



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
Magistrado Ponente

SP134-2016

Radicación N° 46806.

Aprobado acta No. 10.

Bogotá, D.C., veinte (20) de enero de dos mil dieciséis (2016).

V I S T O S

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la delegada de la Fiscalía en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga el 12 de agosto de 2015, mediante la cual absolvió a CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ



LONDOÑO por los delitos de Prevaricato por acción y Prevaricato por omisión.

A N T E C E D E N T E S

1. Fácticos

El 31 de mayo de 2012, aproximadamente a las 6:30 a.m., el entonces Fiscal Seccional 11 de Buga adscrito a la Unidad de Reacción Inmediata, CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO, resolvió dejar en libertad a Israel Tabares Cortés, quien había sido capturado el día anterior en estado de flagrancia al portar un revólver calibre 38 sin el respectivo permiso de la autoridad competente. Esa actuación fue radicada con el CUI 761116000247201201051 por el delito de *Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, y en la misma no se tramitó la realización de audiencia alguna ante los jueces con función de control de garantías.

2. Procesales

El 22 de octubre de 2013, la Fiscalía No 1 delegada ante el Tribunal Superior de Buga, en audiencia celebrada ante el Juzgado Penal Municipal Ambulante de Guadalajara de Buga

con función de control de garantías, le formuló imputación a CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO por los delitos de Prevaricato por acción y Prevaricato por omisión.

El 17 de enero de 2014, la Fiscalía presentó escrito de acusación por los mismos delitos que antes había imputado, en razón de lo cual el Tribunal Superior de Buga celebró la respectiva audiencia de formulación el 11 de febrero siguiente. Luego, en sesiones del 8 y del 10 de abril del mismo año, se realizó la audiencia preparatoria.

El juicio oral inició el 7 de mayo de 2014 y, luego de varias sesiones, concluyó el 5 de agosto posterior. El sentido del fallo fue absolutorio y del mismo se hizo la respectiva lectura en audiencia del 21 de agosto de 2015. Contra la sentencia, el delegado de la Fiscalía General de la Nación interpuso recurso de apelación y lo sustentó, después, por escrito.

LA SENTENCIA APELADA

Luego de hacer un recuento de la actuación procesal surtida, de las pruebas practicadas en el juicio oral y de referirse a los hechos que, en su criterio, indiscutiblemente



aparecen demostrados; el Tribunal asevera que la Fiscalía no logró demostrar más allá de toda duda razonable, que la decisión de liberar al capturado en flagrancia adoptada por el acusado se hubiere adoptado sin motivación alguna, por cuanto, (i) no ordenó la inspección del computador oficial ni del particular del acusado, para comprobar que en la madrugada del 30 de mayo de 2012 no se había elaborado la orden y desvirtuar así lo dicho por aquél en cuanto a que ésta no fue impresa en su totalidad o se traspapeló, y (ii) en posterior inspección que se hiciera de la carpeta, se encontró la orden de libertad motivada.

Afirma el A quo que la ley en modo alguno exige que la orden de libertad proferida por la Fiscalía General de la Nación se haga de manera escrita, pues, al tenor de lo dispuesto en el artículo 162, será suficiente con que se deje un registro de la fundamentación fáctica, probatoria y jurídica que respalde tal decisión, razón por la cual la decisión liberatoria puede comunicarse verbalmente a quien favorece por ser éste el único destinatario de la orden. Luego, entonces, lo relevante es analizar los argumentos atendidos por CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO para proceder de la forma en que lo hizo.

Además, consideró el Tribunal que como no se trata de un tema pacífico es imposible pregonar la *“manifiesta contrariedad con la ley, de la decisión del acusado, doctor HINCAPIÉ LONDOÑO, de dejar en libertad a ISRAEL TABARES CORTÉZ por considerar su captura ilegal al fundarse en una flagrancia construida a partir de la vulneración a su derecho a la intimidad”*. En el mismo sentido, se indicó que la presentación del capturado ante el juez de control de garantías no es un imperativo, pues la Fiscalía se constituye en el primer filtro de legalidad de la aprehensión, por lo que aquélla tiene la obligación de restaurar ese derecho siempre que haya sido restringido con vulneración de garantías fundamentales, en apoyo de lo cual cita apartes jurisprudenciales.

En cuanto hace a la tipicidad subjetiva, estima la sentencia absolutoria que si, en gracia de discusión, la decisión fuera objetivamente contraria a la ley, tampoco aparece demostrado que el procesado actuara con dolo porque al efecto se requería que la Fiscalía *“... enseñara cómo el mismo había actuado en forma contraria en casos precedentes o era una discusión ya superada a nivel de Fiscalía de la Uri, cuya experiencia judicial le demandaba la imposibilidad de incurrir en ese error o por lo menos superar ese criterio jurídico dentro de la urgencia de adopción de*



resoluciones en ese contexto de la Unidad de Reacción inmediata, según su propio nombre y dinámica, lo indican”.

Ahora, en relación a la exclusión probatoria del arma de fuego al estimarse ilícita su aducción y el consecuente archivo de la investigación, se señaló en la sentencia que tales hechos no fueron incluidos en la imputación, por lo que las consideraciones al respecto no podían ser atendidas. Además, si el procesado “... ordenó el archivo, por sustracción de materia no procedían tampoco las audiencias de formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento de Detención Preventiva. La falta de solicitud de esas dos audiencias preliminares ninguna incidencia tiene en la libertad concedida por la calificación de ilegalidad de su captura pues independientemente de tal concesión habría podido llevarlas a cabo de no haber concebido el archivo, *factum* dejado por fuera de la acusación”. Así, concluye que la conducta investigada es atípica del delito de Prevaricato por acción.

Por último, el Tribunal sostuvo la atipicidad del Prevaricato por omisión, bajo el entendido de que el órgano acusador confundió “la incautación del arma de fuego en una captura en estado de situación de flagrancia con aquella situación prevista en el artículo 84 del Código Adjetivo, con

finis de comiso...”, razón por la cual el acusado no debía acudir ante el juez con función de control de garantías “*para que revisara la legalidad de incautación para efecto del comiso*”.

E L R E C U R S O

1. Recurrente

La delegada de la Fiscalía General de la Nación inició la sustentación de la impugnación precisando que la misma se dirigía exclusivamente a la absolución por el delito de Prevaricato por acción. Luego, se dedicó a traer a colación cada uno de los argumentos que fundaron la sentencia de primera instancia, con el objetivo de desvirtuarlos uno a uno.

En ese orden, recuerda que el origen de la indagación radicó en las irregularidades detectadas por el Coordinador de la URI, Santiago Figueroa Fernández, y por el Director Seccional de Fiscalías, Darío Fernando Mosquera, entre otras, el hallazgo de la orden de libertad concedida a Israel Tabares Cortés “*sin ninguna motivación*”, hecho que fue admitido por el procesado en la visita que le hiciera el

Director el 11 de julio de 2012, por lo que no cabe duda que el sustento jurídico de la decisión fue posterior. Al efecto, recuerda que las órdenes, como cualquier otra providencia judicial, deben contener una fundamentación fáctica, probatoria y jurídica (art. 162 C.P.P./2004), y que aun cuando se aceptara la opción de una orden verbal de libertad, de igual modo se exige un registro, según lo imponen los artículos 302-3 y 161-3 del estatuto procesal, cuya ausencia también se demostró.

De otra arista, manifiesta que el A quo erró al señalar que la orden de libertad emitida por el acusado se ajustaba a la legalidad, pues para arribar a tal conclusión se amparó en una norma que resulta inaplicable al caso – artículo 248 del C. P. P.-, porque se refiere al “*registro personal*” cuando se realiza en el marco de una investigación penal en curso, siendo que lo procedente era aplicar el contenido del artículo 208 de la misma obra, y que conllevaría obligatoriamente a considerar que la revisión policial que dio lugar a la captura del ciudadano Israel Tabares Cortés jamás constituyó una vulneración al derecho a la intimidad. Además, agrega que la sentencia C-822 de 2005 se refiere es a la facultad policiva de hacer requisas o cacheos¹.

¹ Cita la sentencia del 21 de marzo de 2007, rad. 25583, de esta Corporación, bajo el entendido de que se trata de un caso similar al analizado.

Finalmente, afirma que el dolo se encuentra demostrado, pues las pruebas practicadas en el juicio dieron cuenta sobre la *“existencia de carpetas (once) con irregularidades, donde el Fiscal ha actuado de igual manera en tres de ellas, es decir, liberar a los capturados, sin motivación alguna,...”*. Alega, además, que la ignorancia no puede predicarse respecto de un funcionario con vasta experiencia judicial y con la obligación de estar al tanto de los precedentes jurisprudenciales, enunciando otras circunstancias indicativas de un actuar doloso: las imprecisiones en que incurrió en el juicio sobre la confección de la decisión, el haberla proyectado tiempo después de la liberación del capturado, mantener la carpeta del proceso bajo llave y retirarla por más de un mes de la sede de la Fiscalía, y, por último, sustentar la orden con normas insuficientes a la solución del problema jurídico.

2. No recurrentes

2.1 Procuraduría

El agente del Ministerio Público solicitó se confirmara la sentencia absolutoria proferida a favor del acusado, luego de considerar que las pruebas practicadas en el juicio, no



permiten afirmar, en grado de certeza, que HINCAPIÉ LONDOÑO emitió orden de libertad sin fundamento o motivación alguna, pues, en la última inspección realizada se encontró la orden de libertad debidamente motivada y además *“no se revisó el locker del aquí procesado y tampoco se le preguntó sobre los procedimientos adelantados en relación a la mencionada orden, todo lo cual deja un manto enorme de dudas sobre dicho tema, no pudiendo más que acudir al principio de presunción de inocencia que cobija a todo acusado”*.

Concluye, afirmando que la Fiscalía General de la Nación no logró demostrar que la fundamentación invocada por el acusado para conceder la libertad a Israel Tabares Cortés fuera inequívocamente contraria a derecho, por lo que frente a la ausencia de demostración de las categorías dogmáticas del delito de Prevaricato por acción, debe confirmarse la absolución.

C O N S I D E R A C I O N E S

1. Competencia

De conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 3°, 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 contra los autos y sentencias que profieran en primera instancia los tribunales superiores. En consecuencia, se aborda el estudio de la impugnación propuesta por la delegada de la Fiscalía en oposición a la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga el 12 de agosto de 2015 mediante la cual se absolvió a CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO por los delitos de Prevaricato por acción y Prevaricato por omisión.

Antes que nada debe advertirse que la competencia del juez de segunda instancia se encuentra limitada por los aspectos objeto de inconformidad planteados por el recurrente y los que resulten inescindiblemente vinculados a aquéllos. En consecuencia, como quiera que la delegada de la Fiscalía se dedicó a cuestionar exclusivamente los fundamentos de la decisión de absolver a CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO por el delito de Prevaricato por acción; a ese ámbito temático se circunscribirá la Corte, por lo que ningún análisis se hará en lo que respecta a la prevaricación omisiva por la cual también se eximió de responsabilidad penal al acusado.

2. Del tipo de Prevaricato por acción

El artículo 413 del Código Penal proscribe la siguiente conducta:

El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión (...)”

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 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”*².

En torno a la contrariedad manifiesta de una decisión con la ley, la Corte en sentencia proferida el 13 de agosto de 2003, radicado 19303³, consideró:

² CSJ. AP. 29 de julio de 2015, radicado No. 44031.

³ Pronunciamiento reiterado en SP, 3 jul. 2013, rad. 40226.

Esta última expresión, constituye un elemento normativo del tipo penal al cual la jurisprudencia de la Corte se ha referido en forma amplia para concluir, que para que la actuación pueda ser considerada como prevaricadora, debe ser “ostensible y manifiestamente ilegal,” es decir, “violentar de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma”⁴, dependiendo siempre de su grado de complejidad, pues resulta comprensible que del grado de dificultad para la interpretación de su sentido o para su aplicación dependerá la valoración de lo manifiestamente ilegal, de allí que, ciertamente, no puedan ser tenidas como prevaricadoras, todas aquellas decisiones que se tilden de desacertadas, cuando quiera que estén fundadas “en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso”⁵.

Se concluye, entonces, que para que el acto, la decisión o el concepto del funcionario público sea manifiestamente contrario a la ley, debe reflejar su oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, revelándose objetivamente que 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.

En similar sentido se pronunció la Sala en sentencia del 23 de febrero de 2006, radicado 23901⁶, al señalar:

La conceptualización de la contrariedad manifiesta de la resolución con la ley hace relación entonces a las decisiones que sin ninguna reflexión o con ellas ofrecen conclusiones opuestas a lo que muestran las pruebas o al derecho bajo el cual debe resolverse el asunto, de tal suerte que el reconocimiento que se haga resulta arbitrario y caprichoso al provenir de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico.

⁴ Decisión del 24 de junio de 1986.

⁵ Providencia del 24 de junio de 1986.

⁶ Pronunciamiento reiterado por la Sala en 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 consecuencia, no caben en ella las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su enorme complejidad o por su misma ambigüedad admiten diversas interpretaciones u opiniones, pues no puede ignorarse que en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución.

Como tampoco la disparidad o controversia en la apreciación de los medios de convicción puede ser erigida en motivo de contrariedad, mientras su valoración no desconozca de manera grave y manifiesta las reglas que nutren la sana crítica, pues no debe olvidarse que la persuasión racional, elemento esencial de ella, permite al juzgador una libertad relativa en esa labor, contraria e inexistente en un sistema de tarifa legal.

Sin embargo, riñen con la libertad relativa la apreciación torcida y parcializada de los medios probatorios, su falta de valoración o la omisión de los oportuna y legalmente incorporados a una actuación, en consideración a que por su importancia probatoria justificarían o acreditarían la decisión en uno u otro sentido a partir del mérito suasorio que se les diera o que hubiera podido otorgárseles.

Lo anterior descarta la configuración del ilícito en aquéllos casos en que la decisión censurada, aunque no se comparta o se estime equivocada, es producto de una interpretación razonable y plausible del funcionario sobre el derecho vigente, o de una valoración ponderada del material probatorio objeto de apreciación. Así, el tipo penal aludido se actualiza *«cuando las decisiones se sustraen sin argumento alguno al texto de preceptos legales claros y precisos, o cuando los planteamientos invocados para ello no resultan de manera razonable atendibles en el ámbito*

*jurídico, verbi gratia, por responder a una palmaria motivación sofisticada grotescamente ajena a los medios de convicción o por tratarse de una interpretación contraria al nítido texto legal*⁷. También, cuando el funcionario se sustrae del deber legal de motivar las providencias judiciales, siempre que se demuestre que ello es producto de una conducta consciente y caprichosa, pues por esa vía resultan quebrantadas las disposiciones normativas que de manera expresa establecen esa carga.

3. Del caso concreto

El Tribunal decidió absolver a CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO al considerar que el delegado de la Fiscalía no logró demostrar, más allá de toda duda razonable (i) que la orden de libertad proferida por aquél a favor de Israel Tabares Cortés haya sido manifiestamente ilegal y (ii) que si lo fue, en gracia de discusión, esa conducta haya sido dolosa. Por su parte, en la sustentación del recurso, el acusador público refuta tales argumentos defendiendo la existencia de la totalidad de los elementos típicos del Prevaricato por acción y de los demás presupuestos de la declaratoria de responsabilidad penal por ese delito.

⁷ CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 43413.

Antes de analizar cada uno de los aspectos típicos sobre los cuales giró el debate desde la primera instancia y hasta ahora, no sobra recordar aquéllos que ninguna discusión han suscitado en el proceso porque, inclusive, han sido admitidos por la defensa, pero que, de igual modo, constituyen circunstancias fácticas relevantes en la definición de la responsabilidad penal del acusado. Estas son:

a) Que para el 31 de mayo de 2012, CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO se desempeñaba como servidor público, específicamente ejercía el cargo de Fiscal Seccional No 11 de Buga adscrito a la Unidad de Reacción Inmediata. Esa condición jurídica fue sustraída del debate probatorio mediante estipulación celebrada entre las partes⁸, la cual fue respaldada con los siguientes documentos: Resolución No 0-4745 del 4 de agosto de 2008 suscrita por el Fiscal General de la Nación, Acta de posesión No 0806 del 1 de septiembre de 2008 y Resolución DSF-011 del 27 de febrero de 2009 suscrita por el Director Seccional de Fiscalías de Guadalajara de Buga.

⁸ CD No. 3, segunda parte, record 1:00.

b) Que en la fecha reseñada, el procesado decidió dejar en libertad inmediata e incondicional a Israel Tabares Cortés, quien se encontraba a su disposición desde el día anterior (30 de mayo de 2012) porque agentes de la Policía Nacional lo capturaron en situación de flagrancia, al ser sorprendido cuando portaba un arma de fuego calibre 38 al interior de un bolso tipo canguro, sin que contara con el permiso de la autoridad competente. Tales datos procesales se acreditaron con el testimonio del investigador Jhon Jairo Garzón Ramírez⁹, quien introdujo al juicio los siguientes documentos: el *“Formato único de noticia criminal”* del 30 de mayo de 2012, el *“Informe de la policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia”* de la misma fecha, la respectiva *“Acta de derechos del capturado”*, la *“Boleta incautación arma de fuego”*, y la *“Orden de libertad expedia (sic) por el fiscal”*.

c) Que en la actuación radicada con el CUI 761116000247201201051, abierta contra Israel Tabares Cortés por el delito de *Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones* (art. 365 C.P.), el fiscal acusado ni ningún otro tramitó audiencias preliminares concentradas ante los jueces de control de garantías, por lo menos entre el 30 de mayo y el

⁹ A record 1:14:58 cd No. 7



1 de junio de 2012. Este hecho se acreditó con una certificación expedida el 17 de febrero de 2014 por el Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Buga, la cual fue incorporada al proceso con el testimonio del investigador Octavio Vargas Losada¹⁰.

3.1 Ilegalidad manifiesta de la orden de libertad

El primer aspecto sobre el cual versa la discordia en cuanto a la legalidad de la orden de libertad proferida el 31 de mayo de 2012 por el entonces Fiscal Seccional No 11 de Buga, es la determinación de si la misma fue o no motivada. Aunque en la sentencia y en la sustentación del recurso se comparte la idea según la cual esa motivación es obligatoria, se difiere en cuanto a si la misma, junto con la decisión que respalda, puede expresarse verbalmente o si su consignación escrita es imperativa.

Al respecto, en el acápite 5.3.3. de la sentencia apelada, el Tribunal señaló que, de conformidad con lo previsto en el artículo 161 del C.P.P./2004, las órdenes que emite la Fiscalía General de la Nación “*Serán verbales, de cumplimiento inmediato y de ellas se dejará un registro*”, por lo que en una decisión de libertad no se requiere el soporte

¹⁰ Sesión del juicio oral del 20 de mayo de 2014

escritural sino que es suficiente que a la persona capturada se le comuniquen verbalmente las razones por las cuáles ha de recobrar su garantía constitucional y “*seguidamente dejar un registro que puede ser escrito para la actuación*”, lo anterior por cuanto solo el capturado es el destinatario de la orden de libertad. Esa interpretación desconoce la claridad del contenido integral de la disposición contemplada en el precitado artículo 161, el cual se expone a continuación:

ARTÍCULO 161. CLASES. Las providencias judiciales son:

1. Sentencias, si deciden sobre el objeto del proceso, bien en única, primera o segunda instancia, o en virtud de la casación o de la acción de revisión.
2. Autos, si resuelven algún incidente o aspecto sustancial.
3. Ordenes, si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación o evitar el entorpecimiento de la misma. Serán verbales, de cumplimiento inmediato y de ellas se dejará un registro.

PARÁGRAFO. Las decisiones que en su competencia tome la Fiscalía General de la Nación también se llamarán órdenes y, salvo lo relacionado con audiencia, oralidad y recursos, deberán reunir los requisitos previstos en el artículo siguiente en cuanto le sean predicables.

De la sola lectura, si se quiere desprevenida de la norma transcrita, queda claro que las órdenes a que se refiere el numeral 3° son aquellas proferidas: (i) por los jueces de la República, (ii) con la finalidad de dar curso a la actuación o de evitar el entorpecimiento de la misma, (iii)

verbales, (iv) de cumplimiento inmediato y (v) de las cuáles se debe dejar un registro. Por ello, no le asiste razón al Tribunal cuando de manera categórica afirma que: *“Si opta por estimar ilegal la captura, deberá liberar entonces al capturado. Esto a través de una orden que según el numeral 3° del artículo 161 son las que emite la Fiscalía General de la Nación en cumplimiento de sus funciones”*.

Por el contrario, las decisiones que en su competencia profiera la Fiscalía General de la Nación, que también se llaman órdenes, están regladas en el parágrafo y no en el numeral 3° de la disposición en cita, por lo que deben contener los requisitos previstos en el artículo 162 procesal, *“salvo lo relacionado con audiencia, oralidad y recursos”*. En otras palabras, las órdenes de la Fiscalía que contienen decisiones, como es el decreto de una libertad, deben cumplir los presupuestos de cualquier providencia judicial siendo el más importante de ellos la *“fundamentación fáctica, probatoria y jurídica”*, con la peculiaridad de que contra aquéllas no proceden recursos, se dictan por fuera de audiencias y, por ende, son escritas, configurando así una de las excepciones a la prohibición de reproducciones



de esa naturaleza contemplada en el artículo 146, inc. 1º, del C.P.P./2004¹¹.

Luego, entonces, el Tribunal erró cuando señaló que la ley no exige que las ordenes proferidas por la Fiscalía General de la Nación, en cumplimiento de sus competencias, deban ser emitidas por escrito siendo ello facultativo del ente investigador, pues todo lo contrario, la ley exige dicha formalidad. Lo anterior obliga concluir que, el fiscal CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO, de considerar que el señor Israel Tabares Cortés debía ser liberado, de conformidad con el inciso 3º del artículo 302 de la Ley 906 de 2004, estaba obligado a proferir una decisión – orden de libertad- escrita que contuviera los requisitos establecidos en el artículo 162 ibídem, especialmente el de la expresión del fundamento fáctico, probatorio y jurídico.

Precisado lo anterior, el problema jurídico a dilucidar es ¿si la decisión de liberar a Israel Tabares Cortés fue manifiestamente ilegal? A fin de resolver el interrogante que ha sido planteado por la Sala, debe indicarse que esta investigación tuvo su génesis en la información que

¹¹ El inciso 1º del artículo 146 del C.P.P., reza: “REGISTRO DE LA ACTUACIÓN. Se dispondrá el empleo de los medios técnicos idóneos para el registro y reproducción fidedignos de lo actuado, de conformidad con las siguientes reglas, **y se prohíben las reproducciones escritas, salvo los actos y providencias que este código expresamente autorice...**”.

mediante oficio No. 021 del 31 de mayo de 2012¹², le comunicó Santiago Figueroa Fernández, Coordinador de la URI de Buga, a Darío Fernando Mosquera Guevara, Director Seccional de Fiscalías, según la cual el fiscal CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO en dos casos específicos¹³, había dejado en libertad a personas que habían sido capturadas en evidente estado de flagrancia y por delitos que hacían procedente la detención preventiva, sin “...haber al menos plasmado su argumentación a fin de entender su criterio jurídico y despejar cualquier tipo de duda al respecto...”.

Por lo anterior, Darío Fernando Mosquera Guevara manifestó en su declaración que el 11 de julio de 2012 se dirigió a la sede de la URI de Buga, con el fin de realizar una inspección a las carpetas tramitadas por el hoy acusado, quien le manifestó que algunas de ellas se encontraban en su lugar de domicilio, entre las cuales se hallaba la indagación contra Israel Tabares Cortés, razón por la cual el procesado se desplazó hasta ese lugar en su búsqueda. Una vez de vuelta, se dio inicio a la inspección, de lo cual se levantó un acta suscrita por el funcionario en mención, por Asdrubal Rincón Cuellar y por el fiscal

¹² Introducido al juicio, mediante el testimonio de Santiago Figueroa Fernández. A record 59:17, cd No. 5

¹³ “SPOAS No. 7611160000165201201027 del 26 de mayo de 2012 y el 76111600016520121051 fechado el 30 de mayo de 2012”.

CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO, la cual fue introducida al juicio¹⁴, en la que se consignó que en los casos identificados con los números 761116000165201201051, 76111600016520101138 y 76111600016521201029, se liberó a los capturados y de esa determinación sólo obraba en las carpetas el último folio del formato de la orden de libertad, en original y dos copias, correspondiente a la firma del fiscal y de la persona liberada ***“sin argumento alguno”***.

Narró el entonces Director Seccional de Fiscalías en su declaración, que todas las carpetas que fueron relacionadas en esa acta, fueron objeto de una inspección más minuciosa, que se llevó a cabo en su despacho, el día 16 de julio de 2012, de lo cual se levantó una acta¹⁵, en donde se dejó sentado, con relación a la actuación que concita la atención de la Sala en esta oportunidad, lo siguiente:

(...)

76116000165201201051, se relacionan con la conducta punible de FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ARMAS DE FUEGO, siendo indiciado ISRAEL TABARES CORTÉS, según hechos ocurridos el 30 de mayo de 2012...No se observa que se hubiere allegado estudio balístico, ni se solicitó la práctica de audiencias preliminares no obstante según el sistema SPOA el indiciado reportaba anotaciones...contrario sensu, se observa en original y dos copias un formato que titula ORDEN DE LIBERTAD

¹⁴ Ver record 32:52, cd No. 7

¹⁵ Fue introducida al juicio, mediante su declaración. A record 45:11, cd No. 7

EXPEDIDA POR EL FISCAL, sin contenido de fundamento jurídico y solo con las firmas de CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO como funcionario y de ISRAEL TABARES CORTÉS como liberado... (Subrayado por fuera del texto original)

De otra parte, el 19 de julio de 2012 se realizó por parte del investigador Jhon Jairo Garzón Ramírez, inspección a la carpeta tantas veces referenciada, quien en el acta de la diligencia consignó que a folio 24 se encontraba “orden de libertad firmada por el Dr. Carlos Alberto Hincapié Londoño, folios 25 y 26 copias de la orden de libertad, folio 27 gestión actuaciones”, el cual fue introducido al juicio con su declaración, pudiéndose observar que se trata efectivamente de un solo folio, que se titula “ORDEN DE LIBERTAD EXPEDIDA POR EL FISCAL- Casos de captura en flagrancia”, encontrándose en la parte superior derecha del mismo un secuencial de numeración de páginas, así “Página 3 de 3”, y que inicia desarrollando el numeral 5º que se titula “Funcionario que emite la orden”, encontrándose las firmas de CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO e Israel Tabares Cortés, y la huella de este último, sin que se encontraren anexos a la carpeta el resto de folios, que según la secuencia de las páginas, deberían ser dos.

Ahora bien, al rendir testimonio en el juicio oral, el acusado en el intento de explicar las razones por las cuales



la orden de libertad no se encontraba “*completa*”, es decir, en todos sus folios, que se itera, deberían ser 3, para la fecha en que el coordinador de la URI hizo las indagaciones pertinentes, señaló que la misma estaba con todas sus páginas al interior de su casillero, por lo que era suficiente con que se solicitara el acceso al mismo para conocerla. Luego, manifestó que una vez conoció el contenido del oficio enviado por el Coordinador de la URI a la Dirección Seccional de Fiscalías, se llevó la carpeta a su domicilio para examinarla con detenimiento, siendo esa la razón por la cual, cuando el Director Seccional de Fiscalías, hizo la inspección en la oficina de la URI, la actuación se hallaba en su residencia, y que seguramente solo se encontró el último folio de la orden de libertad, porque tal vez, el resto se había traspapelado.

Sin embargo, encuentra la Sala que tales exculpaciones no son de recibo, entre otras razones porque, como se vio, la carpeta identificada con el CUI 76116000165201201051 contra Israel Tabares Cortés no era la única desprovista de los folios restantes en los se presume debían constar los argumentos fácticos, probatorios y jurídicos por los cuales se había concedido la libertad al capturado, pues en las actuaciones identificadas con los radicados 761116000165201201029, 761116000165201201138 y



761116000165201200771, también se encontraba un solo folio, en original y en copia, con el mismo título sin ninguna fundamentación y solo con las firmas del fiscal hoy acusado y de la(s) persona(s) liberada(s).

El Tribunal, al referirse a este punto señaló lo siguiente: *“Si se trataba de demostrar por parte del ente acusador, que el fiscal seccional 11 de la URI cuando dejó en libertad al capturado lo hizo sin ninguna motivación pero finalmente encontró la misma dentro de la respectiva carpeta, para contrariar el argumento previsible de parte del acusado, debió hacer inspeccionar el computador tanto oficial como privado por un especialista en sistemas para denotar que al menor para la madrugada del 30 de mayo de 2012 no elaboró orden alguna”*; argumento con el cual el A quo parece exigir una tarifa legal para la demostración del asunto, con lo cual pasa por alto que el ordenamiento penal colombiano se rige por un sistema de libertad probatoria o de libre persuasión racional, en virtud del cual al conocimiento de los hechos puede llegarse por cualquiera de los medios previstos en la ley.

Continuando con el examen de la prueba producida en el juicio, se recibió el testimonio de María Leonor Cruz Rivera, Personera Delegada de la Personería Municipal de



Guadalajara de Buga, quien manifestó que se notificó de la orden de libertad concedida a *Israel Tabares Cortés*, la cual estaba contenida en cuatro folios, sin embargo, no recuerda la fecha exacta en que se notificó de la misma aunque sí que ello ocurrió “*después de un mes y medio o dos meses*”¹⁶. En todo caso, esa notificación a la delegada del Ministerio Público se surtió después de practicada la inspección por parte del Director Seccional de Fiscalías, tal y como lo afirmó el acusado en su declaración¹⁷.

La notificación tardía de la orden de libertad –contenida en 4 folios- por parte de la Personera en nada desvirtúa el hecho de que cuando se practicaron sendas inspecciones a la carpeta de la indagación seguida en contra de Israel Tabares Cortés por parte del Director Seccional de Fiscalías y del investigador Garzón Ramírez, sólo se encontró un folio titulado “*ORDEN DE LIBERTAD EXPEDIDA POR EL FISCAL*”, con las firmas del fiscal acusado y de quien fue liberado, pues para la época en que se produjeron tales diligencias – 16 y 19 de julio de 2012, respectivamente-, la doctora Cruz Rivera no había concurrido a enterarse de la misma. Pero además, también explica la razón por la cual la deponente afirma con tanta contundencia que la orden de libertad constaba de 4 folios, contrariando, en apariencia, el primer

¹⁶ A record 13:12, cd No. 9:

¹⁷ A record 53:03, cd No. 10

hallazgo de una sola página, hecho que revela que los restantes folios fueron diligenciados por el acusado entre mediados del mes de julio de 2012 y la fecha de notificación de la personera que, valga la pena decir, se desconoce porque, extrañamente, la misma no fue anotada en la respectiva constancia, pero que sin duda alguna ocurrió con posterioridad a la liberación de Israel Tabares Cortés y a las diligencias de inspección ya indicadas.

Lo cierto, es que tal y como lo señaló la funcionaria María Leonor Cruz Rivera, ella se notificó de una orden de libertad proferida por CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO a favor de Israel Tabares Cortés que se encontraba contenida en 4 folios; información que coincide con el testimonio de Octavio Vargas Losada cuando dio cuenta de que en la inspección realizada el 18 de febrero de 2014, cuya acta se introdujo al juicio, se encontró la referida orden de libertad¹⁸ contenida en ese mismo número de folios (4), aunque con una rareza: en la parte superior derecha el tercero de ellos se identificaba como “Página 3 de 4”, mientras que el último, el de las firmas que se conoció desde un inicio de la investigación, como “Página 3 de 3”.

¹⁸ En sesión de juicio oral del 20 de mayo de 2014.

Ese hecho, en las circunstancias probatorias que se vienen anotando, refuerza la conclusión según la cual el 31 de mayo de 2012 el acusado tomó la decisión de liberar a Israel Tabares Cortés para efectos de lo cual generó un formato de orden de libertad de 3 folios, muestra de ello es que el último destinado a las firmas era el número 3, únicamente diligenció e imprimió este último y, días o meses después, cuando se dedicó a escribir la fundamentación fáctica, probatoria y jurídica de la decisión, pasó por alto su inicial propósito en cuanto al tamaño del documento y terminó elaborando uno de 4 folios que revelaba la inconsistencia numérica anotada.

Todo lo anterior nos obliga a concluir, más allá de toda duda razonable, que CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO el día 31 de mayo de 2012 liberó a Israel Tabares Cortés, mediante una decisión que, a más de verbal, careció del ineludible sustento fáctico, probatorio y jurídico, desconociendo así, de manera protuberante y manifiesta, dos requisitos legales esenciales contemplados en los precitados artículos 161 y 162 del C.P.P./2004 de las decisiones que puede adoptar la Fiscalía (escritas y motivadas). Ahora bien, la elaboración posterior de las razones de la orden de libertad, sólo viene a reforzar la

afirmación según la cual esta determinación fue caprichosa y arbitraria al momento de su producción.

En todo caso, en la indagación que contra Israel Tabares Cortés conoció el entonces Fiscal Seccional No 11 de Buga, no existía razón jurídica alguna que pudiera fundamentar la orden de libertad decretada el 31 de mayo de 2012, ni siquiera aquélla que tiempo después construyó el acusado para intentar justificar una actuación anterior caprichosa y arbitraria. Obsérvese, en primer lugar, el razonamiento adicionado por el acusado a la inicial – inmotivada- decisión liberatoria:

Historian los elementos materiales probatorios recaudados en esta incipiente investigación, que el 30 de mayo pasado fue capturado por personal de la Policía Nacional, en la calle 1ra sur con carrera 15ª, el señor ISRAEL TABARES CORTEZ, del cual se había recibido una información anónima en el sentido de que portaba un arma de fuego en un “canguro”. Dada esta información, los efectivos del orden se acercaron hasta dicha dirección, y en un expendio de alimentos y cerveza que allí funciona, efectivamente se ubicó a dicha persona encontrándosele el arma en el bolso o “canguro” antes señalado. Hasta este instante, todo indicaba que en realidad TABARES CORTÉZ había incurrido dentro de la descripción típica del artículo 365 de nuestra codificación penal, que trata sobre la “Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones”.

Ahora bien; al examinar los elementos materiales probatorios recaudados encuentra esta Delegada que no milita dentro de los mismos, alguno que determine si el indiciado autorizó o no la revisión de su pequeño bolso o “canguro”, pues no obstante llevarlo consigo, considera esta Fiscalía que el registro del mismo

sin autorización de su propietario violentaba su derecho a la intimidad, tornando en ilegal el procedimiento en cuestión y por ende la prueba recaudada dentro del mismo.

(...)

Todo lo anterior indica que, si se violan las formalidades sustanciales de cada medio probatorio o estos se practican con detrimento de los derechos fundamentales, la sanción es la inexistencia de la prueba, y, aunque no se generaría una nulidad de toda la actuación sino de la prueba obtenida irregularmente, en este caso, por tratarse del elemento esencial del tipo, precisamente del arma de fuego cuyo porte o tenencia sin permiso de autoridad competente es castigado por la ley, queda la investigación huérfana de ese elemento que en este caso estructura la conducta punible en cita.

Dentro de este contexto, lo que aflora de esta falencia en el procedimiento policial adelantado en este asunto es la atipicidad de la conducta desarrollada por el señor ISRAEL TABARES CORTÉS, lo que deriva en la restauración de su libertad y en el archivo de las diligencias. Por lo anterior, se deberá darle libertad a ISRAEL TABAREZ CORTÉS y ARCHIVAR estas diligencias.

Pues bien, sabido es que con la implementación de la Ley 906 de 2004, que acentúa la garantía de los derechos fundamentales del inculpado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, la Fiscalía General de la Nación se convirtió en parte dentro del proceso penal, y, en consecuencia, desprovista de la mayoría de las funciones jurisdiccionales que en el pasado ejercía, de manera que toda la afectación de los derechos fundamentales del investigado es definida por un juez que debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la



ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de las garantías fundamentales.

Por ello, una de las modificaciones más importantes que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal fue la creación del **juez de control de garantías** con competencias para adelantar “ (i) *un control sobre la aplicación del principio de oportunidad*; **(ii) un control posterior sobre las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación**; (iii) *un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas*; (iv) *un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad y (v) decretar medidas cautelares sobre bienes*; (vi) *igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. De tal suerte que el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales*”¹⁹

¹⁹ CC C-591/05

En lo que hace relación al control posterior sobre la limitación al derecho fundamental a la libertad, la ley²⁰ **obliga** a la Fiscalía General de la Nación a presentar a las personas capturadas de inmediato o a más tardar dentro de las 36 horas siguientes a la limitación de la garantía, ante el juez de control de garantías, para que sea este funcionario quien verifique la corrección o no del procedimiento, de conformidad con los cánones legales y constitucionales. Sin embargo, cierto es que el mismo ordenamiento jurídico faculta al ente investigador a conceder la libertad a quien ha sido restringido de ella en dos circunstancias excepcionales, tal y como lo prevé el artículo 302 procesal:

(...).

Si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. De la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal.

La Fiscalía General de la Nación, con fundamento en el informe recibido de la autoridad policiva o del particular que realizó la aprehensión, o con base en los elementos materiales probatorios y evidencia física aportados, presentará al aprehendido, inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, ante el juez de control de garantías para que este se pronuncie en audiencia preliminar sobre la legalidad de la aprehensión y las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del Ministerio Público.

²⁰ Ver artículos 28, 32 y 250 de la Constitución Nacional. Artículos 2, 297, 298, 302 de la ley 906 de 2004.

(...).

Pues bien, esa disposición normativa fue objeto de control de constitucionalidad desde el 2005, apenas un año después de expedido el actual Código de Procedimiento Penal, en la sentencia C-591, resultado del cual aquélla fue declarada exequible de manera condicional, precisamente, para establecer límites precisos al ámbito material del control que sobre la captura en flagrancia le es dable hacer a la Fiscalía General de la Nación previo a acudir ante el juez con función de control de garantías. Dijo en aquella oportunidad la Corte Constitucional:

Luego de haberse conducido a la persona ante la Fiscalía, ésta adelantará una doble valoración: examinará si el supuesto delito comporta o no detención preventiva y si la captura fue o no legalmente realizada. De tal suerte que si el comportamiento delictivo no conlleva imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva o la captura en flagrancia fue adelantada de forma ilegal, el fiscal procederá a dejar en libertad al aprehendido, imponiéndole bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario.

(...).

En lo que concierne a segmento normativo “no comporta detención preventiva”, cabe señalar que el artículo 307 del C.P.P. prevé la imposición de medidas de aseguramiento privativas o no de la libertad. Dentro de las primeras, se señalan la detención preventiva en establecimiento carcelario y la detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento.

Ahora bien, una interpretación conforme de la expresión acusada con la Constitución conduce a afirmar que el fiscal únicamente puede examinar si se cumplen o no las condiciones objetivas de que trata el artículo 313 del C.P.P.²¹ para imponer medida de aseguramiento de detención preventiva, mas no evaluar si se presentan o no los requisitos de que trata el artículo 308 de esa misma normatividad, es decir, si es viable inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, y que además la medida de aseguramiento se muestre como necesaria (...), facultades todas estas que son de la estricta competencia del juez de control de garantías, por cuanto es él quien debe, en virtud del artículo 250.1 constitucional, adoptar las medidas que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal.

De igual manera, de conformidad con el artículo 302 del C.P.P., una vez es llevado el aprehendido en flagrancia ante el fiscal, éste deberá examinar si dicha captura fue o no legal, y en caso de no serlo, deberá dejar en libertad a la persona, bajo palabra de comparecencia cuando sea requerido. Quiere ello decir que el fiscal deberá examinar si se presentaron o no, en el caso concreto, las condiciones legales de la flagrancia, descritas en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, y por supuesto, si se cumplieron los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional.

(...).

2. La Fiscalía General de la Nación puede dejar en libertad a una persona, bajo compromiso de comparecencia, cuando haya sido ilegalmente capturada en flagrancia y el supuesto delito no comporte detención preventiva.

(...)

²¹ De conformidad con el artículo 313 del C.P.P. procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los casos de (i) delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados; (ii) en los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años; y (iii) en los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En tal sentido, el procedimiento en caso de flagrancia, regulado en el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, articula lo dispuesto en el artículo 28 Superior con las nuevas disposiciones constitucionales del sistema acusatorio en la medida en que la decisión sobre la legalidad de la aprehensión realizada en flagrancia queda exclusivamente a cargo del juez de control de garantías, en tanto que la Fiscalía adopta tan sólo una determinación sobre la concesión de libertad en casos en que no se cumplan los requisitos objetivos para decretar la detención preventiva o la captura en flagrancia sea ilegal.

De conformidad con lo expuesto, debe concluirse que, por regla general, las personas capturadas deben ser puestas a disposición del juez con función de control de garantías de inmediato o a más tardar dentro de las 36 horas siguientes a la restricción del derecho a la libertad, para que sea este funcionario judicial quien se pronuncie en audiencia preliminar, sobre la legalidad de la aprehensión, así como en relación con las otras solicitudes de la Fiscalía, la defensa, la víctima y el Ministerio Público.

Ahora bien, la Fiscalía General de la Nación, podrá, conceder la libertad a quien haya sido restringido en ella, sin acudir ante el juez de control de garantías, únicamente cuando (i) se trate de un delito que no amerite detención preventiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 313 del C. P. P., y (ii) cuando no se cumplan las condiciones



legales de la flagrancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 301 de la misma obra.

En consecuencia, el estudio que debía realizar el entonces fiscal CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO sobre la captura del ciudadano Israel Tabares Cortés el día 30 de mayo de 2012, debía circunscribirse a la verificación de dos aspectos objetivos y sobre los cuales, prácticamente, no debe existir controversia porque, de haberla, ésta debe plantearse ante el juez de control de garantías: el primero, si el delito por el cual fue capturado Israel Tabares Cortés comportaba o no detención preventiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 313 del C.P.P., y el segundo, si la aprehensión fue legal únicamente desde el punto de vista de si concurrió o no una de las circunstancias de flagrancia previstas en el artículo 301 ibídem. Así, cualquier discusión que superara una comprobación meramente objetiva como, por ejemplo, la relativa a la eventual vulneración del derecho a la intimidad del capturado, escapaba del control de la Fiscalía General de la Nación, y debía ser resuelto por el respectivo juez con función de control de garantías.

Dentro del presente asunto queda claro que ambas exigencias se encontraban satisfechas, pues, en primer lugar, la captura del señor Israel Tabares Cortés se produjo

por la conducta de *Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones* tipificado en el artículo 365 del Código Penal, con una pena de nueve (9) a doce (12) años de prisión, delito que es investigable de oficio y que, como se observa, tiene una pena que supera los cuatro (4) años de pena privativa de la libertad, por lo que era procedente la detención preventiva de conformidad con lo normado en el numeral 2° del artículo 313 del C. P. P.. Y, en segundo lugar, la restricción de la libertad de Tabares Cortés se produjo en circunstancia de flagrancia, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 301 del código adjetivo, pues, fue sorprendido y aprehendido justo en el momento en que portaba un arma de fuego –revolver calibre 38-, sin que tuviera permiso para ello.

Luego, entonces, la decisión que debió adoptar el entonces fiscal CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO no podía ser otra que la de acudir ante el juez con función de control de garantías para que fuera este funcionario judicial el que examinara la legalidad o no del procedimiento de captura del ciudadano Israel Tabares Cortés, y no disponer su libertad argumentando que se había vulnerado su derecho fundamental a la intimidad, como quiera que no autorizó la práctica del registro del bolso tipo canguro que llevaba consigo, abrogándose competencias que no le

estaban a él asignadas, pues, como ya quedó visto, la actuación de la Fiscalía General de la Nación está circunscrita a verificar el cumplimiento o no de los aspectos antes enunciados, pues todo lo demás le compete al Juez con Funciones de Control de Garantías.

Por lo anterior, erró el Tribunal cuando, al examinar si la libertad concedida al capturado en flagrancia comportaba manifiesta contrariedad con la ley, centró el análisis en establecer si, efectivamente, el señor Israel Tabares Cortés fue violentado en su intimidad al practicársele un registro al bolso que portaba sin su consentimiento, y si tal vulneración daba al traste con el procedimiento de captura, para, luego de hacer un recuento jurisprudencial y doctrinal acerca de la diferencia entre el registro personal y el incidental a la captura, concluir que el tema no era pacífico, y que por lo tanto, no existía una *“manifiesta contrariedad con la ley de la decisión del acusado, (...) por considerar su captura ilegal al fundarse en una flagrancia construida a partir de la vulneración a su derecho a la intimidad”*.

Se itera, lo que resulta manifiestamente contrario a la ley es que CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO le haya otorgado la libertad al señor Israel Tabares Cortés, aun



cuando, frente a la constatación de los requisitos objetivos demandados por la ley, le era exigible acudir ante un juez de control de garantías, ante el cual debió plantearse el debate relacionado con la presunta vulneración al derecho fundamental a la intimidad del capturado, siendo dicho funcionario el único competente para resolver la controversia.

En conclusión, esta Corporación encuentra que los argumentos esgrimidos por CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO para liberar a Israel Tabares Cortés son manifiestamente contrarios a la Constitución y a la Ley, por lo que la conducta por él desplegada es objetivamente típica. En efecto, la sola lectura del artículo 302 del C.P.P. era suficiente para comprender el mandato legal que le imponía al entonces fiscal presentar al capturado ante el juez de control de garantías, más aún cuando desde hace aproximadamente 10 años la Corte Constitucional había fijado claramente los límites del control que aquél podía adelantar y de las consecuentes decisiones que eran procedentes.

3.2 El acusado actuó con dolo

De igual manera, la Sala considera que le asiste razón a la apelante cuando afirma que las pruebas incorporadas al juicio permiten demostrar la tipicidad subjetiva de la conducta atribuida a HINCAPIÉ LONDOÑO. En efecto, la valoración conjunta de las pruebas allegadas al expediente permiten afirmar, más allá de toda duda razonable, que el enjuiciado conocía la contrariedad manifiesta entre la orden de libertad y la Ley y, siendo así, quiso su materialización.

En primer lugar, fue demostrado que el acusado se encuentra vinculado a la Rama Judicial desde hace aproximadamente 22 años, 10 de los cuales laboró en la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, mismo que dictó la sentencia de primera instancia, desempeñando los cargos de Secretario y de Auxiliar Judicial de dos magistrados de esa corporación, de modo que para el momento de los hechos contaba con amplia experiencia específica en los temas y situaciones propias del cargo.

Además, no ha de olvidarse que la única interpretación bajo la cual podía entenderse exequible el artículo 302 del Código de Procedimiento Penal, en lo que hace a la extensión del control que sobre las capturas en flagrancia pueden realizar los delegados de la Fiscalía General de la



Nación, fue fijada por la Corte Constitucional desde el año siguiente a la expedición de dicho estatuto y aun cuando ni siquiera había entrado a regir en la totalidad del territorio nacional. De esa manera, el desconocimiento de la interpretación constitucional de la disposición normativa citada establecida y suficientemente divulgada desde hace ya 10 años, permite inferir el conocimiento de la manifiesta ilegalidad de la orden de libertad expedida por el entonces fiscal.

Por si fuera poco, varios hechos debidamente demostrados dan cuenta del conocimiento y la voluntad con los que CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO profirió una decisión ostensiblemente contraria a la Ley:

a) En la visita que el 11 de julio de 2012 practicó el Director Seccional de Fiscalías al despacho del entonces Fiscal Seccional No11 de Buga, ante la queja reportada por el Coordinador de la URI; el acusado reconoció que la libertad decretada a favor de Israel Tabares Cortés no estuvo precedida de la debida argumentación, tal y como se hizo constar en la correspondiente acta que, como antes se indicó, fue debidamente introducida como prueba documental.

b) La motivación posterior que hiciera el acusado de la orden de libertad objetivamente prevaricadora, es señal inequívoca del conocimiento que tenía sobre la manifiesta ilegalidad de su decisión, más aún cuando esa actuación fue subrepticia y ello es claro si se recuerda que el entonces fiscal, en los días siguientes a la liberación del capturado, mantuvo la carpeta de la indagación en su residencia y, luego, llegó a retirarla de la oficina de archivo, tal y como se estableció cuando en igual número de oportunidades el Director Seccional de Fiscalías y un investigador judicial fueron a realizar sendas inspecciones a la actuación.

c) A partir de las declaraciones rendidas por Santiago Figueroa Fernández y por Darío Fernando Mosquera Guevara, pudo demostrarse que no era la primera vez que el acusado liberaba a un capturado sin motivación alguna. Recuérdese que en la inspección que realizara este último para los días 11 y 16 de julio de 2012 encontró que al menos en dos casos más, se encontraba tan solo el último folio titulado “*ORDEN DE LIBERTAD EXPEDIDA POR EL FISCAL*” con las firmas del fiscal y del liberado, sin argumentación fáctica, jurídica y probatoria alguna.

3.3 Otros presupuestos de la responsabilidad penal

La conducta llevada a cabo por CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO, además de típica, es antijurídica en lo formal y en lo material, pues lesionó efectivamente, sin justa causa, el bien jurídico objeto de tutela penal, esto es, la administración pública; mismo que, ha sostenido la Sala, *“protege el interés general y los principios de igualdad, transparencia, imparcialidad, economía y objetividad de la función pública”*.

La Corporación ha discernido igualmente que *“al elevar a la administración pública a la categoría de bien jurídico que debe tutelar el derecho penal, el legislador pretende generar confianza en el conglomerado para que acudan a los procedimientos institucionales en aras de resolver los conflictos que surjan entre ellos, en el entendido de que encontrarán trámites y soluciones correctos, tras los cuales, el representante estatal entregará a cada quien, en forma justa, equitativa, lo que le corresponde”*.

Con su proceder, el acusado menoscabó la confianza del público en general en las autoridades judiciales, que espera una respuesta de la Administración de Justicia objetiva, transparente, equitativa y ceñida a las disposiciones vigentes. No obstante, el enjuiciado, al resolver el asunto sometido a su conocimiento de manera



contraria a la Ley vulneró los aludidos postulados, con lo cual generó desconfianza en las instituciones constitucionalmente establecidas y menoscabó entonces el bien jurídico tutelado, sin que mediase causa que justificase su conducta.

Su conducta se ofrece igualmente culpable, como que CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO contaba con la experiencia y preparación para comprender la ilicitud de su conducta, no obstante lo cual se determinó para proferir, en contravía de la Ley y a pesar de dicha comprensión, la decisión censurada, advirtiéndose que no concurrió causal de exculpación en su proceder.

Se trata sin duda de persona imputable, de quien era exigible un comportamiento conforme a derecho, pues de la prueba allegada no es posible suponer siquiera, máxime que ello no fue alegado, la incapacidad de ajustar su proceder a la normatividad vigente.

Adicional a lo expuesto, adviértase que el acusado tuvo la oportunidad de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta, pues nótese que en varias oportunidades manifestó que, antes de tomar la decisión, consultó con varias fuentes de información. Esto dijo el acusado:



“Consulte jurisprudencia, y demás tenía desde un principio tuve (sic) la convicción de que había ilegalidad en la captura. Consulté providencias y tomé la decisión”²², y luego manifestó: “es una decisión, imagínese en lo que estoy, por haber tomado esa decisión, una decisión que yo debía tomar previas consultas, yo me metí en el internet, mire otras sentencias, y concluí eso”.²³

No queda duda, entonces, de que el acusado, estando en la capacidad de actuar conforme a derecho, determinó su voluntad, de manera consciente y reflexiva, para proferir una orden de libertad abiertamente ilegal.

Así las cosas, demostrada la materialidad del delito y la responsabilidad de CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO en su comisión, no queda solución distinta que la de revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, condenarlo como autor del delito de Prevaricato por acción.

4. Dosificación de la pena

²² A record 36:23, cd No. 10

²³ A record 40:51



De acuerdo con el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, el delito de Prevaricato por acción está reprimido con penas de prisión de 48 a 144 meses, multa de 66.66 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses.

El ámbito de movilidad punitiva, establecido de conformidad con lo previsto en el artículo 61 ibídem, es el siguiente:

Pena de prisión:

Cuartos	Ámbito de movilidad
Primero	48 a 72 meses de prisión
Segundo	72 meses y 1 día a 96 meses de prisión
Tercero	96 meses y 1 día a 120 meses de prisión
Último	120 meses y 1 día a 144 meses de prisión

Pena de multa:

Cuartos	Ámbito de movilidad
Primero	66.66 a 124.995 s.m.l.m.v.
Segundo	124.996 a 183.33 s.m.l.m.v.



Tercero	183.34 a 241.665 s.m.l.mv.
Último	241.666 a 300 s.m.l.m.v.

Pena de inhabilitación:

Cuartos	Ámbito de movilidad
Primero	80 a 96 meses
Segundo	96 meses y 1 día a 112 meses
Tercero	112 meses y 1 día a 128 meses
Último	128 meses y 1 día a 144 meses

Como quiera que en contra del acusado no fueron aducidas circunstancias genéricas de agravación y, en cambio, a su favor obra la de menor punibilidad descrita en el numeral 1° del artículo 55 del C.P. consistente en la ausencia de antecedentes penales, la sanción habrá de ubicarse en el primer cuarto de movilidad. En ese ámbito, de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 61 ibídem, los límites mínimos se aumentarán en una tercera parte del margen de movilidad, esto es: la prisión será de cincuenta y seis (56) meses, la multa será equivalente a ochenta y seis punto ciento cinco (86.105) salarios mínimos legales mensuales vigentes al año 2012, y, por último, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y



funciones públicas quedará fijada en ochenta y cinco (85) meses y nueve (9) días.

El aumento sobre los montos mínimos obedece a la gravedad de la conducta prevaricadora realizada por el sentenciado, pues la decisión de dejar en libertad a un capturado en flagrancia por un delito que hacia procedente la detención preventiva, fue manifiestamente ilegal en sí misma, pero, además, porque no cumplió con las formalidades mínimas exigidas y ni siquiera la motivó. Y no solo eso, extendió la grotesca ilegalidad de la orden de libertad al introducirle una fundamentación con posterioridad haciéndola pasar como si fuese anterior, lo que, como antes se dijo, pudiera configurar, inclusive, otra conducta punible. En últimas, desatendió el diseño constitucional básico del sistema acusatorio en lo que respecta a la estricta distribución de roles asignados a las partes y a los funcionarios judiciales.

De otra parte, el dolo del condenado se encuentra acentuado por el capricho y la sinrazón prevalente en su accionar, pues en su propósito de liberar a un ciudadano capturado y quien eventualmente podía ser afectado con una medida de aseguramiento, pasó por encima no solo de los límites y prohibiciones legales que al respecto operaban sino,



además, de preceptos jurídicos tan básicos en un Estado Social de Derecho como aquéllos que obligan a la motivación de las decisiones de cualquier autoridad pública, siendo este el presupuesto mínimo de la legitimidad de sus actuaciones frente a los particulares, dado que garantiza la publicidad y debida controversia.

A su vez, la desatención de los principios más esenciales de la actuación de los servidores públicos, más aún de aquellos que así sea de manera excepcional ejercen funciones judiciales, genera un daño enorme a la confianza de la ciudadanía en las instituciones estatales y especialmente frente a las que más legitimidad requieren porque son las encargadas de resolver los conflictos más graves de la sociedad con las respuestas más severas. Es más, el efecto dañoso de la conducta del sentenciado fue mayor aún si se tiene en cuenta que la orden prevaricadora de libertad fue tan solo el primer paso para dejar en la impunidad un atentado contra la seguridad pública –*Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*–, en esta época considerado tan grave que, inclusive, dio lugar a que en los últimos años se aumentaran las sanciones penales con las cuales es reprimido (art. 19 L. 1453/2011).

5. Subrogados penales

El artículo 68A de la Ley 599 de 2.000, modificado por las leyes 1453 (art. 28) y 1474 de 2011 (art. 13), que era norma vigente para la época en que tuvieron ocurrencia los hechos, preceptúa:

No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco tendrán derecho a beneficios o subrogados quienes hayan sido condenados por delitos contra la Administración Pública, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, ni en aquellos eventos en los cuales se aplique el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos.

Por lo anterior, es evidente que por expresa prohibición legal, en el presente caso no es dable conceder ningún subrogado penal, como quiera que CARLOS ALBERTO



HINCAPIÉ LONDOÑO será condenado por el delito de Prevaricato por acción que, sabido es, lesiona el bien jurídico de la Administración Pública.

6. Otra determinación

Junto a la conducta de proferir una orden de libertad manifiestamente ilegal por la cual se emite la presente condena, CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO incurrió en otras que se vislumbran también como delictivas.

En primer lugar, al consignar la motivación de aquella decisión con posterioridad al 31 de mayo de 2012 pero haciéndola pasar como producida en esa fecha y como antecedente a la medida liberatoria que adoptó, pudo haber incurrido en una Falsedad ideológica en documento público.

Y, en segundo lugar, como quiera que en el mismo formato que el sentenciado consignó falsamente los motivos de la orden de libertad de Israel Tabares Cortés, también incluyó la determinación de archivar la indagación bajo una fecha anterior (31 de mayo de 2012) y fundado no en la atipicidad objetiva de la conducta de porte ilegal de armas de fuego, sino en valoraciones subjetivas sobre las

condiciones de recaudo de un elemento probatorio; es muy probable que la orden de archivo sea igualmente falsa y prevaricadora.

Por tales razones, se compulsarán copias de la presente actuación a la Fiscalía General de la Nación con el objeto de que investigue las conductas punibles de Falsedad ideológica en documento público y Prevaricato por acción, en que probablemente también incurrió CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO.

DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: **Revocar** la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior de Buga.

Segundo: En consecuencia, **condenar** a CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO como autor del delito de



Prevaricato por acción a las siguientes penas principales: prisión por un término de cincuenta y seis (56) meses, multa por valor equivalente a ochenta y seis punto ciento cinco (86.105) salarios mínimos mensuales legales vigentes en 2012, y a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas durante ochenta y cinco (85) meses y nueve (9) días.

Tercero: **No conceder** a CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ LONDOÑO la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia ni la prisión domiciliaria.

Cuarto: **Librar** orden de captura en contra de CARLOS ALBERTO HINCAPIÉ para que cumpla la pena privativa de la libertad aquí dispuesta.

Quinto: **Compulsar** copias de la actuación con destino a la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Sexto: **Comunicar** la presente sentencia a las autoridades previstas en el artículo 166 de la Ley 906 de 2004 y demás preceptos concordantes.

Contra esta decisión no procede ningún recurso



Notifíquese y cúmplase

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ



EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria