Ministerio Público su decisión de archivar la indagación que adelantaba contra el agente John Freddy Betancur Osorno por delito de *lesiones personales culposas* y, además, no atendió solicitud de desarchivo de la indagación; y

iv) Probable autor de un delito de *prevaricato por acción* porque vulneró el contenido del artículo 76 de la Ley 906 de 2004, al proferir una resolución de archivo basada en información espuria y emitió la orden de devolución de los vehículos involucrados en el accidente, sin tener competencia para ello.

En este sentido, en lo concerniente al concurso de *prevaricatos por omisión*, la Fiscalía expuso que el procesado presuntamente cometió dos delitos de esa naturaleza porque:

i) No le notificó al Ministerio Público su decisión de archivar la indagación que adelantaba contra el agente John Freddy Betancur Osorno; y

ii) No atendió solicitud de desarchivo de la indagación contra el mencionado policía, presentada por la apoderada de José Orlay Melo Tobón.

Frente al concurso de *prevaricatos por acción*, la Fiscalía adujo que éste se visualiza “*en dos aristas*” que son:

i) Que vulneró el contenido del artículo 76 de la Ley 906 de 2004 al omitir corroborar que el desistimiento en el que fundamentó esa orden fue voluntario, libre e informado; y

ii) Que emitió la orden de devolución de los vehículos involucrados en el accidente sin tener competencia para ello.

6.2 Sin embargo, de acuerdo con el reproche planteado en el recurso de apelación, las circunstancias fácticas que se adecúan a los tipos penales imputados **son otras**, pues, en sentir del representante de víctimas, el delito de *prevaricato por omisión* se configuró:

i) Cuando el acusado dejó de verificar que el desistimiento fuera voluntario; y

ii) Cuando el fiscal dejó de acudir ante los jueces de control de garantías para proceder a la entrega definitiva de los vehículos.

Mientras que el *prevaricato por acción* se dio con la entrega final de los vehículos, sin tener autoridad para ello.

6.3 Ahora bien, pese a que el representante de víctima propuso **otra** lectura de los hechos planteados en la imputación, en la sentencia apelada se resolvieron cada uno de los puntos planteados y se expuso, claramente, por qué ninguno tiene vocación para imponer una condena, como pasa a verse:

i) Con respecto a la presunta omisión de verificar que el desistimiento fuera voluntario, se tiene que, en principio, la Fiscalía no la entendió como una conducta delictiva por sí sola. De hecho, según se lee en la acusación, lo que reprocha el ente acusador es que el fiscal acusado determinara a su asistente para que incluyera datos falsos en esa verificación.

No obstante, la víctima aduce que, con el simple hecho de no llevar a cabo la verificación en cuestión, más allá de que se profiriera la decisión de archivo o no -que supuestamente configuraría el delito de *prevaricato por acción*-, la conducta se encuentra en el tipo de *prevaricato por omisión*.

Sin embargo, más allá de la calificación jurídica, el Tribunal resolvió que, si bien el acusado no tuvo intermediación con José Orlay Melo Tobón, éste sí delegó dicha función, pues, en el Oficio no. DS-27-FL-21-02011 del 18 de noviembre de 2015 se lee lo siguiente:

“No obstante lo anterior, minutos previos a que se hiciera presente el uniformado de tránsito ante esta oficina a entregar el informe correspondiente a tal evento, tomó contacto conmigo el señor JHON FREDY BETANCUR OSORNO, miembro activo de la Policía Nacional, y quien como quedará reseñado aparecía reseñado como presunto responsable de la conducta punible en referencia, quien me informó que ya había llegado a un acuerdo conciliatorio extra procesal con el señor JOSÉ ORLAY MELO TOBON y que era el deseo de este ciudadano DESISTIR en favor del indiciado antes aludido, pero que por motivos de los traumatismos corporales que había recibido en el accidente le era imposible presentarse ante estas dependencias a plasmar su deseo.

Con fundamento en la anterior información y como quiera que el suscrito fiscal es quien dirige, coordina y controla la

actuación judicial, por mandato de la Constitución Política Colombiana, **inmediatamente dispuso que la señora SURY ANAIS MOLINA RENGIFO, quien se desempeñaba como Asistente de Fiscal II en este despacho, y en virtud de las múltiples funciones a ella adscritas por nuestra institución, entre ellas las de policía judicial en labores propias de su cargo, se traslada hasta la casa de habitación del señor JOSÉ ORLAY MELO TOBÓN** como lo ha hecho en anteriores ocasiones dentro de otros procesos que por similares conductas punibles se han adelantado ante esta delegada, en los que incluso la víctima ha estado reclusa en casa de salud, **para que procediera a recepcionarle [sic] una entrevista al ciudadano aludido en aras de que se estableciera si era cierto o no, como lo había indicado el señor BETANCUR OSORNO, que era su deseo libre voluntario y sin presiones de ninguna naturaleza el DESISTIR en favor del indicado aludido”.**

Dicha orden de verificación fue corroborada por Sury Anais Molina Rengifo en el juicio oral, la cual declaró que:

“[L]legó JOHN FREDDY con el hermano de la víctima y se entrevistaron con el señor fiscal para un desistimiento, ellos venían con la voluntad de un desistimiento porque el accidente para ellos no se había presentado con gravedad, y que la víctima estaba diciendo que estaba dispuesta a desistir porque habían tenido un acuerdo extraprocesal, eso era algo que se presenta [sic] muy frecuentemente en la Fiscalía con los casos de accidente de tránsito, hablaron con el doctor, y el doctor me direccionó, **me pidió el favor para que yo fuera a la casa el señor**, no estaba grave pero estaba muy aporreado, decía el hermano que le costaba mucho trabajo movilizarse y entonces que me trasladara con ellos a la casa del señor JOSÉ ORLAY un señor mayor de edad, y **que me trasladara con ellos para tomarle lo del desistimiento.**

[...]

[D]e mi parte preguntarle a la gente si era su voluntad presentar el desistimiento, y también explicarle por qué se sometía a un desistimiento [...] si él estaba de acuerdo con el desistimiento porque eso era voluntad, le leo la diligencia cuando la firmamos y la que será firmada, le pregunto también que si se sentía en la posibilidad si se sentía bien para poder adelantar la diligencia, eso lo pregunto inicialmente, porque estaba aporreado pero no estaba inconsciente ni nada de eso pero uno no sabe cómo puede estar una persona en un momento de un accidente, me dijo que bien que se sentía bien, adolorido como es normal [...] yo siempre le explicaba a la gente que cuando iban a desistir, posteriormente era porque lo querían hacer de forma voluntaria porque luego porque si no querían desistir el proceso iba a seguir, se iba a llegar a una conciliación y ya luego llegarían los acuerdos y los arreglos con los propietarios de los vehículos y todo, pero si se llegaba a un desistimiento el proceso llegaba hasta ahí, se procedía a entregar los vehículos, lo recuerdo muy bien que ellos estaban interesados en reclamar una motocicleta que era en la que se transportaba el señor JOSÉ ORLEY en esa época”.

Luego, la asistente, Sury Anais Molina Rengifo, entregó al acusado la entrevista rendida por José Orlay Melo Tobón, en la cual él indica que:

*“[S]oy consciente que el accidente de tránsito ocurrido el día de ayer y del que fui víctima se presentó por un caso fortuito y además que he llegado a un acuerdo extra procesal de reparación de perjuicios **por tal motivo reitero mi desistimiento de forma libre voluntaria y solicito al señor fiscal el archivo definitivo de las diligencias**”.*

Tal documento, igualmente, cuenta con la firma a ruego de José Daner Melo Tobón, hermano de la víctima del accidente de tránsito, y la huella de este último.

Adicionalmente, José Orlay Melo Tobón corroboró que, en efecto, fue quien puso su huella en la entrevista en cuestión, cuando declaró en juicio que:

“[M]e cogieron hasta con la mano mojada, me cogieron la huella para estamparla en un documento”.

Ahora bien, es cierto que dicha afirmación no corrobora necesariamente que la información plasmada en el documento en que se transcribió la entrevista, aun cuando estuviera firmada y contara con la huella, sea veraz.

No obstante, la primera instancia no encontró probado que dicha información fuera falsa y, como si eso fuera poco, el apelante tampoco lo controvierte.

Con esto, como no se está cuestionando la actuación de la asistente fiscal o del hermano de la víctima, es dado concluir, como lo hizo el *a quo*, que el Fiscal CARLOS ALBERTO LÓPEZ AGUDELO cumplió la obligación de verificación prevista en el artículo 76 de la Ley 906 de 2004 y, por ende, la orden de archivo fue *legal*.

Del mismo modo, como no se demostró que el Fiscal CARLOS ALBERTO LÓPEZ AGUDELO hubiera determinado a Sury Anais Molina Rengifo a plasmar información espuria, incluso admitiendo que el desistimiento emitido por José Orlay Melo Tobón, tanto en su escrito inicial como en la verificación, no fue veraz -lo cual no es así-, ello permitiría suponer, de una u otra forma, que el procesado fue engañado para emitir una resolución contraria a derecho, lo cual

descarta que hubiera voluntad deliberada de pretermitir o postergar el acto o función a que está obligado.

Con esto, el ente acusador no demostró que dicho acto fuese producto del *capricho* o de la *arbitrariedad* del servidor público procesado, en abierto desconocimiento de los mandatos normativos que regulaban el caso.

ii) Frente al hecho de que el fiscal procesado dispusiera la entrega final de los vehículos involucrados en el accidente de tránsito, sin acudir ante los jueces de control de garantías, se observan dos asuntos a tener en cuenta.

En primer lugar, no hay elemento alguno que permita determinar que pesara alguna medida cautelar sobre los vehículos involucrados en el accidente de tránsito, ya fuera de embargo y/o secuestro. Al contrario, todo parece indicar que estaban afectados cumpliendo las previsiones para la cadena de custodia, por lo que procedía su entrega provisional, pasados 10 días, en virtud del artículo 100 de la Ley 906 de 2004.

Sin embargo, el inciso final de la norma citada establece, textualmente, que “[l]a decisión de entrega de los bienes referidos en esta norma corresponde, en todos los casos, al **juez de control de garantías**”. Con esto, cambia la situación, pues ésta actuación sí fue *formalmente* ilegal.

Con esto, es cierto que, por razones de competencia, el acusado, siendo fiscal, no podía ordenar la entrega definitiva

de los vehículos involucrados en el accidente, aun cuando no se hubiera solicitado y decretado su embargo y secuestro, por lo que el adelantamiento de tales actividades comportó el desarrollo de funciones públicas por fuera del marco legal.

En esa medida, por cómo está dispuesto en la acusación, debería haberse imputado, mejor, el delito de *abuso de la función*, ya que, dentro del concepto de estricta protección de bienes jurídicos, los actos por fuera de la función, que es lo que se reprochó, no corresponden al delito de *prevaricato*, aun cuando la actuación se formalmente ilegal.

Ahora, siguiendo esa línea de pensamiento, incluso admitiendo hipotéticamente que el argumento, así planteado, es suficiente para adecuar la conducta desplegada a los elementos objetivos del artículo 428 de la Ley 599 de 2000, no es posible condenar haciendo la variación a la calificación jurídica, aun siendo más favorable, pues tampoco está probado el elemento *subjetivo* requerido para el tipo penal en cuestión, pues la Fiscalía se dedicó a probar una presunta ilegalidad signada por desbordar una atribución funcional que le corresponde ejecutar a otro funcionario, pero en el juicio oral ningún testigo hizo referencia a la entrega de los vehículos³.

³ John Freddy Betancur Osorno, Sury Anais Molina Rengifo, José Orlay Melo Tobón, Daner Melo Tobón, el Abogado Juan Carlos Mondragón Cifuentes y Marleny Melo Tobón.

Tampoco hay elemento alguno que permita inferir siquiera que el fiscal acusado tenía conocimiento y voluntad de decidir de manera contraria al ordenamiento jurídico.

Con esto, el elemento subjetivo del tipo penal no cuenta con soporte probatorio alguno -ni siquiera de tipo indiciario- y, pese a que el apelante trata de fundamentarlo en que, en su opinión, “*la fuente ilegal de la que emerge como sustrato u objetivo - viene subsumida en ella*”, esto se queda solamente en intrincadas elucubraciones, que no permiten acreditar los elementos del delito imputado.

Por el contrario, sí hay un elemento que, como mínimo, obliga a dudar acerca de si el procesado tenía el ánimo de abandonar deliberadamente el propósito de administrar justicia y contrariar así las normas vigentes. Esta es la constancia del 28 de julio de 2021, la cual también fue estipulada, suscrita por la señora Julieta Oviedo Ghitis - profesional de gestión de la Fiscalía 20 delegada ante los Juzgados Penales municipales de Buga-.

Ello, porque en ese documento se relacionan 25 actuaciones por delitos de *lesiones personales culposas* en accidentes de tránsito, tramitadas desde el 21 de noviembre de 2014 al 9 de septiembre de 2016, en las que, como consecuencia de desistimiento, la Fiscalía ordenó el archivo y la entrega definitiva de los vehículos involucrados en los siniestros, sencillamente porque, aunque fuera necesario acudir a los jueces competentes, no se justificaba tener vehículos retenidos en los casos que no se iniciaría un proceso penal.

Por lo expuesto, la Corte encuentra que, dentro del presente asunto, **no** se acreditó, más allá de toda duda razonable, que:

i) Ordenar la entrega definitiva de los vehículos sin acudir a los jueces de control de garantías, sea un acto *prevaricador*, sino que, incluso admitiendo que es relevante, supone que, objetivamente, el procesado se abrogó una competencia que no tenía;

ii) Aunque se modificara la calificación jurídica de la conducta, para ajustarla al texto del artículo 428 de la Ley 599 de 2000 -lo cual no vulneraría el principio de congruencia por ser favorable al procesado-, tampoco es posible emitir sentencia condenatoria en ese sentido porque el enjuiciado no actuó con dolo. Al contrario, la evidencia aportada al proceso no es concluyente frente a la voluntad de afectar el bien jurídico y, en cambio, parece indicar, en realidad, que estaba convencido de que obraba dentro del ordenamiento jurídico.

7. En consecuencia, en la medida que los argumentos del recurrente no desvirtuaron los fundamentos de la decisión de instancia, esta se mantendrá tal y como lo decidió el Tribunal y lo solicitó la defensa.

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

VIII. RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia dictada el 14 de marzo de 2023, por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.
2. **DEVOLVER** de inmediato la actuación al Tribunal de origen.
3. Contra esta sentencia no procede ningún recurso.

COMUNÍQUESE y CÚMPLASE



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Presidente de la Sala



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



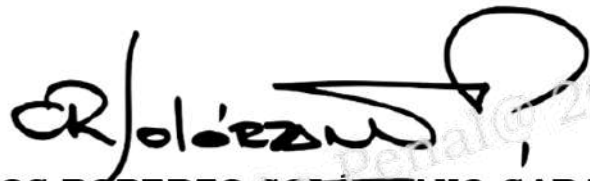
GERARDO BARBOSA CASTILLO



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 66F2C992F3DEF51EA81BAA70CA99AB0BB50CF4732DC660AAAAB99B9C38E03D3C
Documento generado en 2024-09-05