



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

SP4513-2018

Radicación n° 51885

Aprobado acta n° 361

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Resuelve la Sala los recursos de apelación interpuestos por la defensa y por el acusado GERMÁN NEIRA SIERRA contra la sentencia del 14 de noviembre de 2017, proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, mediante la cual fue condenado como autor de los delitos de *Abuso de función pública* y *Prevaricato por acción*, en concurso de conductas punibles.

HECHOS

De acuerdo con los hechos jurídicamente relevantes fijados por la Fiscalía en su acusación, se tiene que mediante Resolución 0-4562 del 2 de septiembre de 2009, el Fiscal General de la Nación asignó el conocimiento de la investigación correspondiente a la noticia criminal número 442796104595-2008-80155 a un fiscal adscrito a la Unidad de Fiscalías para Asuntos Humanitarios con sede en la ciudad de Santa Marta.

Se trataba de la investigación referida a los homicidios consumados de Henry Ustariz Guerra y Wilfredo Fonseca Peñaranda y en tentativa de Luis Mariano Vega Mejía, ocurridos el día 2 de abril de 2008, en la vía que de Fonseca conduce a Barrancas en el departamento de La Guajira. El primero de los nombrados era el cónyuge de quien, para entonces, se desempeñaba como alcaldesa del municipio de Barrancas.

La asignación especial se produjo porque, a juicio del Fiscal General de la Nación, en la ejecución de tales delitos podría encontrarse involucrado un personaje de la región con gran poder político y económico, por lo que mantener la indagación en la misma área de influencia donde ocurrieron los hechos podría afectar los principios de imparcialidad, transparencia e independencia de la administración de justicia.

El 7 de septiembre de 2009, fue recibida dicha investigación en la Fiscalía Jefatura de la Unidad de Asuntos Humanitarios, a cargo del acusado GERMÁN NEIRA SIERRA, quien mediante decisión del 6 de enero de 2011 ordenó el archivo de las diligencias, conforme al artículo 79 de la Ley 906 de 2004, únicamente en relación con Juan Francisco Gómez Cerchar, alias *Kiko Gómez*, quien venía siendo investigado como presunto responsable de los homicidios.

Al tiempo, dispuso: *«compulsar copia de las piezas procesales pertinentes con destino a la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Guajira, para continuar la presente indagación, con el objetivo de identificar o cuando menos individualizar a los presuntos autores o partícipes de la conducta punible, y asegurar las medidas de convicción que permitan ejercer debidamente la acción punitiva del Estado, toda vez que la Unidad de Fiscalía para Asuntos Humanitarios, desapareció con la creación y puesta en marcha de la Unidad Nacional de Fiscalía contra delitos de Desaparición y Desplazamiento Forzado».*

ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

El 30 de octubre de 2015, ante la Juez 57 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se formuló imputación en contra de GERMÁN NEIRA SIERRA, en su condición de Fiscal 1º de la Unidad de Asuntos Humanitarios de Santa Marta, como presunto autor de los delitos de *Abuso de función pública y Prevaricato por acción*, en concurso de conductas punibles, sin que se allanara a dichos cargos.

Presentado el escrito de acusación el 20 de enero de 2016 por parte del Fiscal 67 adscrito a la Unidad Delegada ante el

Tribunal Superior de Bogotá, le correspondió a la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta adelantar la etapa de juzgamiento, celebrándose la audiencia de acusación el día 4 de marzo de ese año.

La audiencia preparatoria se desarrolló en sesiones de los días 20 de agosto, 16 de septiembre, 1º de noviembre de 2016 y 13 de febrero de 2017.

A su turno, la audiencia de juicio oral y público se llevó a cabo en sesiones desarrolladas los días 3 y 4 de abril de 2017. El 5 de septiembre del mismo año se anunció el sentido del fallo condenatorio.

El 14 de noviembre de 2017 el Tribunal emitió el fallo de condena, declarando responsable a GERMÁN NEIRA SIERRA en calidad de autor de los delitos de *Prevaricato por acción* y *Abuso de función pública* (artículos 413 y 428 del Código Penal), en concurso de conductas punibles, imponiendo en su contra las penas principales de sesenta (60) meses de prisión, multa de ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas por el término de noventa y seis (96) meses; además, negó al procesado el derecho a los subrogados de la condena de ejecución condicional y la sustitutiva de la prisión domiciliaria.

El acusado NEIRA SIERRA y su defensor contractual interpusieron el recurso de apelación en contra de dicha decisión.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

El Tribunal encontró demostrados los hechos constitutivos de las conductas punibles de *Abuso de función pública* y *Prevaricato por acción*, acogiendo en su integridad la pretensión del acusador.

En relación con el primero de los delitos, argumentó que a través de las estipulaciones probatorias se demostró que en Fonseca (La Guajira) se dio inicio a la indagación radicada en el sistema SPOA de la Fiscalía con el número 2012-00017, la cual permaneció inactiva por tratarse de los mismos hechos del radicado 2008-80155.

El nuevo radicado surgió como consecuencia de la compulsión de copias ordenada por el acusado dentro de la orden de archivo proferida el 6 de enero de 2011 al interior de la indagación 2008-80155, no obstante que ésta última permaneció en el despacho de NEIRA SIERRA, para entonces Fiscal 18 de la Unidad de Fiscalía para Asuntos Humanitarios de Santa Marta.

Agrega el juez colegiado que en realidad esa compulsión de copias, desde el punto de vista de sus consecuencias jurídicas, fue una reasignación de la investigación, función atribuida de manera exclusiva al Fiscal General de la Nación por el artículo 251 de la Constitución Política, desconociéndose de esa manera las razones que se tuvieron para la asignación especial a la Fiscalía de Santa Marta.

De esa manera, se recuerda en el fallo, mediante resolución 0-4562 del 2 de septiembre de 2009, el Fiscal General de la Nación había designado especialmente la investigación 2008-80155 a un Fiscal de la Unidad de Asuntos Humanitarios de Santa Marta, puesto que existían motivos que aconsejaban que su trámite no se adelantara en La Guajira, debido al poder económico y político de Juan Francisco Gómez Cerchar, alias *Kiko Gómez*, señalado como partícipe de los homicidios consumados de Henry Ustariz Guerra y Wilfredo Fonseca Peñaranda y en tentativa de Luis Mariano Vega Mejía, objeto de la investigación.

Así mismo, se precisó, por la resolución 0-2643 del 10 de noviembre de 2010 del Fiscal General de la Nación, se revocaron las resoluciones 07478 y 07479 de 2008 y 2009, respectivamente, con las que se había dispuesto la creación de las Unidades de Fiscalía para Asuntos Humanitarios y las Estructuras de Apoyo, ordenándose que las investigaciones que al momento cursaban por delitos diferentes a Desaparición y Desplazamiento Forzados, debían ser enviadas a las correspondientes Direcciones Seccionales de Fiscalías, para su redistribución entre los Fiscales Especializados.

Por lo anterior, concluyó el Tribunal, al no tratarse la carpeta 2008-80155 de los delitos de Desaparición o Desplazamiento forzados, debió haber sido enviada a la correspondiente Fiscalía Seccional encargada de tramitar esta clase de asuntos. Contrario a dicha directriz, resaltó, el acusado profirió una orden de archivo que favoreció a Juan Francisco Gómez Cerchar, alias *Kiko Gómez*, y envió la carpeta

para su redistribución, conducta esta última que estructura el delito de *Abuso de función pública*, puesto que el acusado usurpó la facultad atribuida de manera exclusiva al Fiscal General de la Nación.

En torno al tipo subjetivo, el Tribunal concluyó en la existencia del dolo en el comportamiento del procesado, lo que infiere de diferentes hechos indicadores.

En primer lugar, que el acusado conocía de los motivos por los cuales se extrajo la investigación 2008-80155 del conocimiento de la Fiscalía Primera Seccional de Fonseca, La Guajira, no obstante lo cual la reasignó a esa dependencia.

En segundo lugar, que desde el 10 de noviembre de 2010 el procesado había dejado de ser Fiscal de la Unidad de Asuntos Humanitarios, calidad en la que le fue asignada de forma especial la investigación 2008-80155, siendo designado como Fiscal de la Unidad de Desaparición y Desplazamiento Forzados, habiendo perdido, en consecuencia, la condición que lo facultaba para adelantar la indagación y proferir la orden de archivo.

En tercer lugar, que, bajo la estratagema de la compulsión de copias, el acusado consiguió que la indagación en contra de Juan Francisco Gómez Cerchar, alias *Kiko Gómez*, permaneciera en su despacho, en virtud de la orden de archivo, así como inactiva en el municipio de Fonseca, La Guajira, bajo el radicado 2012-00017.

Como cuarto hecho indicador del dolo con que actuó el procesado, refirió el *a quo* que en la orden de archivo del 6 de enero de 2011 omitió la condición que ostentaba para esos momentos, con lo cual impidió conocer que ya no era Fiscal de Asuntos Humanitarios.

Agregó, en quinto lugar, que el acusado NEIRA SIERRA, además de su formación académica, ostentaba aquellos conocimientos especiales relativos al ejercicio de su cargo, encontrándose en capacidad de saber la normativa relacionada con su función y misión institucional, por lo que no le era extraño el trámite que le debía dar a una asignación especial, la misma que estaba inscrita dentro de los principios de unidad de gestión y jerarquía de la Fiscalía.

De otro lado, en relación con el delito de *Prevaricato por acción*, se dijo en el fallo que las razones que motivaron la orden de archivo de la indagación 2008-80155 no se corresponden con los presupuestos que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Sala han fijado para su procedencia: que los hechos no hayan existido y/o que no hayan motivos o circunstancias que permitan caracterizarlos como delitos.

Por el contrario, advirtió el Tribunal, la razón esgrimida por parte del acusado NEIRA SIERRA para ordenar el archivo de la indagación tuvo como fundamento que no se encontraron elementos de prueba de los cuales se pudiese inferir razonablemente que alias *Kiko Gómez* fuese autor o partícipe de los homicidios investigados, cuya existencia y

caracterización como conductas punibles nunca estuvo en duda.

Admitió el fallador, sin embargo, que el sujeto activo de la conducta es un elemento del tipo objetivo, no obstante lo cual advirtió que ese no es un presupuesto para decretar el archivo de la indagación debido a que *«esa circunstancia no hace desaparecer la existencia ontológica de los hechos investigados, en otras palabras, que no se haya podido recaudar la evidencia suficiente para relacionar a alias Kiko Gómez con los homicidios perpetrados el 2 de abril de 2008, en Barrancas – La Guajira, no ocasiona la inexistencia de las muertes»*.

Por lo anterior, concluyó el juez colegiado que carece de importancia en la configuración de la conducta punible de *Prevaricato por acción* el que en el caso sometido a su conocimiento, se hubiese adelantado a instancias del acusado pocas o muchas labores investigativas en punto de establecer la vinculación de Juan Francisco Gómez Cerchar con los hechos, o si el procesado tenía o no competencia para proferir la orden de archivo, o si la carpeta 2008-80155 permaneció en su despacho, pues finalmente lo censurable es que con su decisión desconoció abiertamente la interpretación que la Corte Constitucional y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia han dado al artículo 79 de la Ley 906 de 2004 en relación con las circunstancias que hacen posible la emisión de dicha orden.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO PRESENTADO POR EL DEFENSOR DEL ACUSADO

El defensor del acusado solicita que se revoque la decisión y en su lugar se le absuelva de los cargos por los cuales se le juzgó.

En alusión al delito de *Abuso de función pública* señala, en primer lugar, que el Tribunal incurre en un yerro de raciocinio cuando deduce de la mera existencia de la resolución de asignación especial de la investigación 2008-80155, una cláusula férrea de inmovilidad del proceso, sin reparar que a raíz de la expedición de la Resolución 0-2596, por medio de la cual se crearon las Unidades Nacionales de Fiscalía contra los delitos de Desaparición y Desplazamientos Forzados y se ordenó su integración con los fiscales adscritos a la Unidad para Asuntos Humanitarios, se formó tal confusión que los funcionarios que pertenecían a ésta unidad no supieron qué hacer con las investigaciones que tenían asignadas.

Por ese motivo, asegura, resultó razonable para el acusado que la indagación 2008-80155 permaneciera en su despacho, hasta que el Fiscal General lo dispusiera, toda vez que había sido objeto de una asignación especial. Por lo tanto, esa conducta no estructura el delito de *Abuso de función pública*, en tanto el acusado ejercía, o creía ejercer, funciones dentro del marco de sus competencias.

Por lo mismo, agrega, tampoco es constitutivo de dicha conducta punible el hecho de que el acusado haya ordenado compulsar copias para que se continuara con la investigación de los homicidios de Henry Ustariz Guerra y Wilfredo Fonseca Peñaranda y la tentativa de homicidio de Luis Mariano Vega Mejía, puesto que no se trató de una variación de la asignación, como con exageración lo calificó el Tribunal.

Enfatiza que se probó que en la Fiscalía Seccional de Fonseca se abrió un nuevo número de radicación, sin que el acusado se haya separado del asunto que tenía a su cargo por asignación especial. Además, el objeto de la compulsas de copias era explorar nuevas líneas de investigación *«dado que las indagaciones adelantadas por el doctor NEIRA SIERRA habían llegado a un punto muerto»*.

En lo que tiene que ver con el dolo, el apelante expone que el Tribunal no demostró sus elementos constitutivos, elaborando enlaces indiciarios equivocados en tanto otorga fuerza indicativa a hechos que no lo son y, frente a otros, se dedica a la especulación, como cuando se afirma en el fallo que la actuación del acusado tenía como propósito favorecer a *Kiko Gómez*, sin que sobre ello exista el mínimo respaldo probatorio.

En relación con el delito de *Prevaricato por acción*, puntualiza que el Tribunal no fundamenta que la orden de archivo del acusado sea constitutiva de dicha conducta, puesto que en el fallo se limita a sostener la existencia de una contradicción entre la decisión y la jurisprudencia y no entre

aquella y la ley. En todo caso, resalta, la decisión de archivo no es manifiestamente contraria a la ley.

Aunque el defensor del acusado acepta que es razonable la lectura que hace el *a quo* sobre el contenido del artículo 79 de la Ley 906 de 2004, en el sentido que el archivo de la investigación sólo procede por causales objetivas, censura que se limite a las circunstancias relativas a que el hecho no haya ocurrido o a que, existiendo, no permitan su caracterización como delito, desconociendo que el sujeto activo también hace parte del tipo objetivo y, en ese sentido, se ignoró que el archivo se produjo después de que el procesado adelantara las correspondientes tareas de investigación en relación con la posible participación de Juan Francisco Gómez Cerchar, alias *Kiko Gómez*.

Concluye que el procesado adelantó la investigación penal hasta donde le fue materialmente posible y al no hallar mérito para individualizar de manera concreta a un posible autor o partícipe de los delitos, optó por archivar las diligencias, manteniéndolas en su despacho, al tiempo que compulsó copias para que se abrieran otras líneas de investigación.

Finalmente, como pretensión subsidiaria, en caso de que se confirme el fallo de condena, el defensor solicita la concesión al acusado de la prisión domiciliaria como sustitución de la pena.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO PRESENTADO POR EL ACUSADO

Ejerciendo su derecho de defensa material, el acusado GERMÁN NEIRA SIERRA sustentó el recurso de apelación que interpuso en contra de la decisión del Tribunal Superior de Santa Marta.

Expone que en el fallo impugnado se incurrió en múltiples errores de hecho por falso raciocinio en relación con la prueba indiciaria, transgrediéndose las máximas de la experiencia, las leyes de la ciencia y de la lógica.

Así, afirma que es posible que la compulsas de copias que ordenó pueda constituir un error de su parte, debido a una interpretación equivocada que pretendía evitar la impunidad en el asunto objeto de investigación, pero ello no denota un interés en favorecer a Juan Francisco Gómez Cerchar, alias *Kiko Gómez*, lo que se demuestra por el hecho de que la investigación matriz continuó vigente en su despacho en una condición provisional de archivo. Subraya, además, que no tenía relación alguna con dicho personaje.

Agrega que es cierto que para el momento en que emitió la orden de archivo -6 de enero de 2011- no formaba parte de la Unidad de Asuntos Humanitarios con sede en Santa Marta, pero de allí no se puede inferir un actuar malicioso, puesto que aunque para esa fecha ya hacía parte de la Unidad de Delitos de Desaparición y Desplazamiento Forzados, tenía aún a su cargo la asignación especial, pues el traslado de una unidad a

la otra se produjo con la totalidad de las investigaciones, lo que se acreditó con los testimonios de Karina Isabel Sánchez y William Baquero Namen.

Resalta que la permanencia de la carpeta en su despacho demuestra que a pesar del archivo ordenado, el caso continuó adscrito a esa Fiscalía; que la nueva carpeta abierta en la Fiscalía de Fonseca, La Guajira, fue fruto de las copias compulsadas y no de una nueva asignación; y, que en el juicio no se demostró cuál fue el trámite dado a esa nueva carpeta. Con ello, precisa, se advierte que el argumento del Tribunal es contradictorio al sustentarse el reproche en una reasignación sobre la base de una delegación de competencia, pero al mismo tiempo sostener que la competencia se mantuvo por el propio acusado.

En cuanto al hecho de no consignar en la orden de archivo el cargo que desempeñaba para ese momento, afirma que se trata de una simple formalidad de cuya omisión no se puede derivar el dolo en la conducta, pues en ningún momento se arrogó competencia que no tuviera y que lo obligara a ocultarlo.

Así mismo, en relación con su formación académica y su experiencia como servidor de la Fiscalía General de la Nación, subraya que son aspectos que no pueden tenerse como presupuestos que apuntan a un propósito de delinquir, desconociendo el Tribunal las condiciones de carácter administrativo en que operó la transición de la Unidad de Asuntos Humanitarios a la Unidad de delitos de Desaparición

y Desplazamiento Forzados, que obligaron a los funcionarios a continuar con la misma carga laboral.

Por lo demás, asevera, es desacertado que en la sentencia no se haya profundizado en la motivación de la orden de archivo emitida, haciéndose prevalecer un criterio de responsabilidad objetiva que de ninguna manera consultó las razones que fueron esgrimidas en la decisión que le es reprochada.

Al respecto acota que el archivo de la indagación se ordenó después de ser verificada la información aportada por Yandra Cecilia Brito Carrillo, esposa del occiso Henry Ustariz Guerra, por lo que se acudió a los posibles conocedores de las circunstancias que rodearon los hechos y se ordenaron diferentes actos de investigación, tales como labores de campo y vecindario en la escena de los hechos, búsqueda en bases de datos, así como la averiguación sobre un vehículo automotor señalado de deambular por el área en el momento de los acontecimientos.

Con base en las pesquisas o labores de indagación adelantadas, refiere, *«la investigación quedó en un punto ciego sin pronóstico de prosperidad por la total carencia de información»*, razón por la cual era factible el archivo ordenado conforme al artículo 79 de la Ley 906 de 2004, en tanto en ese momento no se contaba con los elementos mínimos para soportar una formulación de imputación en contra de Juan Francisco Gómez Cerchar.

ARGUMENTOS DE LOS NO RECURRENTES

Sólo el representante de la Fiscalía hizo uso del traslado como no recurrente de los recursos de apelación interpuestos por el acusado y su defensor.

Refiere, en torno al delito de *Prevaricato por acción*, que razón le asiste al Tribunal en su juicio de responsabilidad penal, pues el acusado emitió una orden de archivo dentro de la investigación 2008-80155, no obstante que existía certeza sobre la ocurrencia de los hechos y estaba acreditada plenamente la tipicidad objetiva de las conductas.

Dicha orden de archivo, subraya, no era procedente, pues se trataba de un caso de connotación nacional que bien pudo haber sido dilucidado con el acopio de otros elementos demostrativos, pues existía un señalamiento directo sobre Juan Francisco Gómez Cerchar, conocido como *Kiko Gómez*, como responsable del triple homicidio.

Asevera que el procesado se alejó sustancialmente de la ley al equiparar la falta de mayor conocimiento sobre el tema investigado, a una ausencia de elementos objetivos del tipo, puesto que cuando se tienen dudas en el proceso investigativo sobre la autoría y participación del sujeto denunciado se debe echar mano de todos los instrumentos que la ley le otorga al funcionario para dilucidar el asunto. En el caso que tuvo a su cargo el acusado, asegura, debió ordenar otros actos de investigación, como seguimientos pasivos e interceptaciones telefónicas.

Lo anterior es tan cierto, aclara, que cuando la Fiscalía Delegada ante la Corte asumió el caso, ordenó el desarchivo de la investigación en virtud de la presencia de prueba sobreviniente, obteniéndose finalmente la condena de Gómez Cerchar, lo cual pudo haber realizado en su momento el acusado sin necesidad de acudir a *«la vía ilegal y facilista del archivo, lo cual indudablemente se dio solo para favorecer al personaje investigado»*.

Por ello, expresa, el acusado no puede aducir que emitió la orden de archivo porque para ese momento no contaba con información suficiente para vincular al indicado mediante formulación de imputación, pues tenía todos los medios a su alcance a través de la policía judicial para dilucidar y esclarecer los hechos, debiendo ahondar en la investigación durante el tiempo que fuera necesario, lo que no hizo a cabalidad.

En relación con el delito de *Abuso de la función pública*, plantea que los homicidios consumados de Henry Ustariz Guerra y Wilfredo Fonseca Peñaranda y en tentativa de Luis Mariano Vega Mejía, causaron tal conmoción en la política nacional, especialmente en La Guajira, que conllevó a que el Fiscal General de la Nación asignara como especial la investigación a un fiscal de Bogotá y luego al fiscal de Santa Marta, pues en aquel departamento, según se decía, existía una organización criminal liderada por alias *Marquitos Figueroa*, al servicio del entonces gobernador Juan Francisco Gómez Cerchar.

Sin embargo, agrega, el acusado se arrogó una facultad para disponer algo opuesto a lo ya ordenado por el Fiscal General de la Nación, pues la asignación especial tuvo como fundamento que los hechos debían ser investigados por un fiscal ajeno al departamento de La Guajira, lo que dio al traste con la investigación tanto en Santa Marta como en Fonseca, debiendo en ese caso haber oficiado al Fiscal General para que reasignara el caso a otro funcionario y no hacerlo él a través de la compulsión de copias.

Con lo anterior, solicita la confirmación de la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es competente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para desatar el recurso de apelación, conforme a lo reglado en el artículo 32 de la Ley 906 de 2004, al tratarse de una decisión proferida en primera instancia por un Tribunal de Distrito Judicial dentro de proceso adelantado contra un Fiscal Seccional, por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.

Además, debe decirse que en virtud de los principios de limitación y no reforma en peor, la Corporación centrará su atención a la revisión de los aspectos impugnados y, como consecuencia obvia, a aquellos que resulten inescindiblemente vinculados a su objeto, sin que sea permitido agravar la situación del procesado en cuyo favor se interpuso el recurso, por tratarse de apelante único.

En este sentido, la Corte abordará los dos temas planteados en la impugnación, relacionados con las conductas punibles de los delitos de *Prevaricato por acción* y *Abuso de función pública* y la prueba aducida dentro del trámite procesal conforme a la que es requerida para condenar.

1. Prevaricato por acción:

De acuerdo con el contenido del artículo 413 del Código Penal, incurre en *Prevaricato por acción* el servidor público que profiere resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley.

En consecuencia, el tipo objetivo se estructura por un sujeto activo calificado: «*servidor público*»; un verbo rector: «*proferir*» y dos ingredientes normativos: «*dictamen, resolución o concepto*», por un lado, y «*manifiestamente contrario a la ley*», por el otro.

Se demostró que el acusado GERMÁN NEIRA SIERRA, para el momento de la comisión de la conducta que se le atribuye, se desempeñaba como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Santa Marta, hecho acreditado con la estipulación probatoria número 1.

En relación con los aspectos normativos relativos al proferimiento de *resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley*, la Corte ha tenido oportunidad de señalar que se trata de una contradicción

evidente y protuberante, un alejamiento palmario, en un específico evento, entre el ordenamiento jurídico y el pronunciamiento del funcionario, no siendo objeto de reproche el desacierto de la decisión, de manera que si la misma no reviste la característica de vulnerar de manera frontal y grosera el derecho aplicable al caso particular, no hay lugar a predicar la existencia de la conducta punible.

Por lo tanto, el juicio de tipicidad no se limita a la simple constatación objetiva entre lo que la ley manda o prohíbe y lo que con base en ella se decidió, sino que involucra un juicio de valor a partir del cual ha de establecerse si la ilegalidad denunciada resiste el calificativo de ostensible, por lo cual quedan excluidas de esta tipicidad aquellas decisiones que puedan ofrecerse discutibles en sus fundamentos pero en todo caso razonadas, como también las que por versar sobre preceptos legales complejos, oscuros o ambiguos, admiten diversas posibilidades interpretativas por manera que no se revelan como manifiestamente contrarias a la ley.¹

En ese sentido, ha sostenido esta Sala que:

[l]a contradicción entre lo demandado por la ley y lo resuelto sea notoria, grosera o «de tal grado ostensible» que se muestre de bulto con la sola comparación de la norma que debía aplicarse... que para hablar de prevaricato es necesario establecer cuándo los argumentos del servidor, dentro de un campo determinado, resultan

¹ CSJ SP, 13 de jul. de 2006, rad. 25.627.

aceptables, pues una interpretación loable frente a las singulares trazas que ofrece un caso puede permitir el rechazo del prevaricato... que si el comportamiento del funcionario no está acompañado de razones justificatorias, es decir, acordes con los hechos y con el precepto legal, si obedece a su mero capricho, el acto es manifiestamente contrario a la ley (ibídem); y que tal delito se configura si el servidor público profiere concepto, dictamen, resolución, auto o sentencia manifiestamente apartado de la norma jurídica aplicable al caso, haciendo prevalecer su capricho sobre la voluntad de la disposición legal, lo que significa comparar el mandato legal contenido de la norma con lo hecho por el funcionario.²

Así mismo, la Corte ha considerado que la configuración del tipo penal no sólo contempla la valoración de los fundamentos jurídicos o procesales que el servidor público expone en el acto judicial o administrativo cuestionado, o la ausencia de aquellos, sino también, en una percepción *ex ante*, el análisis de las circunstancias concretas bajo las cuales lo adoptó, así como de los elementos de juicio con los que contaba al momento de proferirlo³.

En el presente caso se tiene que después de que el acusado en ejercicio de sus funciones recibiera de parte del Fiscal General de la Nación la asignación especial para asumir el conocimiento de la investigación penal (resolución 0-4562 del 2 de septiembre de 2009, estipulación número 7), el 6 de enero de 2011 ordenó el archivo de las diligencias relacionadas con la investigación de los homicidios de Henry Ustariz Guerra y Wilfredo Fonseca Peñaranda y Luis Mariano Vega Mejía, los

² CSJ SP, 27 sep. 2002, rad. 17680.

³ CSJ SP-14524-2016, 5 oct. 2016, rad. 46020.

primeros consumados y el último en grado de tentativa, argumentando que:

No obstante que la señora YANDRA CECILIA BRITO CARRILLO, ha sido enfática en señalar al señor JUAN FRANCISCO GÓMEZ CERCHAN, alias "QUICO GÓMEZ", como el responsable del homicidio de su esposo HENRY USTARIZ GUERRA, acaecido en la vía que de Fonseca conduce a Barrancas, el 2 de abril de 2008, la intensa actividad investigativa desplegada dentro del presente caso, hasta la fecha, de manera alguna corrobora lo afirmado por ella, por el contrario, entrevistadas las personas señaladas por ella como posibles testigos de sus atestaciones, éstos han sido enfáticos en desvirtuar sus afirmaciones, en fin, no ha sido posible, pese a los esfuerzos investigativos desplegados, corroborar las aseveraciones hechas por la señora YANDRA BRITO, como tampoco se han podido (sic) obtener los EMP y evidencia física que nos permitan inferir razonablemente que el señor JUAN FRANCISCO GÓMEZ, es autor o partícipe del hecho punible motivo de la presente indagación.

El Tribunal consideró, en consonancia con los términos de la acusación, que dicha conducta resultaba prevaricadora, en tanto el acusado GERMAN NEIRA SIERRA, en su condición de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Santa Marta, ordenó el archivo desconociendo «*abiertamente la interpretación que la Corte Constitucional y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia le han dado al Código de Procedimiento Penal*» y, concretamente, al artículo 79 de la Ley 906 de 2004, que en materia del archivo de las diligencias, establece:

Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que

permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación.

Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanuda mientras no se haya extinguido la acción penal.

En consecuencia, el problema jurídico que plantean los recurrentes de cara a dicha consideración, estriba en determinar si en efecto la decisión de archivo emitida por el acusado en su condición de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito resultó *manifiestamente contraria a la ley*, en consonancia con la interpretación jurisprudencial que de aquella norma han dado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

Para llegar a su conclusión, el *a quo* tuvo en cuenta la interpretación que llevó a cabo la Corte Constitucional del predicado normativo contenido en el referido artículo 79 de la Ley 906 de 2004 (sentencia C-1154 de 2005), en el sentido que:

El archivo de las diligencias corresponde al momento de la averiguación preliminar sobre los hechos y supone la previa verificación objetiva de la inexistencia típica de una conducta, es decir la falta de caracterización de una conducta como delito.

...

Para que un hecho pueda ser caracterizado como delito o su existencia pueda ser apreciada como posible, se deben presentar unos presupuestos objetivos mínimos que son los que el fiscal debe verificar. Dichos presupuestos son los atinentes a la tipicidad de la acción. La caracterización de un hecho como delito obedece a la

reunión de los elementos objetivos del tipo. La posibilidad de su existencia como tal surge de la presencia de hechos indicativos de esos elementos objetivos del tipo.

Sin entrar en detalles doctrinarios sobre el tipo objetivo, se puede admitir que “al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado.”⁴ Cuando el fiscal no puede encontrar estos elementos objetivos que permiten caracterizar un hecho como delito, no se dan los presupuestos mínimos para continuar con la investigación y ejercer la acción penal. Procede entonces el archivo.⁵

En dicha decisión, el tribunal constitucional declaró la exequibilidad condicionada del citado artículo 79 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que la expresión «*motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito*» corresponde a la tipicidad objetiva y que la decisión debe ser motivada y comunicada al denunciante y al Ministerio Público para el ejercicio de sus derechos y funciones, acotando en relación con las atribuciones del fiscal que:

No le compete al fiscal, al decidir sobre el archivo, hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad. Lo que le compete es efectuar una constatación fáctica sobre presupuestos elementales para abordar cualquier investigación lo que se entiende como el establecimiento de la

⁴ Roxin, Claus. 1999. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos la Estructura de la Teoría del Delito*, p. 304. Madrid: Civitas.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1154 de 2005.

posible existencia material de un hecho y su carácter aparentemente delictivo.

Así mismo, el Tribunal ciñó su decisión en torno al atribuido desconocimiento del precepto procesal, a la interpretación que sobre el mismo ha dado la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia desde el auto 11-001-02-30-015-2007-0019 de 2007, en el que se precisaron los alcances de la asimilación hecha por la Corte Constitucional a los conceptos de «*presupuestos objetivos mínimos*» y tipicidad objetiva, para concluir con ello que el archivo de las diligencias sólo procede cuando los hechos no existieron o no se presentan circunstancias que acrediten su caracterización como delito.

Por su parte, la defensa y el propio acusado, aunque admiten que en efecto el archivo de la indagación sólo procede en virtud de la ausencia de tipicidad objetiva de la conducta, aducen que dicha categoría dogmática trasciende, en su aspecto negativo, las circunstancias relativas a que el hecho no haya ocurrido o a que, existiendo, no pueda ser caracterizado como delito, para abarcar, entre otros elementos, el relacionado con el sujeto activo del comportamiento, cuya falta de concreción igual conduciría a la posibilidad de archivar las diligencias.

A efectos de resolver el cuestionamiento así planteado, resulta relevante acotar que conforme a lo previsto en el artículo 250 de la Constitución Política:

La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.

Se evidencia del texto de dicho mandato constitucional que: i) en la estructura del proceso penal de tendencia acusatoria, el ejercicio de la acción penal, presupone la existencia de una conducta típica o, lo que es lo mismo, que se esté frente a «*hechos que revistan las características de un delito*»; y, ii) la Fiscalía tiene prohibido suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal de hechos respecto de los cuales haya motivos o circunstancias fácticas que los puedan revestir como delito, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías (artículo 66 de la Ley 906 de 2004).

En ese sentido, en la Comisión Redactora Constitucional creada por el Acto Legislativo N° 03 de 2002, dentro de las discusiones relacionadas con las causales de preclusión y el trámite que se debía surtir para dar viabilidad a tal forma de terminación de la acción penal, se expresó la constante preocupación por no otorgar funciones judiciales a la Fiscalía, en el sentido de que directamente pudiera ordenar

actuaciones que implicaran la suspensión, la interrupción o, de cualquier manera, la renuncia a la persecución penal⁶.

Por tal motivo, en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004 se mantuvo la misma disposición consignada en el Proyecto de Ley Estatutaria 01 de 2003 Cámara, delimitándose claramente el archivo de las diligencias y la preclusión de la investigación, siendo el primero una decisión simplemente investigativa que no produce efectos de cosa juzgada y que se sustenta en la existencia de un hecho respecto del cual se constate que no hay motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito o indiquen su posible existencia como tal, mientras la segunda corresponde a una actuación judicial procedente cuando se tiene el conocimiento cierto sobre la ausencia de la tipicidad, por lo que producirá el efecto de cosa juzgada.

De allí que la Corte Constitucional, en su juicio de constitucionalidad realizado en la citada sentencia C-1154 de 2005, en lo que atañe al referido artículo 79 de la Ley 906 de 2004 definió que el archivo de las diligencias constituye una:

[a]plicación directa del principio de legalidad que dispone que el fiscal deberá ejercer la acción penal e investigar aquellas conductas que revistan las características de un delito, lo cual es imposible de hacer frente a hechos que claramente no corresponden a los tipos penales vigentes o nunca sucedieron.

⁶ Comisión Redactora Constitucional, *Acta N° 23*, 27 de junio de 2003.

En dicha decisión constitucional, se declaró la exequibilidad condicionada del citado artículo 79 de la Ley 906 de 2004, en el entendido, se reitera, que la expresión *«motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito»* está circunscrita a la tipicidad objetiva, por lo que el archivo *«corresponde al momento de la averiguación preliminar sobre los hechos y supone la previa verificación objetiva de la inexistencia típica de una conducta, es decir la falta de caracterización de una conducta como delito»*, debiéndose constatar, para una determinación en tal sentido, la ausencia de aquellos presupuestos mínimos, necesarios para ejercer la acción penal por parte de la Fiscalía.

Se sigue de lo anterior que cuando el fiscal no puede encontrar los elementos objetivos que permitan caracterizar un hecho como típico, es decir, no se dan los presupuestos mínimos para continuar con la investigación y ejercer la acción penal, puede proceder, sólo bajo tales circunstancias, al archivo de las diligencias, entendida esa actuación no como un pronunciamiento judicial concluyente, preclusivo y definitivo frente a la acción penal por parte del Estado, sino como una simple suspensión de la indagación por inexistencia de la conducta investigada o por atipicidad objetiva de la misma y que, por lo tanto, no reviste el carácter de cosa juzgada.

En relación con tales elementos objetivos del tipo penal, cuya comprobada ausencia puede provocar el archivo de las diligencias, según viene de verse, es preciso acotar que ninguna divergencia puede ofrecerse al respecto más allá de la

distinta perspectiva que sobre los mismos se reveló en la sentencia C-1154 de 2005 y en el auto 11-001-02-30-015-2007-0019 de 2007 de la Corte Suprema de Justicia.

Para la primera, siguiendo a un connotado doctrinante alemán, al tipo objetivo pertenecen el sujeto activo del delito, la acción típica y, por regla general, también la descripción del resultado penado. Para la segunda, atendiendo los lineamientos jurisprudenciales trazados por esta Sala, además de tales elementos, el tipo objetivo se configura a partir de diversos componentes que varían de acuerdo con la composición del tipo penal en concreto, su forma de realización, la calificación de los sujetos agentes, la estructura dolosa o culposo, etc.

En todo caso, para lo que es de interés en la resolución del presente caso, es evidente que además de la conducta, otros elementos componen el tipo penal objetivo, siendo uno de ellos el sujeto activo del delito.

Al respecto, cuando la Sala se ha referido a las constelaciones de situaciones en las que *«solamente podrán ser tenidos en cuenta como motivos o circunstancias fácticas que no permiten la caracterización de un hecho como delito o que no es posible demostrar su existencia como tal, quedando con ello facultada la Fiscalía para proceder al archivo de las diligencias»*⁷, no está aludiendo a condiciones distintas a las previstas en la misma ley, esto es, a que *«no existen motivos o*

⁷ CSJ. AP. 5 jul. 2007, rad. 11-001-02-30-015-2007-0019.

circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal».

En la misma decisión se definieron por la Corte eventos y situaciones en los que resulta viable el archivo de las diligencias, dependiendo del sujeto, de la acción y del resultado, además de otros elementos. Por ejemplo, en relación con el sujeto activo se dijo que es procedente esa forma de suspensión de la indagación *«Cuando luego de adelantadas las averiguaciones resulta imposible encontrar o establecer el sujeto activo de la acción»*, bajo el entendido de que *«Cualquier discusión que desborde los anteriores parámetros, como por ejemplo las que se refieran a la calidad del sujeto activo del punible, impide que las diligencias puedan ser archivadas directamente por parte de la Fiscalía»*.

De allí que el planteamiento trazado por la línea jurisprudencial, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, no puede remitir a equivocadas elucubraciones sobre el contenido del tipo objetivo en relación con lo permitido y lo vedado a la Fiscalía en materia de archivo de diligencias, siendo por todo impertinente la posibilidad de decretarla más allá de la simple verificación de la ocurrencia de los hechos y su caracterización como delito. A estos dos eventos deben ir vinculados los elementos objetivos del tipo penal para que la Fiscalía pueda, de manera autónoma, tomar una decisión relacionada con el archivo de las diligencias, según el condicionamiento introducido por la Corte Constitucional en la sentencia C-1154 de 2005.

Ahora bien, de la circunstancia referida por la Corte en el sentido de la procedencia del archivo de las diligencias «*cuando luego de adelantadas las averiguaciones resulta imposible encontrar o establecer el sujeto activo de la acción*», no se deriva que en ese juicio puedan verse involucrados aspectos valorativos relativos a la responsabilidad penal, pues en estos eventos, cuando se precisa de juicios de valor para establecer si un indiciado tuvo o no participación en la realización de la conducta punible, es al juez de conocimiento a quien corresponde definir, por vía de la preclusión de la investigación, si es procedente que la Fiscalía decline en su interés de persecución penal, cuando, por ejemplo, se acredite la «*Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado*» (artículo 332 de la Ley 906 de 2004)^{8/9}.

De allí que, a manera de ejemplo, frente al resultado concretado en la muerte de una persona y bajo el conocimiento obtenido de manera preliminar en la investigación a través de los actos urgentes de investigación sobre la ocurrencia de los hechos y el nexo causal con una conducta humana, resulta evidente la existencia de un autor, imponiéndose a la Fiscalía la obligación de indagar sobre su identificación puesto que se

⁸ La Corte Constitucional, en la sentencia C-591 de 2005, declaró inexecutable la expresión «*a partir de la formulación de la imputación*» del artículo 331 de la Ley 906 de 2004, significando con ello que la solicitud de preclusión se puede presentar incluso antes de la imputación, pero siempre ante el juez de conocimiento.

⁹ Es importante señalar que el artículo 49 de la Ley 1453 de 24 de junio de 2011, posterior a la ejecución de los hechos aquí juzgados, introdujo un párrafo, según el cual la Fiscalía tendrá un término máximo de dos años contados a partir de la recepción de la noticia criminis para formular imputación u ordenar motivadamente el archivo de la indagación. Este término máximo será de tres años cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados. Cuando se trate de investigaciones por delitos que sean de competencia de los jueces penales del circuito especializado el término máximo será de cinco años.

encuentra frente a la existencia de una conducta que puede caracterizarse como delito.

Ahora, si como fruto de aquellos actos de investigación, adelantados por el órgano persecutor, se establece quién o quiénes pudieron ser los sujetos activos de la conducta o, de cualquier manera, se lograra la identificación de quienes probablemente hayan participado en su ejecución, no es una posibilidad legal que el Fiscal decrete el archivo de las diligencias, pues ello implicaría una valoración del contenido de los elementos materiales probatorios, con evidente contenido subjetivo, siendo función del juez de conocimiento decidir sobre la preclusión, por regla general, a petición de la Fiscalía, claro está, si se cumple alguno de los presupuestos del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

La Sala debe precisar, por elemental que parezca, que ante una condición fáctica así verificada, están presentes los más básicos elementos estructurales del tipo objetivo: un sujeto activo individualizado, un sujeto pasivo y una conducta, realizada por acción o por omisión. Un estado de cosas así revelado no puede catalogarse dentro de las categorías que habilitan el archivo de las diligencias, esto es, que: *i) no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito y ii) o indiquen su posible existencia como tal*. Por lo tanto, en tales eventos no es procedente el archivo de las diligencias, en los términos del artículo 79 de la Ley 906 de 2004¹⁰.

¹⁰ En este sentido, cfr. CSJ SP-4319-2015, 16 abr. 2015, rad. 44.792: «De esta manera, para acudir al archivo de las diligencias, los operadores jurídicos deben

En el presente caso, se tiene que con el informe ejecutivo FPJ-3 del 2 de abril de 2008 se estableció que ese día, aproximadamente a las 10:50 horas, en la vía nacional que de Fonseca conduce a Barrancas, kilómetro 13+900, en el departamento de La Guajira, se produjo la muerte, por ataque con arma de fuego, de Henry Ustariz Guerra y Wilfredo Fonseca Peñaranda, resultando herido Luis Mariano Vega Mejía. En el mismo informe se relacionaron los elementos materiales probatorios y evidencias físicas fijados, recolectados, embalados, rotulados y sometidos a cadena de custodia.

Se significa con ello que estaba acreditado que el hecho existió y que las circunstancias fácticas permitían su caracterización como delito, lo que imponía al fiscal la obligación de adelantar todas las averiguaciones que condujeran a la identificación de los responsables. Además, en este caso en particular existían elementos de juicio que señalaban a uno de los posibles autores del múltiple homicidio, pues desde el comienzo de la investigación, Yandra Cecilia Brito Carrillo, esposa de uno de los interfectos, indicó que el responsable era Juan Francisco Gómez Cerchar, alias *Kiko Gómez*.

Aunque resultara posible que hasta el momento en que el acusado decidió el archivo de las diligencias no existiera

corroborar que los hechos no se concretaron fenomenológicamente, como cuando se denuncia la muerte de una persona y ésta aparece con vida, o que los acontecimientos objetivamente no configuran ningún hecho punible». Así mismo, CSJ SP, 21 sep. 2011, rad. 37.205.

«*mérito para formular imputación*» en contra del señalado indiciado, como se dijo en la resolución que así lo ordenó, emerge evidente que una determinación en el sentido de archivar las diligencias contrariaba de manera ostensible la ley, puesto que en esas condiciones la Fiscalía no se encontraba habilitada para suspender la investigación, a sabiendas de que los hechos, sin duda, tenían la connotación de conductas punibles, o por lo menos de conductas típicas, según se comprobó desde los mismos inicios de la investigación, y para ese momento ya se encontraba identificado a uno de los posibles autores o intervinientes en su realización.

En tal caso, el funcionario contaba con dos alternativas, diferentes a la ilegal de decretar el archivo de las diligencias: i) debía acudir ante el juez de conocimiento reclamando la preclusión de la investigación si, en su criterio, estaba comprobada la ausencia de intervención de dicha persona en el hecho investigado; ii) debía continuar con la investigación, en el evento de que tuviera dudas sobre la participación en los delitos de la persona para entonces identificada.

Este segundo presupuesto fue el que materialmente se presentó, de acuerdo con la sustentación contenida en la resolución mediante la cual ordenó el archivo de las diligencias.

En efecto, acudiendo a las consideraciones consignadas en dicha resolución, puede la Sala constatar que para el Fiscal que ordenó el archivo no existía duda acerca de la ocurrencia

del hecho punible. Así mismo, argumentó que no había mérito para formular imputación en contra de Gómez Cerchar. También reconoció que Yandra Cecilia Brito Carrillo *«ha sido enfática en señalar al señor JUAN FRANCISCO GÓMEZ como el responsable del homicidio de su esposo HENRY USTARIZ GUERRA»*, no obstante que, aseguró, la investigación adelantada hasta ese momento no permitía corroborar dicha afirmación.

Tales razones no podían servir de fundamento para el archivo de las diligencias, pues debe reiterarse que una determinación en tal sentido no podía sustentarse en valoraciones subjetivas por parte del fiscal, relativas a la credibilidad que le podían deparar los medios de conocimiento allegados hasta ese momento, cuando se evidenciaba que desde la perspectiva material, conforme a las circunstancias concretas de la investigación, reconocidas en las motivaciones de su decisión, resultaba imperativo, como mínimo, seguir indagando sobre los señalamientos que recaían sobre Juan Francisco Gómez Cerchar, alias *Kiko Gómez*, cuestión que no fue ajena al acusado, quien no obstante el archivo decretado, optó por compulsar copias de la actuación, asegurando la necesidad de que se continuara la indagación para identificar otros posibles partícipes no mencionados por la denunciante.

Es importante resaltar, además, que el procesado sabía muy bien de las dificultades que se presentaban en razón del silencio al que estaban obligados los testigos, según se venía alertando en la resolución mediante la cual se determinó la asignación especial de la investigación y en los informes de

policía judicial que advertían sobre la parquedad de los entrevistados.

Así, en la resolución 0-7653 del 29 de diciembre de 2008, emitida por el Fiscal General de la Nación, mediante la cual se produjo la inicial designación especial para la continuación de la investigación por aquellos hechos, se consideró el temor existente entre las personas que podían tener conocimiento de los responsables, lo que condujo, según se justificó en la citada resolución, a que los posibles testigos optaran por guardar silencio. De esa manera se acogió el informe de la Dirección de Fiscalías con sede en Riohacha, en el que se dijo:

Considera la dirección que dados los antecedentes y circunstancias que rodearon la ejecución de los hechos materia de investigación, de los informes aportados, y la calidad de ex alcaldesa del municipio de Barrancas de la esposa de HENRY USTARIZ GUERRA y teniendo en cuenta los comentarios externos que no reposan en la carpeta, y a que las personas no quieren ser entrevistadas por temor, en los que se dice que en estos hechos podía estar involucrado un político de ese municipio, con mucho poder político y económico, contra quien la comunidad teme declarar, por miedo, pese que esta investigación se ha adelantado dentro de los parámetros establecidos en la ley, en aras de garantizar los principios de imparcialidad, de la transparencia y la independencia de la administración de justicia, se sugiere muy respetuosamente, que esta investigación sea resignada (sic) a un Fiscal adscrito a una Unidad Nacional, para que estos hechos puedan (sic) ser investigados plenamente, y para que los mismos no queden impunes. (Estipulación número 6).

De allí que no fuera extraño que en desarrollo de los actos de investigación, sobre los que se fundó la irregular decisión

de archivo, los señalados conocedores de lo sucedido se mostraron renuentes a declarar, según se consignó en el informe de investigador de campo FPJ-11 del 8 de agosto de 2008, incorporado a la actuación, lo que en lugar de declinar a la investigación, como lo hizo el procesado, lo obligaba a su profundización bajo las premisas de que había sido identificado a un posible partícipe y sobre él se cernían anómalas actuaciones con las que se pretendía, por todos los medios, marginarlo del compromiso penal y procurar la impunidad.

Ahora bien, el Tribunal, en el análisis que llevó a cabo sobre la imputación al tipo subjetivo, adujo, en primer lugar, que el procesado conocía las resoluciones 0-7653 del 29 de diciembre de 2008 y 0-4562 del 2 de septiembre de 2009, emitidas por el Fiscal General de la Nación, a través de las cuales reasignó la indagación; en segundo lugar, que desde el 10 de noviembre de 2010 había dejado de ser Fiscal de la Unidad de Asuntos Humanitarios, para ocupar ese mismo cargo en la Unidad de Desaparición y Desplazamiento Forzados, perdiendo la facultad para adelantar la indagación; en tercer lugar, que con la compulsión de copias logró que la investigación permaneciera en su despacho en virtud de la orden de archivo, al tiempo que estuvo inactiva bajo el radicado 2012-00017 en la Fiscalía Seccional de Fonseca (La Guajira); en cuarto lugar, que en la resolución de orden de archivo de las diligencias, omitió de manera intencional la mención de la Unidad de Fiscalía de la que ya hacía parte; y, en quinto lugar, que el acusado poseía una amplia experiencia

en el cargo que desempeñaba, siendo conocedor de la normativa que regulaba su función.

En relación con la demostración del dolo en el delito de *Prevaricato por acción*, ha señalado la Sala que:

Tiene dicho la Sala que a la hora de hacer el examen del aspecto subjetivo de la conducta señalada de prevaricadora, se ha de examinar que su concurrencia puede inferirse a partir de la mayor o menor dificultad interpretativa de la ley inaplicada o tergiversada, así como de la mayor o menor divergencia de criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre su sentido o alcance, elementos de juicio que no obstante su importancia, no son los únicos que han de auscultarse, imponiéndose avanzar en cada caso hacia la reconstrucción del derecho verdaderamente conocido y aplicado por el servidor judicial en su desempeño como tal, así como en el contexto en que la decisión se produce, mediante una evaluación ex ante de su conducta.¹¹

Así mismo, la Sala ha definido, en torno a la imputación subjetiva, que se trata de un tipo penal que exige del sujeto activo el entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la decisión y la determinación de emitirla de esa manera. Por lo tanto, no es necesario la demostración de un móvil específico para apartarse de la ley, basta con que la providencia o resolución se profiera con conocimiento de su ilicitud, con conciencia de que el pronunciamiento se aparta ostensiblemente del derecho, con independencia de la motivación específica del servidor público para ese proceder¹².

¹¹ CSJ SP, 25 abr. 2012, rad. 38.475. En ese sentido, también, CSJ SP-583-2017, 25 ene. 2017, rad. 47.586; CSJ AP, 25 may. 2005, rad. 22.855.

¹² CSJ SP-617-2017, 25 ene. 2017, rad. 46.690.

Por lo tanto, situados en el momento en el cual el servidor público emitió la determinación de archivar las diligencias, bajo el conjunto de circunstancias por él conocidas relacionadas con la disposición legal que le impedía una decisión en ese sentido, resulta incontrovertible que el acusado sabía de la ostensible ilegalidad de la resolución por él proferida, pues no solamente se encontraban definidos normativamente los requisitos para el archivo de la indagación dentro del artículo 79 de la Ley 906 de 2004 sino que además, para ese momento, contaba con la decisión de constitucionalidad de la Corte Constitucional en la que se definieron los contornos de esa figura procesal y se delimitaron con claridad, en virtud de la exequibilidad condicionada decretada, sus verdaderos alcances; también debía conocer, en virtud de su misma formación jurídica y experiencia en el cargo, el desarrollo jurisprudencial que sobre la materia había ofrecido para entonces la Corte Suprema de Justicia.

De allí que, aunque para ratificar el dolo no se requiere acreditar ingredientes adicionales al conocimiento sobre la norma que aplicó como fundamentó de su decisión y su desenvolvimiento jurisprudencial, resulta apenas comprensible la conjugación de los hechos presentada por el *a quo* para inferir el propósito en la actuación del procesado, puesto que aparte de la notable ilegalidad de la actuación realizada, habían motivos que aconsejaban claramente que la investigación debía continuar hasta el esclarecimiento de los hechos y la determinación de los responsables, siendo ello revelador de que el procesado dirigió conscientemente su

voluntad a proferir una resolución abiertamente contraria a la ley.

En ello se presenta con especial importancia, como ya se ha precisado, la consideración de que se trataba de una investigación que había sido objeto de una asignación especial por parte del Fiscal General de la Nación, en virtud de la gravedad de los acontecimientos y de la circunstancia de que el compromiso de responsabilidad se atribuía directamente a un personaje con fuerte influencia política en la región, existiendo un fundado temor en los testigos a la hora de declarar, lo cual se corroboró en las escuetas respuestas entregadas a los investigadores y de lo que se dejó constancia en los informes de policía judicial, denotándose que hasta ese momento resultaba escasa la actividad investigativa tendiente a constatar las hipótesis planteadas desde un comienzo en torno a los partícipes en los hechos.

De manera que difícilmente podría pensarse, con tal precariedad investigativa, que hayan sido desvirtuados los señalamientos que desde el comienzo de la indagación llevó a cabo Yandra Cecilia Brito Carrillo. Con ello, además de lo manifiestamente ilegal, resultaba injustificada una determinación que dispusiera del archivo de las diligencias, advirtiéndose en ello un afán sin sustento por finiquitar la investigación.

Además, se reitera, de manera irregular, el acusado dispuso en la misma resolución de archivo la compulsión de copias de la actuación, bajo la comprensión que tenía sobre la ocurrencia de la conducta punible y argumentando que no

existía mérito para la imputación en contra de Gómez Cerchar, con lo cual claramente denota que era de su conocimiento que la investigación debía continuar, resultando por completo contrario a la ley que en esas condiciones optara por el archivo de las diligencias.

En suma, contrario a lo afirmado por la defensa, se concluye que la Fiscalía sí demostró la manifiesta ilegalidad de la resolución de archivo emitida por el acusado GERMÁN NEIRA SIERRA, quien además que conocía que estaba emitiendo una decisión manifiestamente contraria a la ley, y que aun así la profirió, dirigiendo su voluntad hacia dicho cometido, todo lo cual impone confirmar el fallo de condena impuesto en primera instancia en relación con este delito.

2. Abuso de la función pública:

El tipo penal en cuestión, previsto en el punible en artículo 428 de la Ley 599 de 2000, se configura cuando «*El servidor público que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan*».

Se trata, por lo tanto, de un tipo penal con sujeto activo calificado (servidor público), cuya modalidad conductual comporta: a) abusar del cargo y, consecuentemente, b) realizar funciones públicas diversas de las que legalmente le han sido deferidas.

En relación con el bien jurídico objeto de tutela y las características dogmáticas del tipo penal, esta Sala ha tenido oportunidad de recabar en el fundamento constitucional

referido en el artículo 6º de la Carta Política, según el cual los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y «*por omisión o extralimitación en el ejercicio de las mismas*».

Así mismo, el artículo 121 del mismo ordenamiento constitucional dispone que «*Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley*», y el artículo 122 ibídem preceptúa que «*No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento*».

Lo anterior permite justificar, constitucionalmente, por qué es admisible que se penalice la infracción referida a la denominada cláusula especial de sujeción, cuando un funcionario público realiza funciones públicas distintas de las que legalmente puede efectuar dentro del ámbito de su competencia.

De igual manera se ha precisado que:

[s]egún el artículo 209 de la Constitución Política, la función pública “está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”, postulado del que se desdice si el servidor realiza funciones públicas diversas a las que por ley le corresponde, a condición de que materialmente se afecte los principios de la función pública, como puede ocurrir cuando un fiscal, sin competencia para ello, decide reasignar una investigación en perjuicio del interés general, la moralidad, eficacia,

*economía e imparcialidad que le son inherentes a la función judicial.*¹³

Por lo tanto, se ha concluido que a fin de evitar la arbitrariedad de los servidores públicos, existe una rigurosa asignación de funciones, la cual constituye presupuesto del Estado de derecho en tanto todas las autoridades se encuentran sujetas a control y, por ello, la invasión de las órbitas de competencia funcionales engendra un atentado a la administración pública¹⁴.

En cuanto a la forma de ejecutar el delito, la Corte ha precisado que el delito se actualiza cuando un servidor público, desbordando las facultades derivadas de su cargo, asume y desempeña funciones diferentes a las otorgadas por la Constitución, la ley o los reglamentos. Así, se ha dicho que:

2. La jurisprudencia de la Corte ha señalado que en el abuso de función pública, igual a lo que ocurre con los delitos de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, en el asesoramiento y otras actuaciones ilegales, es requisito para su comisión que la gestión indebida del servidor público constituya un acto de abuso de sus propias atribuciones o de usurpación de otras que no le corresponden.

Se admite así que esta especie delictiva tiene doble vía para su comisión, bien porque a iniciativa del servidor público abuse de su señorío dominante de atribuciones oficiales o bien porque usurpe otras que no son suyas, que no le pertenecen o que no le competen. Es decir: el servidor público abusa de su cargo en razón a que esa posición que ocupa dentro de la Administración Pública, le permite realizar otras funciones que no son de su competencia.

¹³ CSJ SP-12926-2014, 24 sep. 2014, rad. 39.279.

¹⁴ CSJ SP, 28 mar. 2012, rad. 37.883.

3. *En forma particular, y delimitada al delito de abuso de función pública, se ha precisado que consiste en abusar del cargo para realizar funciones públicas diversas de las que han sido legalmente asignadas al servidor público*¹⁵.

Por último, debe decirse que, en virtud de su contenido, el previsto en el artículo 428 del Código Penal es una modalidad de los llamados tipos penales en blanco, en tanto el supuesto de hecho regulado en la disposición remite a una norma extrapenal a fin de determinar la función pública reputada como ajena al sujeto activo calificado.

En el presente caso se tiene que, a juicio del Tribunal, cuando el acusado NEIRA SIERRA dispuso en la orden de archivo *compulsar* copias de la actuación con destino a la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito con sede en Fonseca (La Guajira), en realidad lo que hizo fue *reasignar* la investigación correspondiente a la noticia criminal número 442796104595-2008-80155, la cual había sido objeto de asignación especial por parte del Fiscal General de la Nación, único funcionario que constitucional y legalmente tiene atribuida esa función.

De esta manera, argumentó el juez colegiado:

[e]l hecho consistente en que el acusado haya utilizado el verbo “compulsar” en la orden de archivo tantas veces iterada, no significa que en virtud de las consecuencias jurídicas así como las ontológicas que produjo tal determinación, no se esté en presencia de una reasignación; función ésta que es del resorte exclusivo del Fiscal

¹⁵ CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 23.812.

General de la Nación como lo aseveraron el representante del ente persecutor, el Ministerio Público y el representante de la víctima. Y si ello es así, como en efecto lo es, el doctor Neira Sierra cuando remitió la investigación originada por los hechos en los que perdieron la vida Henry Ustaris Guerra y Wilfredo Fonseca Peñaranda, con el rótulo de “compulsar copias”, hizo suyas funciones públicas diversas, que no le estaban ni legal ni constitucionalmente conferidas.

En consecuencia, entendió, el acusado se arrogó una de las funciones públicas atribuidas de manera exclusiva al Fiscal General de la Nación, según lo establece el artículo 251 de la Constitución Política, en el que se dispone en relación con la asignación de procesos que:

ARTICULO 251. *<Artículo modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo No. 3 de 2002> Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:*

...

3. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.

...

Así mismo, se dijo por el Tribunal, el acusado desconoció la resolución reglamentaria número 0-3605 del 3 de noviembre de 2006, «por medio del a cual se reglamentan los mecanismos de reasignación de investigaciones», en la que el Fiscal General de la Nación dispuso:

Procedencia. Tanto la designación de fiscales delegados especiales como la reasignación de investigaciones entre despachos de fiscalía, procederá por solicitud de cualquiera de los sujetos procesales, del denunciante, víctimas o de terceros que evidencien interés en la búsqueda de la verdad y la justicia, siempre que se sustente en razones objetivas calificables como excepcionales, especialmente en los que procede el cambio de radicación y siempre que esas circunstancias no puedan ser subsanadas a través de los mecanismos procesales previstos en la legislación vigente.

Por último, se reprocha al enjuiciado no acatar el contenido interpretativo de la sentencia C-873 de 2003 de la Corte Constitucional, en la que se indicó lo siguiente:

En consecuencia... el cambio en la asignación de procesos únicamente puede ser realizado por el Fiscal General de la Nación, teniendo en cuenta las pautas establecidas en los acápites precedentes de esta providencia –es decir, que se adopte esta determinación mediante resolución motivada debidamente notificada a los afectados, y sin que implique una invasión de la independencia y autonomía de los fiscales delegados.

En suma, el juicio de imputación objetiva en contra del procesado NEIRA SIERRA se fundó sobre la idea de haber realizado funciones públicas, de competencia exclusiva del Fiscal General de la Nación, ignorando en ese propósito el contenido del artículo 251 de la Constitución Política, la resolución número 0-3605 del 3 de noviembre de 2006 de la Fiscalía General de la Nación y la sentencia C-873 de 2003 de la Corte Constitucional.

Así mismo, en el plano del tipo subjetivo, se le censuró al acusado haber transgredido el mandato impuesto por el Fiscal General de la Nación a través de las resoluciones números 0-7653 del 29 de diciembre de 2008 y 0-4562 del 2 de septiembre de 2009, con el pleno conocimiento que tenía en el sentido de que la asignación especial del proceso le fue otorgada en virtud de garantizar la independencia, eficacia y eficiencia de la administración de justicia, finalidades que el acusado perturbó al tomar una determinación que desde el nivel constitucional y legal le estaba prohibida, procediendo a reasignar la investigación a la Fiscalía Seccional de Fonseca, La Guajira, para lo cual empleó la estratagema de la compulsión de copias, con el propósito de favorecer a Juan Francisco Gómez Cerchar, conocido como *Kiko Gómez*.

Según se puede advertir, fue en la misma orden de archivo de la investigación en la que el procesado GERMÁN NEIRA SIERRA dispuso de la compulsión de copias, lo cual fundamentó en el hecho de que, aunque no existía mérito para la imputación en contra de Gómez Cerchar, tampoco había dudas sobre la ocurrencia de la conducta punible, por lo que estimó que debía seguirse con la indagación hasta la individualización de los responsables del múltiple homicidio, justificando, además, que para entonces había desaparecido la Unidad para Asuntos Humanitarios, convertida en Unidad de Desaparición y Desplazamiento Forzado.

Lo cierto es que, según también se demostró en el curso del juicio oral y público, el archivo de las diligencias ordenado por el entonces fiscal NEIRA SIERRA, no supuso que se

desprendiera de la indagación correspondiente a la noticia criminal número 442796104595-2008-80155, pues la propia naturaleza de la decisión emitida implicó la suspensión provisional de los actos de investigación, según su criterio, por la constatación fáctica de la ausencia de los presupuestos para el ejercicio de la acción penal, quedando abierta la posibilidad de su reanudación, lo cual significó en este caso que el despacho a cargo del procesado mantuvo la custodia material de las diligencias, así como su disponibilidad jurídica, por lo que en rigor no puede afirmarse que llevó a cabo un acto de reasignación de la investigación.

Ahora bien, entiende la Sala que podría resultar irregular la compulsas de copias de la misma investigación que se encontraba a cargo del procesado, más aun habiéndolo hecho con destino a la Fiscalía Seccional de Fonseca, La Guajira, a pesar de las conocidas razones que habían aconsejado su sustracción de ese lugar y que podían afectar la independencia judicial.

No obstante, también resulta evidente que una actuación en ese sentido no representó objetivamente la usurpación y el abuso de las funciones que tenía asignadas el servidor público, puesto que finalmente, en su condición de fiscal, no le estaba vedado disponer la compulsas de copias de una actuación a su cargo, en tanto la prohibición estribaba, en razón del tipo penal imputado, en desbordar una atribución funcional que le correspondía ejecutar a otro funcionario, en lo cual radicaría la ilegalidad del acto.

Sobre dicho tópico, se sustenta en el fallo recurrido que la compulsas de copias ordenada no fue más que una estrategia diseñada por el acusado para favorecer al indiciado Gómez Cerchar, trasladando la investigación con desconocimiento de las reglas constitucionales y reglamentarias referidas a la asignación de investigaciones. Con ello, se acota por parte del Tribunal, encubrió con un procedimiento de expedición de copias lo que en realidad constituyó un acto de asignación especial de la investigación.

Sin embargo, el favorecimiento ilegal que se atribuye al acusado a través de su actuación, no encuentra respaldo probatorio. En realidad, de acuerdo a los hechos estipulados por las partes, la compulsas de copias decretada generó un nuevo número de noticia criminal (4427960010832012-00017) en la Fiscalía Seccional 01 de Fonseca (La Guajira), repartida el 26 de enero de 2012 como «*indagación en averiguación*». Según consta en el sistema de información SPOA de la Fiscalía, dicho radicado se inactivó para ser acumulado a la noticia criminal 442796104595-2008-80155, «*por tratarse de los mismos hechos*» (cfr. estipulaciones 15, 16, 17 y 18, visibles a fl. 18 y ss. del cuaderno de *estipulaciones probatorias*).

De allí deviene, entonces, que mal podría tratarse la actuación del procesado de una forma de reasignación de la investigación que tenía a su cargo y, con ello, de un desbordamiento de la atribución funcional que le correspondía ejecutar al Fiscal General de la Nación, cuando, como puede

apreciarse, ordenó el archivo de las diligencias, manteniendo en el despacho la actuación con la expectativa de reanudación de la indagación ante el posible advenimiento de nuevos elementos probatorios.

Además, como se acaba de advertir, la investigación emprendida a partir de las diligencias que en copia fueron remitidas a la Fiscalía Seccional de Fonseca, La Guajira, fue inactivada precisamente por la existencia de la noticia criminal sobre la cual el procesado había ordenado su archivo. Por lo tanto, la irregularidad que pudo suponer la compulsación de las copias fue de facto subsanada, sin que en virtud de ella se pudiera reconocer la existencia de alguna consecuencia especialmente favorable para el indiciado Juan Francisco Gómez Cerchar.

Por último, es necesario acotar que ante la imposibilidad de estructurar la tipicidad objetiva del comportamiento, resulta innecesario la alusión a la imputación del tipo subjetivo en la modalidad dolosa, la que pretende fundamentar el *a quo* prevalido de una serie de indicios sobre la voluntad de actuar de manera ilegal, lo que en todo caso demandaría el entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la actuación y conciencia de que con ella quebrantaba la cláusula especial de sujeción, usurpando funciones públicas que le eran ajenas, aspectos que tampoco fueron demostrados por el acusador.

En consecuencia, el estándar de prueba atinente al conocimiento más allá de toda duda razonable, reglado como

principio rector en el estatuto procesal penal de la Ley 906 de 2004 –artículos 7° y 381- no se satisface en la atribución de la responsabilidad penal del procesado por el delito de *Abuso de función pública*, imponiéndose su absolución.

3. Redosificación de la pena:

En el presente asunto el procesado fue condenado en calidad de autor de los delitos de *Prevaricato por acción* y *Abuso de función pública* (artículos 413 y 428 del Código Penal), en concurso de conductas punibles, imponiendo en su contra las penas principales de sesenta (60) meses de prisión, multa de ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas por el término de noventa y seis (96) meses.

Consecuente con las argumentaciones expuestas en este proveído, la Sala procederá a realizar los respectivos ajustes dosimétricos, en virtud de la absolución por el delito de *Abuso de función pública* (artículo 428 del Código Penal), respetando la determinación elaborada por el sentenciador, por hallarla ajustada a la ley, por el delito de *Prevaricato por acción* (artículo 413 ibídem).

Así, en lo que respecta a este último delito, la Corte encuentra que el *a quo*, tras identificar el mínimo y el máximo de la pena básica (48 a 144 meses de prisión) y por no haber deducido el acusador causales de mayor punibilidad, seleccionó correctamente el primer cuarto y fijó las penas principales, en concreto, atendiendo de manera motivada los

grados de injusto y culpabilidad, y de manera precisa la gravedad de la conducta, el daño real creado y la intensidad del dolo, en cincuenta (50) meses de prisión, multa de ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas por el término de ochenta y seis (86) meses, penas que, por resultar acordes al ordenamiento legal, serán impuesta de manera definitiva en esta sede.

4. De la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria:

Por último, en consideración a la fecha de ocurrencia de los hechos, esto es, 6 de enero de 2011, el Tribunal definió, acertadamente, que en materia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria, en virtud de las constantes y progresivas modificaciones legales en punto de los requisitos exigidos y las prohibiciones establecidas para su concesión, resultaba más favorable la manera como se encontraban regulados dicho institutos para aquella época.

Así, estimó, en relación con la suspensión de la ejecución de la pena, que era aplicable el artículo 63 del Código Penal, sin la modificación surtida por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, caso en el cual no resultaba procedente su concesión en tanto no se cumple en este evento con el requisito objetivo, pues la pena impuesta supera los tres años de prisión.

En cuanto a la prisión domiciliaria, prevista en el artículo 38 del Código Penal, concluyó que era más favorable para el acusado el análisis de sus requisitos sin considerar la adición dispuesta en el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014. Por ello, adujo que si bien se cumple con el requisito objetivo relacionado con la pena mínima prevista en la ley para el delito objeto de condena –inferior a cinco años de prisión–, no sucede lo mismo con el factor subjetivo relativo al desempeño laboral, familiar, personal y social del condenado, indicativos de que sería un peligro para la comunidad y evadiría el cumplimiento de la pena.

En relación con los presupuestos para la prisión domiciliaria en virtud del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, según lo reclamó la defensa, consideró el Tribunal que no era posible acceder a su concesión en razón del numeral 4, relativo al «*estado grave por enfermedad*», por carencia de material probatorio que lo acreditara.

En torno al numeral 1 de dicha disposición, alusivo a la vida personal, laboral, familiar o social del acusado, el *a quo* dedujo que no se satisfacen todos los fines de la pena, en especial los relativos a la prevención general positiva y negativa y la retribución justa, pues la concesión de la sustitución de la prisión no enviaría un mensaje adecuado a la sociedad y ésta perdería su confianza en el ordenamiento jurídico.

En su recurso de apelación, el defensor del procesado insiste en la concesión de la prisión domiciliaria, alegando que

la decisión del Tribunal en este sentido carece de una sana motivación, desconoce cualquier propósito resocializador y no se fundamenta en criterios pedagógicos, puesto que no se examinaron de manera adecuada los ámbitos personal, familiar, social y laboral del condenado, limitándose a la reproducción del pasaje normativo para justificar una decisión abiertamente vindicatoria.

Puntualiza que no es predicable la necesidad de prevención especial o de protección de la sociedad, puesto que la conducta por la cual NEIRA SIERRA fue condenado, no atentó contra la seguridad pública, ni tiene connotaciones de violencia sobre las personas o las cosas; tampoco se trata de un comportamiento habitual o sistemático en el acusado y que afecte a sectores socialmente vulnerables.

Subraya que el procesado ha comparecido a todos los requerimientos que le ha hecho la justicia en razón del presente caso, por lo que no existen motivos razonables para deducir que no atenderá los deberes que le sean impuestos en virtud de la sustitución de la medida.

Al respecto, la Sala debe precisar, en primer lugar, que en efecto el artículo 38 del Código Penal consagraba como requisito objetivo para la concesión de la prisión domiciliaria "*Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos*", quantum que se mantuvo invariable en las reformas introducidas mediante las Leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011.

Fue por medio de la Ley 1709 de 2014 que se adicionó el artículo 38B que modificó el referido factor objetivo. Lo estableció así: «1. *Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos*».

Pero, además, es preciso recordar la evolución legislativa que se ha tenido en relación con el artículo 68A del Código Penal y las prohibiciones relacionadas con la concesión de subrogados penales, especialmente en lo que atañe con los delitos contra la Administración Pública.

Así, se tiene que la Ley 1142 de 2007, en su artículo 32, incorporó un artículo 68A a la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor:

Exclusión de beneficios y subrogados. 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.

Luego mediante la Ley 1453 del 24 de junio de 2011, el artículo 68A fue modificado en el siguiente sentido:

Artículo 68A. 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 o cuando haya sido condenado por uno de los siguientes delitos: cohecho propio, enriquecimiento ilícito de servidor público, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, concusión, prevaricato por acción y por omisión, celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, lavado de activos, utilización indebida de información privilegiada, interés indebido en la celebración de contratos, violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tráfico de influencias, peculado por apropiación y soborno transnacional.

Parágrafo. El inciso anterior 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.

Posteriormente, el artículo 13 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011, lo modificó así:

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.

El artículo 32 de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, modificó la norma analizada en los siguientes términos:

Artículo 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales. No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, 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 dentro de los cinco (5) años anteriores. Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o

correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal. 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.

Parágrafo 1°. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.

Parágrafo 2°. Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena.

Finalmente, frente a la misma disposición, fueron introducidas modificaciones a través del artículo 4° de la Ley 1773 del 6 de enero de 2016, que estableció lo siguiente:

Artículo 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales. No se concederán la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a

ningún otro beneficio, 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 dentro de los cinco (5) años anteriores. Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal. 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.

PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.

PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena.

Con el anterior recuento legislativo, es preciso recordar que los hechos por los cuales se viene condenando al acusado NEIRA SIERRA, tuvieron ocurrencia el 6 de enero de 2011, fecha en que emitió la resolución que se ha calificado como prevaricadora, por lo que, en aplicación del principio de favorabilidad, el instituto de la prisión domiciliaria debe ser examinado en este caso con fundamento en la normatividad vigente para la época de comisión de los hechos, esto es, el original artículo 38 del Código Penal, en concordancia con el artículo 68A ibídem, adicionado y modificado por el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, y con el artículo 314 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007. Por lo tanto, debe prescindirse para ese efecto de las modificaciones introducidas por los artículos 28 de la Ley 1453 de 2011, 13 de la Ley 1474 de 2011, 32 de la Ley 1709 de 2014 y 4° de la Ley 1773 del 6 de enero de 2016, toda vez que para el momento de los hechos no habían cobrado vigencia.

Ahora bien, en alusión al artículo 314 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, fundamento normativo bajo el cual la defensa sustenta su

petición, tiene dicho la Corte que los criterios para conceder o no una detención preventiva en el domicilio no son los mismos (es decir, de ninguna manera coinciden, ni están sujetos) a aquellos para que proceda la prisión en el sitio de residencia¹⁶, por lo que en este caso dicha norma debe ser armonizada con el contenido del artículo 38 del Código Penal, puesto que la sustitución por la prisión domiciliaria responde a las funciones específicas de la pena establecidas en el artículo 4 del Código Penal –Ley 599 de 2000–, particularmente, las de prevención general y retribución justa, que se activan en el momento de la imposición de la pena de prisión y cuya observancia surge imperiosa en el momento de su ejecución como tal.

En ese sentido, como con acierto se expresó por parte del Tribunal, la pena mínima de prisión señalada para el delito de *Prevaricato por acción* es inferior a cinco (5) años, por lo que se cumple el requisito objetivo señalado en el artículo 38 del Código Penal. Debe agregarse, de cara al texto del artículo 68A *ibídem*, vigente para aquella oportunidad, que tampoco se tiene constancia que el procesado haya sido condenado por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

En lo que respecta al requisito subjetivo, contenido en el numeral 2. del citado artículo 38 *ib.*, la Sala ha sido reiterativa en considerar, con relación a los delitos de *Prevaricato por acción* realizados por funcionarios judiciales, que son conductas que encierran una inusitada gravedad, dadas las

¹⁶ Cfr. CSJ SP, 1 jun. 2006, rad. 24.764, CSJ SP, 19 oct. 2006, rad. 25.724, CSJ SP, 13 jun. 2007, rad. 27.064, y CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 35.943.

expectativas sociales cifradas en quienes administran justicia y en la transparencia, probidad y honestidad que de ellos se espera y que, por lo tanto, demandan una condigna consecuencia punitiva, *«pues no de otra manera consigue restablecerse la afrenta al ordenamiento jurídico, así como las expectativas cognitivas de los miembros de la sociedad en sus funcionarios judiciales»*¹⁷.

No obstante, debe decirse que aparte de la severidad de la sanción, propia de la determinación judicial de la pena, el juicio en torno al desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado debe llevarse a cabo de manera concreta frente a las peculiaridades de la conducta realizada y a sus condiciones personales, a fin de que el juez pueda pronosticar con acierto que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena, de modo que se responda a la ejemplarización y la motivación negativa que ella genera (efecto disuasivo), así como al afianzamiento del orden jurídico (fin de prevención general positiva).

Bajo esas condiciones, encuentra la Sala que, sin perderse de vista la gravedad del comportamiento realizado ni minimizarse lo que significó para la comunidad el que incurriera en la conducta que se le reprocha, nada indica que el procesado puede afectar la tranquilidad social, ni incumplir su pena en el lugar de su residencia, pues como se ha indicado por la defensa, ha comparecido cada vez que se ha solicitado su presencia por autoridad judicial, además ha observado

¹⁷ CSJ SP, 18 nov. 2008, rad. 30.539.

siempre una ejemplar existencia a nivel social y familiar, sin que hasta ahora gravitaran en su contra comprobados antecedentes penales o sanciones disciplinarias en el ejercicio de sus funciones que, por años, ha desempeñado en la Fiscalía.

Así, entonces, considera la Sala que desde el punto de vista de las funciones de la pena previstas en el numeral 4° del Código Penal, no se observa necesario ni proporcionado que se ejecute la pena privativa de la libertad en establecimiento de reclusión, dado que los fines de prevención especial o de reinserción social pueden cumplirse en el lugar de su residencia, más cuando el procesado ha venido asumiendo un comportamiento que en nada desdice de su integración a la sociedad, razón por la cual se le concederá la prisión domiciliaria bajo la obligación de cumplir con lo que se le manda en el numeral 3° del artículo 38 de la ley 599 de 2000, previa caución por la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad se procederá a oficiar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) para su custodia y traslado.

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,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 14 de noviembre de 2017 por el Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en relación con el delito de *Prevaricato por acción*.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia condenatoria objeto del recurso de apelación, proferida en contra de GERMÁN NEIRA SIERRA por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en relación con el delito de *Abuso de función pública*, por el cual se le absuelve.

TERCERO: En consecuencia, fijar las penas principales en cincuenta (50) meses de prisión, multa de ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas por el término de ochenta y seis (86) meses.

CUARTO: SUSTITUIR al condenado la pena privativa de la libertad por la **PRISIÓN DOMICILIARIA** en el lugar de su residencia, bajo la obligación de cumplir con lo que se le ordena en el numeral 3° del artículo 38 de la ley 599 de 2000, previa caución para su cumplimiento por la suma de 2 S.M.L.M.V. Líbrese la correspondiente comunicación al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC para el control de la medida sustitutiva.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Notifíquese y Cúmplase

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Presidente

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