



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

SP5102-2018

Radicación n° 52800

(Aprobado Acta No. 390)

Bogotá D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS:

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, en la que se improbo el preacuerdo celebrado entre la fiscalía y el procesado ORLANDO DE JESÚS ALZATE SALDARRIAGA, por el delito de Abuso de función pública.

HECHOS:

De conformidad con los elementos probatorios obrantes en el proceso, el 24 de mayo de 2004 fue hurtada en Santander de Quilichao la motocicleta Yamaha DTK 125



de placas MLQ 66A, siendo incautada por la policía el 14 de junio de 2010 al señor Cruz Emilio Oquendo Betancur, quien a su vez se la compró a Néstor León Muñoz Quintero en el año 2004 y éste a Leonardo Fabio González el mismo año.

Con fundamento en los hechos anteriores, se iniciaron las siguientes actuaciones:

1. Investigación adelantada por la Fiscalía 4ª Seccional de Santander de Quilichao bajo el radicado SIJUF 105617, por los delitos de hurto calificado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en virtud de la denuncia instaurada por Ángela María Gutiérrez Franco, quien fue despojada de la motocicleta de placas MLQ 66A el 24 de mayo de 2004. La investigación concluyó con resolución inhibitoria proferida el 4 de octubre de 2004.

2. Investigación radicada bajo el número 056866000308201080022 iniciada por la Fiscalía Seccional de Santa Rosa de Osos (Antioquia), por el delito de receptación, en virtud de la incautación de la aludida motocicleta efectuada por la policía a Cruz Emilio Oquendo Betancur el 14 de junio de 2010¹. La actuación se archivó el 15 de junio de 2010² y al día siguiente la motocicleta fue

¹ Cuaderno anexo 1, fl. 3

² Cuaderno anexo 2, fl. 7



dejada a disposición de la Fiscalía 4° Seccional de Santander de Quilichao (Cauca)³.

3. Investigación con radicación 056866000365201180000, iniciada por la misma fiscalía en virtud de la denuncia que por el delito de Estafa instauró Néstor León Muñoz Quintero, quien manifestó haber comprado la motocicleta a Leonardo Fabio González Castillo en el año 2004. Días después se la vendió a Cruz Emilio Oquendo Betancur, a quien se la incautaron el 14 de junio de 2010. La anterior actuación se archivó el 27 de enero de 2011 por caducidad de la querrela⁴.

Cabe anotar que el 12 de abril del mismo año, el doctor ALZATE SALDARRIAGA, para entonces Fiscal 58 Local del municipio de Santa Rosa de Osos (Boyacá), ordenó en esta última actuación la entrega provisional de la motocicleta a Néstor León Muñoz Quintero⁵, la cual se materializó el siguiente 17 de mayo⁶, sin tener asignada la investigación ni el vehículo encontrarse a disposición de ésta. Sin embargo, para adoptar tal determinación solicitó el desarchivo de la carpeta, y para que le fuera entregada le hizo creer al fiscal encargado que el caso le había sido asignado por la Dirección Seccional de Fiscalías para corregir un error al parecer cometido en esa investigación.

³ Ibid., fl. 10.

⁴ Cuaderno anexo 3, fl. 7.

⁵ Ibid., fl. 11.

⁶ Carpeta principal, fl. 221.



El 26 de mayo de 2011 ALZATE SALDARRIAGA ordenó la devolución de la motocicleta⁷ y la puso a disposición de la Fiscalía de Santander de Quilichao, al enterarse que estaba siendo reclamada. El 14 de junio siguiente este despacho ordenó la entrega del rodante al señor Asmed Reina Saavedra, en calidad de propietario⁸.

ACTUACIÓN PROCESAL:

Por los hechos expuestos, el 7 de noviembre de 2017⁹ la fiscalía le formuló imputación al procesado por el delito de abuso de función pública.

El 15 de enero del año en curso, la fiscalía y el procesado suscribieron un preacuerdo en virtud del cual éste aceptaba su responsabilidad en el delito mencionado, a cambio de obtener una pena de prisión equivalente a la mitad del mínimo. A la par se acordó la pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas en 30 meses y la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

El 9 de mayo de 2018 el Tribunal Superior de Antioquia improbió el preacuerdo, con fundamento en que la conclusión del fiscal relacionada con la inexistencia del delito de prevaricato perfilado al inicio de la investigación pudo

⁷ Cuaderno anexo 3, fl. 15.

⁸ Cuaderno anexo 2, fl. 20.

⁹ Carpeta principal, fl. 375.



inducir al procesado a entender de manera errada que esta conducta quedaba subsumida en el abuso de función pública preacordado, lo que para la corporación judicial no es posible al no haberse imputado el prevaricato ni degradado con ocasión del convenio.

La decisión anterior fue apelada por el Fiscal. La defensa y el procesado se adhirieron a la pretensión.

IMPUGNACIÓN:

1. La fiscalía sostuvo que el delito de abuso de función pública objeto del preacuerdo fue el mismo que se formuló en la imputación y el tenido en cuenta para tramitar el principio de oportunidad. El hecho de que en el transcurso de la investigación previa se le hubiese dado a la conducta otra denominación jurídica, añadió, no tiene relevancia para efectos de la negociación en razón al carácter progresivo del proceso penal. El procesado a su vez manifestó ser consciente del delito imputado y lo aceptó vía preacuerdo, de manera libre, consciente y voluntaria.

Reprochó que el Tribunal discutiera la adecuación típica de la conducta preacordada, desconociendo que por disposición constitucional, legal y jurisprudencial, corresponde a la fiscalía la activación e impulso de la pretensión punitiva estatal y el deber de acusar, y al juez de conocimiento efectuar el control de la legalidad del



preacuerdo, el cual se restringe al menoscabo de garantías fundamentales.

Cuestiona que la primera instancia pretenda de la fiscalía un pronunciamiento relacionado con el delito de prevaricato por acción que considera realizado, aduciendo para ello una sentencia de la Corte que, en sentir del apelante, no es susceptible de aplicarse en este caso al basarse en presupuestos fácticos diversos.

Recalcó que la fiscalía en la adecuación típica obró con sujeción a los hechos y a la estricta tipicidad. Por ende, si el Tribunal estimaba que se tipificaba el delito de prevaricato, debió aprobar el preacuerdo y compulsar copias para que aquel se investigara, solución que anunció pero luego desdeñó con fundamento en un entendimiento errado del procesado.

Añadió que si los términos del preacuerdo resultaban confusos, las aclaraciones solicitadas por el Tribunal frente a lo propuesto y aprobado por las partes posibilitó su pleno entendimiento. Las referencias del prevaricato efectuadas en el escrito del preacuerdo, precisó, fueron incluidas desde una perspectiva académica y argumentativa, no imputativa.

Así, estima que no existió confusión en la voluntad del procesado al momento de suscribir el preacuerdo, por tanto solicita que se revoque la decisión impugnada.



2. El doctor ORLANDO ALZATE manifestó estar de acuerdo con lo alegado por el fiscal. Aseguró que la determinación de entregar la motocicleta no fue contraria a derecho ni desbordó el ámbito de las funciones propias del cargo para entonces desempeñado. Por el contrario, lo hizo para que la moto no se deteriorara en los patios, beneficiando de esa manera a su propietario. Por tanto, considera que no actuó de mala fe, más aún cuando la entrega se realizó de manera provisional.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

De conformidad con el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, la Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de improbación de preacuerdo proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia.

Para ello, la Corte se contraerá a examinar los aspectos sobre los cuales se expresa inconformidad y aquéllos inescindiblemente vinculados al objeto de censura, en estricto cumplimiento del principio de limitación.

Al tenor del 348 del C.P.P., la fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que conlleven la terminación anticipada del proceso. Lo anterior, en aras de humanizar la actuación procesal y la pena, obtener una



pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso. Todo ello, obviamente, desde la perspectiva del sistema acusatorio, el cual delimita el proceso en dos fases, la de investigación y juzgamiento y las confiere a organismos diferentes.

De esa manera, tanto la activación como el impulso de la pretensión punitiva estatal, por disposición constitucional y legal corresponden a la Fiscalía, en quien recae el deber de acusar ante los jueces de conocimiento. El acto de acusación como tal, conlleva la fijación de los referentes fácticos y jurídicos sobre los cuales se ceñirá la responsabilidad penal del acusado y los límites de la pretensión punitiva.

El juez, por su parte, ejerce el control de legalidad sobre el acto de aceptación de responsabilidad, a efectos de verificar que éste sea expresión de la autonomía de voluntad del sometido a la justicia. Por consiguiente, habrá de constatar que tal manifestación no fue el producto de un consentimiento viciado. Así mismo, deberá ejercer una labor de supervisión de las garantías fundamentales en cabeza del procesado.

Bajo tales premisas, encuentra la Sala que la decisión de la primera instancia de improbar el preacuerdo con fundamento en un entendimiento errado del procesado, supuestamente al concebir, a partir de las explicaciones dadas por el fiscal, que el delito de prevaricato quedó



subsumido en el abuso de función pública aceptado, no es acertada.

En efecto, una correcta interpretación de la intervención del fiscal en la audiencia de verificación¹⁰, permite concluir que el acuerdo versó sobre el mismo delito formulado en la audiencia de imputación, es decir el abuso de función pública consagrado en el artículo 428 del C.P. Así mismo, que las referencias del prevaricato efectuadas por la fiscalía en el convenio escrito, se hicieron con el propósito de descartar su ocurrencia.

Adicionalmente, el fiscal no planteó la existencia de un concurso de delitos ni en el preacuerdo se pactó la degradación del presunto prevaricato. Por el contrario, en la audiencia de verificación reiteró el servidor público que éste no se configuraba porque el procesado dispuso la entrega provisional de la motocicleta con sustento legal pero sin competencia funcional. De otra parte, el doctor ALZATE SALDARRIAGA enfatizó en que el delito aceptado fue el abuso de función pública, mismo atribuido en la imputación. En ningún momento la fiscalía habló de que la conducta se subsumiría o se degradaría, precisó.¹¹

Igualmente, se constató que previo a la celebración del preacuerdo, la fiscalía intentó infructuosamente la aplicación del principio de oportunidad en la modalidad de suspensión de la acción penal a favor de ALZATE SALDARRIAGA por considerar que podía concurrir la causal prevista en el numeral 9 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal. En esa ocasión también se

¹⁰ CD Audiencia de verificación de preacuerdo del 9 de mayo de 2018

¹¹ CD Audiencia verificación preacuerdo 9 de mayo de 2018, record 33.22 en adelante.



argumentó que la conducta por la que se procedía –que fue la única por la que se formuló imputación desde el punto de vista fáctico y jurídico- era la de abuso de función pública¹². Luego, el hecho de que la investigación se hubiese registrado inicialmente en el SPOA por el delito de prevaricato no es relevante, habida cuenta que la adecuación jurídica que se realiza en el sistema de identificación es provisional y según el fiscal, generalmente la hacen los asistentes con base en una lectura superficial del proceso y elementos probatorios precarios, por consiguiente no compromete decisiones posteriores como la formulación de imputación y la acusación.

Conviene recordar además que la calificación jurídica efectuada por la fiscalía no puede ser cuestionada por el juez o tribunal de conocimiento, por contravenir los principios de igualdad de armas, imparcialidad y debido proceso, salvo que se afecten garantías fundamentales.

Tampoco se avizora un protuberante distanciamiento entre los hechos y la calificación jurídica efectuada por el fiscal, que raye con la ilegalidad. Por el contrario, el fiscal en el acta de preacuerdo presentada ante el Tribunal aclaró con suficiencia los motivos por los cuales la decisión de entrega provisional de la motocicleta, en su sentir, no se adecuaba típicamente en el delito de prevaricato, motivo por el cual decidió, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 250 de la Constitución Política, iniciar la acción penal, imputar y celebrar un preacuerdo por el punible de abuso de función pública.

¹² Carpeta principal, ffs. 314 y ss.



Sobre el particular, ya esta Corporación ha sentado las bases jurisprudenciales para dilucidar que no siempre que se está ante un delito de abuso de función pública por usurpación de competencia se incurre en el delito de prevaricato, pues puede suceder, como ocurre en el caso bajo análisis, que la *única* conducta objeto de reproche sea el haber adoptado una decisión *que se ajusta a la ley* sin tener competencia para ello. Al respecto se puede leer en la sentencia SP067-2018, de 31 de enero de 2018 (rad. 49688):

En el fallo emitido el 22 de junio de 2016, bajo el radicado 42720, la Sala, basada en sus propios precedentes, estableció algunos parámetros para diferenciar los delitos previstos en los artículos 413 y 428 del Código Penal, en un caso que tiene analogía fáctica con el que ahora se analiza, toda vez que el único reparo a las decisiones tomadas por el allí procesado consistió en su falta de competencia. Por su importancia para resolver el presente asunto, cabe recordar los siguientes:

Ciertamente en la CSJ SP, 24 Sep. 2014, Rad. 39279, la Sala se ocupó del estudio de las características dogmáticas del injusto de abuso de función pública, resaltando sus diferencias con el punible de prevaricato por acción. Así se refirió la Corporación:

*“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.

Precisamente, la Sala, en ese sentido, ha señalado lo siguiente:

“Acertó entonces el Tribunal en la decisión recurrida, al señalar que el abuso de la función pública se tipifica al actuar en donde no se tiene competencia, mediante comportamiento que puede ser desarrollado lícitamente por el empleado que tiene facultad para ello; en cambio en el abuso de autoridad y en el prevaricato, como bien lo pone de resalto el señor defensor, el acto es ilegal, no importando que funcionario lo ejecuta.” (CSJ SP, radicado 10131 del 14 de septiembre de 1995)”

Con sustento en esas precisiones consideró la Sala que en el caso estudiado, que coincide fácticamente con el acá debatido, la adecuación típica pertinente es la definida en el canon 428 ibidem que estructura el delito de abuso de función pública y no el de usurpación de funciones públicas como erradamente lo adujo el defensor en su alegación final. Así se expresó la Corte:

“Desde este punto de vista, la adecuación típica se debe realizar con referencia al tipo penal de abuso de función pública, que es, como se verá, la conducta que el funcionario realizó, al disponer mediante un acto reservado al Fiscal General de la Nación, la reasignación de un proceso que le fue adjudicado a una fiscalía distinta a la que él presidía.” (El resalto no aparece en el texto original)

Entre los aspectos diferenciadores de los punibles en cita, puede señalarse que en el de abuso de función pública la ilegalidad está referida al desbordamiento de una atribución funcional que le corresponde ejecutar a otro funcionario, en tanto que en el prevaricato, el acto desplegado, que bien puede hacer parte de las



funciones del servidor público, infringe manifiestamente el orden jurídico.

La anterior precisión adquiere importancia para el caso presente dado que para el momento de la realización de la acción atribuida al acusado, el ordenamiento jurídico no prohibía la reasignación de investigaciones penales al interior de la Fiscalía General de la Nación, por el contrario la autorizaba, siempre que se agotara el procedimiento instituido para ese fin y se dispusiera por el funcionario competente.

Entonces, admitida la reasignación de procesos al interior de la Fiscalía General de la Nación, la decisión del acusado se advierte ciertamente ilegal al desbordar la atribución funcional que le correspondía ejecutar exclusivamente al Fiscal General de la Nación, por lo que su conducta se adecua al injusto de abuso de función pública y no de prevaricato por acción.

Para el caso y como se viene de explicar, en el acta de preacuerdo la fiscalía precisó con suficiencia los motivos por los cuales no cabía la imputación por el delito de prevaricato y que, según se lee en el referido documento, se contraen a:

“Es decir, tanto por inciso 4 del artículo 64 de la ley 600 de 2000 como por el numeral 2 del artículo 99 de la ley 906 de 2004, el fiscal puede hacer entrega provisional del bien al adquirente de buena fe, especialmente con fines de custodia para evitar su deterioro o pérdida que fue, en últimas, el propósito de la entrega, pues ciertamente no hubo prueba alguna de que el fiscal hubiese obtenido ventaja o beneficio con el acto. Por otra parte, es verdad que el fiscal Alzate se ocupó de informarse sobre el estado de la actuación por el hurto en la fiscalía de Santander de Quilichao, y habiendo sabido que no se había ordenado entrega del vehículo, entre otras cosas porque



las diligencias, después de varios meses de puesta a disposición de esa fiscalía, no habían sido desarchivadas, dispuso la entrega provisional a uno de los adquirentes de buena fe.

No hubo, por tanto, contrariedad entre la decisión y la ley”.

Tales consideraciones no dejan alternativa distinta a revocar la decisión apelada, para que el Tribunal adopte una determinación acorde con los argumentos expuestos, incluyendo el análisis previo de la prescripción de la acción penal, de cara a la situación fáctica que originó la imputación y que fue reiterada por la Fiscalía en el escrito de acusación, relacionada con la entrega provisional de la motocicleta Yamaha DTK 125 de placas MLQ 66A ordenada por ALZATE SALDARRIAGA a favor de Néstor León Muñoz Quintero el 12 de abril de 2011. Lo anterior, dado que la pena máxima prevista para el delito de abuso de función pública, aumentada en la tercera parte¹³ arroja un resultado de 48 meses de prisión, por lo que al tenor del artículo 83 C.P., la acción penal prescribe en 5 años.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. REVOCAR la decisión apelada.

¹³ La ley 1474 de 2011, cuyo artículo 14 aumentó a la mitad el término de prescripción penal en aquellas conductas cometidas por servidores públicos, entró a regir el 12 de julio de 2011, es decir con posterioridad a la entrega de la motocicleta.



2. DEVOLVER el diligenciamiento al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

~~LUÍS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA~~

~~JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA~~

~~JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO~~


~~FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO~~

~~EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER~~

~~EYDER PATIÑO CABRERA~~




PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR


LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria