

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
MAGISTRADO PONENTE

SP12926-2014

Radicado 39.279

Aprobado acta número 318

Bogotá, D.C, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa y la fiscalía contra la sentencia del 23 de mayo de 2012, proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales, mediante la cual condenó al doctor **CÉSAR AUGUSTO FERNÁNDEZ VEGA**, Fiscal Segundo

Local de Puerto Boyacá, como autor del delito de abuso de función pública.

HECHOS

El doctor **CÉSAR AUGUSTO FERNÁNDEZ VEGA**, Jefe de Unidad y Fiscal Segundo Local Delegado ante los Jueces Penales Municipales de Puerto Boyacá, entre el 26 y 29 de diciembre de 2006 fue encargado de la Fiscalía Primera Local de la misma sede, días en que la titular del despacho disfrutaba del descanso compensatorio de fin de año dispuesto por la institución.

Aprovechando dicha situación, dispuso que la denuncia formulada el día 26 de diciembre de 2006 contra el Patrullero de la Policía **Erminson Girón Valderrama**, por la presunta comisión del delito de abuso de autoridad, pasara de la Fiscalía primera a la cual le correspondió en reparto, a la segunda de la cual el acusado era titular, con el pretexto de equilibrar la carga entre los despachos, pese a que el mayor volumen de expedientes lo tenía la fiscalía que él presidía.

Luego de ello, dispuso que se realizara una audiencia de conciliación que no prosperó y finalmente un nuevo fiscal lo remitió ante el Fiscal Seccional, funcionario que solicitó la preclusión de la investigación, petición que efectivamente el juez aceptó.

ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

1.- El 18 de febrero de 2011, el Fiscal Cuarto Delegado ante el Tribunal Superior de Manizales, concurrió ante el Juez Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Puerto Boyacá, con el fin de imputarle al doctor **CÉSAR AUGUSTO FERNÁNDEZ VEGA**, ex fiscal local de dicha localidad, la posible comisión del delito de Abuso de Función Pública, cargo que el imputado no aceptó.

2.- El 16 de marzo siguiente, el mismo funcionario radicó el escrito de acusación contra el doctor **FERNANDEZ VEGA**, por la probable comisión del delito de Abuso de Función Pública, conducta descrita en el Libro 2, Título XV, Capítulo noveno de la Ley 599 de 2000, agravada por la posición distinguida del acusado, de acuerdo con el numeral 8 del artículo 57 de la misma ley.

3.- El 13 de abril del mismo año, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación, y el 12 de julio siguiente instaló la audiencia preparatoria.

En ella se enunciaron las pruebas y se dieron a conocer las estipulaciones probatorias. El Tribunal decretó las solicitadas por las partes, incluida, como prueba de referencia, la entrevista de **Andrés Felipe Hurtado Ortiz**, que la Sala admitió al resolver el recurso de reposición interpuesto por la fiscalía.

5.- El 18 de agosto del mismo año se inició el juicio oral, el cual concluyó el día 3 de octubre siguiente, día en el cual la Sala anunció el sentido del fallo.

6.- El 23 de mayo de 2012, se llevó a cabo la audiencia de lectura de la sentencia, mediante la cual el Tribunal condenó al doctor **CÉSAR AUGUSTO FERNÁNDEZ VEGA**, como autor del delito de abuso de función pública, a la pena principal de dieciséis meses de prisión, sanción que suspendió condicionalmente por un periodo de prueba de dos años, y a la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco años.

La Fiscalía y la defensa apelaron la decisión.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

Ante la petición de la defensa - que alegó la nulidad de la actuación por indebida calificación jurídica de la conducta debido a que, en su opinión, a su cliente se le ha debido imputar el delito de prevaricato por acción y no el de abuso de función pública, sin que ello implique aceptar que lo hubiese cometido -, el Tribunal desestimó la solicitud, de una parte porque tal inconformidad la ha debido proponer en la audiencia de formulación de acusación, escenario diseñado con ese fin, y de otra, porque el defensor omitió señalar su trascendencia, bondades y ventajas de la nulidad propuesta,

cuestión que consideró que de atender agravaría la situación del inculpado en lugar de favorecerla.

Respecto del delito de abuso de la función pública por el cual fue acusado el ex fiscal, señaló que efectivamente se constató que el procesado, sin tener competencia para ello, trasladó de una fiscalía a otra el proceso que se seguía contra el Patrullero de la Policía **Erminson Girón Valderrama**, con el pretexto de equiparar la carga laboral, cuestión evidentemente innecesaria, pues la fiscalía a cargo del acusado tenía bajo su responsabilidad 453 asuntos, mientras que la primera tan solo 187, con lo cual se demuestra que la razón subyacente no era la argüida, sino la de mantener informado al alcalde municipal del avance de la investigación contra su escolta.

Acerca de esta situación, el Tribunal explicó que con los testimonios de **Luis Evelio Ospina López** y **Leonel Uribe Hernández**, se demostró el interés del fiscal por mantener informado al alcalde del avance de las investigaciones en su contra, incluida la que se llevaba contra su escolta. Según ellos, las investigaciones contra el alcalde **Luis Eduardo Álvarez** no prosperaban, y de acuerdo con lo dicho por **Ospina López**, en *“esa época se delató una alianza que había entre la administración y él como fiscal, por qué lo digo, porque en Puerto Boyacá es un municipio que nadie es capaz de decir algo de frente”*, apreciación que el testigo redondeó afirmando que *“el doctor **CÉSAR** desde que llegó a Puerto Boyacá, se empezó a rumorar de las reuniones clandestinas con algunos jefes paramilitares, y se empezó a*

rumorar o sea decir como rumor, es que había dinero de los delincuentes hacia los fiscales.”

Esas afirmaciones, según el Tribunal, las corroboró el agente del CTI **Luis Alejandro Barreiro**, quien manifestó que al entrevistar a los testigos mencionados, le dijeron que los fiscales “*recibían dinero, pues **Andrés Felipe** manifestó en la entrevista en que yo estuve, porque tengo entendido que él rindió otra entrevista, que él le llevaba el dinero, que era él que le llevaba el dinero a él, al señor, al doctor **CÉSAR AUGUSTO FERNÁNDEZ** y a los investigadores del CTI*”, y que la relación entre la investigación que el fiscal cambió y el interés del alcalde, obedecía a que el denunciado era escolta del burgomaestre.

El Tribunal también destacó la declaración de **Raquel Gallo**, otra investigadora del CTI que entrevistó a **Andrés Felipe Hurtado**, ex compañero permanente de la hija del alcalde, quien se autodefinió como testaferro del burgomaestre y por tal razón aseguró que entregó a Elías 7 millones de pesos para repartirlos entre **CÉSAR AUGUSTO FERNÁNDEZ VEGA, Jairo** y **Libardo Bocanegra**, con el fin de que los funcionarios mantuvieran informado al alcalde de las denuncias en su contra y del estado de los procesos.

Destacó asimismo que en la entrevista del 4 de marzo de 2008, **Andrés Felipe Hurtado** manifestó que el Director del CTI era el encargado de recibir la plata que enviaba el alcalde, y que ese dinero se destinaba a pagar información relacionada con las denuncias que se formulaban contra la

primera autoridad municipal, al punto que, según el testigo, *“como a los dos meses, volvimos Sandra y yo a llevar siete millones y medio a la vivienda de Elías para los señores Jairo, Libardo y César, el Fiscal de Puerto Boyacá, para que lo dividiera entre esas tres personas.”*

Desestimó la crítica de la defensa que sostuvo que el testigo **Andrés Felipe Hurtado** actuó bajo el influjo de los problemas personales que tenía con Sandra Liliana Álvarez, hija del alcalde, y los desatendió tildándolos de alegatos que plantean visiones particulares y genéricas del asunto, pues en su opinión la defensa *“no hizo ningún aporte para enfrentar la realidad jurídica que somete a su defendido en la actuación y en el que la fiscalía protagonizó un verdadero papel instructor para lograr convencer a éste juez colegiado, con su teoría del caso.”*

Después de reflexionar sobre el mérito probatorio de la entrevista y de su valor como prueba de referencia, concluyó que en este caso era esencial para establecer el verdadero motivo de la reasignación del expediente, puesto que con ella se podía comprobar que el doctor **CESAR FERNÁNDEZ VEGA** tenía un *“soterrado interés en impulsar una investigación que por reparto le había correspondido a su colega de territorio, emitiendo y signando una resolución como si tal actuar tuviese la potencialidad de variar las reglas del reparto o de aclarar la abusiva función desplegada”*.

Destacó, asimismo, que documentalmente se estableció que no existía el desequilibrio alegado, pues la fiscalía primera tenía 187 expedientes bajo su responsabilidad y la

segunda 453, y en el mes de diciembre se registró un reparto de 42 asuntos para la una y 40 para la otra, cifras que desvirtúan la supuesta bondad de la medida tomada por el fiscal, lo cual, a contrario sensu, indica que el móvil de la decisión era distinto.

Concluyó que el fiscal actuó con el sesgado pretexto de solucionar un desequilibrio de trabajo que no existía, lo cual devela la antijuridicidad del comportamiento, al despojar a la fiscal mediante un acto que contiene una falsa motivación de un proceso que le había sido legalmente asignado.

Por último, consideró que haber obrado contra toda disposición para alterar las reglas del reparto y no informar a la fiscal ni a sus superiores de esa decisión, son circunstancias que demuestran el dolo con que obró el acusado, lo cual junto a la prueba del tipo objetivo permite, más allá de toda, duda establecer su responsabilidad y condenar al acusado.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

1.- La defensa.

Solicita que se revoque la decisión y en su lugar se absuelva al acusado del cargo por el cual se le juzgó.

Señala que con el delito de abuso de función pública se pretende sancionar conductas de funcionarios que prevalidos o amparados en su cargo, realizan funciones diversas de las

que legalmente les corresponden. En su opinión, el hecho de entregarle un asunto a una fiscalía distinta a la cual le fue asignada la investigación no constituye delito, sobre todo si el fiscal no toma ninguna determinación de fondo que favoreciera a cualquiera de las partes.

Diserta acerca del principio de lesividad y destaca la función crítica del bien jurídico, para después de hacer mención a importantes tratadistas y al pensamiento de la Sala sobre el tema, concluir que *“no es posible fundamentar una condena en contra del señor **FERNÁNDEZ VEGA** con base únicamente en el fin de prevención general positiva de la pena, pues, como lo he señalado a lo largo de esta impugnación, el derecho penal en un Estado Social de Derecho como el Colombiano, debe estar orientado hacia la protección subsidiaria y fragmentaria de bienes jurídicos.”*

Enseguida, teóricamente discurre acerca del concepto de conducta, se refiere a eventos de exclusión de responsabilidad, habla extensamente de la tipicidad, del nexo causal y de la imputación jurídica del resultado, de la antijuridicidad y de la culpabilidad, sin indicar cómo pueden incidir esas categorías dogmáticas para solucionar el caso que se juzga.

Considera, para finalizar ese tema, que la situación del doctor **CÉSAR FERNÁNDEZ VEGA** no se puede analizar por fuera del contexto en el cual la conducta se inscribe, es decir, en su afán de realizar su trabajo como ente investigador.

En relación con el testimonio y su apreciación, insiste en temas doctrinarios y sin decir por qué o cómo, sostiene que no existe prueba que lleve al juez al convencimiento acerca de la conducta y de la responsabilidad del acusado. Por lo tanto, solicita revocar la sentencia y absolver a su defendido.

2.- El Acusado

Considera que la decisión del Tribunal no es fiel a las pruebas practicadas en el juicio oral y denuncia la equivocada comprensión del tema que se juzga.

Acepta que estuvo encargado del 26 al 29 de diciembre de 2006 de la Fiscalía Primera Delegada ante los Jueces Municipales, fechas en las cuales se desempeñaba también como Fiscal Segundo ante los mismos despachos judiciales y como Jefe de Unidad, y que en tal función dispuso el traslado del expediente ya conocido de la Fiscalía primera a la segunda, con el convencimiento errado e invencible de que había una desigualdad en el reparto.

No lo hizo, como se asegura, para mantener informado al Alcalde acerca de actuaciones judiciales que podían afectar su imagen, como lo sostuvo la fiscalía al desarrollar una teoría del caso que el Tribunal sin mayor reflexión aceptó al concluir que el acusado *“efectivamente tenía un móvil, una razón ilícita, una justificación para que el expediente de marras estuviera bajo*

su custodia, tramitación y decisión, logrando de contera los beneficios económicos así esclarecidos.”

Para sustentar semejante teoría, dice, la fiscalía presentó los testimonios de **Luis Evelio López Ospina**, del abogado **Leonel Uribe Hernández** y los de **Luis Alejandro Barreiro**, **Raquel Gallo Londoño** y **Carlos Andrés Campuzano**, estos tres últimos investigadores del CTI, y la entrevista del fallecido **Andrés Felipe Hurtado Ortiz**, los cuales fueron suficientes para que el Tribunal sin mayor reflexión y equivocadamente dedujera que el acusado actuó con el ánimo protervo de mantener informado al alcalde de la actuación.

Esos testigos, a su juicio, se refieren a habladurías, rumores o chismes sin fundamento. No saben, ni les consta nada sobre el hecho específico que se juzga. Se refieren a comentarios de la opinión, según dicen. A lo que oyeron o escucharon de **Andrés Felipe Hurtado**, yerno del alcalde, y por eso **Luis Evelio López Ospina** y el abogado **Leonel Uribe** se limitan a manifestar que eso se comentaba, refiriéndose a supuestos actos de corrupción en general, pero no al caso en particular. Sin embargo, se dio por cierto que el acusado se beneficiaba económicamente, sin precisar la prueba de esa afirmación.

Considera que la decisión se sustentó en testimonios de personas que le tienen animadversión, como ocurre con el doctor **Leonel Uribe**, abogado que fue procesado por el delito

de hurto agravado por la confianza por apoderarse de los honorarios de sus clientes, y **Luis Evelio López Ospina**, ex candidato a la alcaldía por el archivo de una investigación en la cual él era denunciante, y eso sin contar con que **Andrés Felipe Hurtado**, el célebre testigo de referencia, también tenía interés en implicar al fiscal, por haber sido procesado por la posible comisión del delito de Violencia Intrafamiliar ante los maltratados ocasionados a su ex compañera e hija del alcalde.

Nadie, en consecuencia, ha declarado ni podrá decir válidamente que a él se le entregó dinero con el fin de cambiar un expediente de una fiscalía a otra, e incluso si se aprecia como debe ser la entrevista del señor **Andrés Felipe Hurtado**, en ella habla de un dinero que llevó a la casa de un señor **Elías**, de quién nunca se indagó quién es, cuándo, cómo o para qué llevó el dinero, que al menos no se ha demostrado que fue para realizar la conducta que se juzga.

Aparte de esas imprecisiones, el Tribunal no tuvo en cuenta que **Sandra Álvarez**, mencionada en la entrevista, ex compañera del testigo de referencia e hija del alcalde, desmintió en el juicio oral esas afirmaciones, y tampoco consideró que **Andrés Felipe Hurtado** se retractó, informando que había declarado según se lo sugirieron el abogado **Leonel Uribe** y el ex candidato **Luis Evelio Ospina**, dos de los testigos que sustentan su dicho en lo que dicen oyeron o escucharon y no en lo que vieron.

En fin, considera que la prueba testimonial no tiene vocación para llevar al juez al convencimiento acerca de la conducta y de la responsabilidad y que no existe evidencia de que el fiscal conociera del trámite administrativo que había que seguir para cambiar la asignación de un expediente, o que hubiese favorecido al alcalde con sus decisiones, pues como Fiscal delegado ante los Jueces Penales Municipales, no era competente para conocer de asuntos que por el fuero legal del alcalde le corresponde conocer a los Fiscales seccionales ante los Jueces Penales del Circuito.

Pide, por lo tanto, que se profiera sentencia absolutoria.

3.- La Fiscalía

Solicita que se revoque la sentencia respecto de la suspensión condicional de la pena, pues el Tribunal no analizó con la ponderación necesaria *“la modalidad y gravedad de la conducta punible”*, lo cual de haber hecho, impedía la concesión del subrogado penal.

Considera que la conducta es grave: no se demostró el desequilibrio de la carga laboral y el Fiscal tenía un marcado interés en controlar las investigaciones en las cuales estaba interesado el alcalde del municipio. Además, al ordenar el cambio de un expediente de un despacho a otro incurrió en una modalidad delictual censurable, más aun tratándose de

un Fiscal Delegado. Por eso la concesión del subrogado puede tener un alto impacto en la comunidad.

De otra parte, no se trata simplemente de variar una asignación, sino, como se probó con las declaraciones de los investigadores **Raquel Gallo Londoño** y **Luis Alejandro Barreiro**, y de **Leonel Uribe Hernández** y **Andrés Felipe Hurtado** (fallecido), ese acto tenía la censurable intención de *“controlar y manejar las investigaciones en las que pudieran verse comprometidos los intereses de terceras personas y particularmente las del Alcalde de Puerto Boyacá, tal y como lo resalta el Tribunal en su sentencia de primer grado”*, situación delicada que no puede perder de vista el Juez.

En fin, dice el impugnante, la gravedad superlativa de la acción que traduce un mayor grado de injusto, torna indispensable la ejecución de la sanción penal como respuesta proporcional a la agresión, sobre todo teniendo en cuenta las especiales circunstancias en que ejecutó la conducta un funcionario a quien la sociedad le ha encargado la *“facultad de administrar justicia”*.

Por lo demás, el acusado se encuentra condenado por un delito contra la fe pública, conducta que aceptó y por la cual le fue impuesta una pena de 39 meses de prisión; y privado de la libertad por la comisión de los delitos de concusión y usurpación de funciones públicas, cuestiones que no están acreditadas en el proceso, pero que el Tribunal

conoce por ser la autoridad encargada de juzgar a los jueces del Distrito Judicial.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Dos temas que debe resolver la Corte: uno, determinar las características dogmáticas del injusto de abuso de función pública y dos, la prueba requerida para condenar.

Primero. De acuerdo con el artículo 6 de la Constitución Política, *“los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”*, mientras que *“los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”* Este enunciado, y el del artículo 122 del mismo Ordenamiento, según el cual *“no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento”*, permiten explicar por qué es constitucionalmente admisible que se penalice la infracción 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 otra parte, según 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.

Por lo tanto, mediante el artículo 428 de la Ley 599 de 2000 pretende proteger el bien jurídico en cuestión, en los siguientes términos:

“Abuso de función pública. *El servidor público que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco años.”*

A partir de estas nociones y de la configuración de la administración pública como un bien jurídico institucional esencialmente dinámico, es posible diferenciar el delito de abuso de función pública del prevaricato, conducta que el defensor cree que ha debido atribuirse al ex fiscal y que de aceptarse, como bien expresó el Tribunal, desmejoraría la situación jurídica del justiciable, aun cuando hay que convenir en que la defensa lo hace no con ese propósito sino con el de demandar la nulidad de la actuación por una indebida calificación de la conducta, sin explicar en todo caso los réditos que le reportaría atender esa petición.

Pero no tiene razón: tanto en el delito de abuso de función pública como en el prevaricato, el acto es contrario a la ley, pero por el contenido singular de la conducta y la manera como se interfiere el bien jurídico de la administración pública, el comportamiento que se atribuye al ex fiscal se adecúa al tipo penal de abuso de la función y no al de prevaricato, como en seguida se verá.

En efecto:

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

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

“Acertó entonces el Tribunal en la decisión recurrida, al señalar que el abuso de la función pública se tipifica al actuar en donde no se tiene competencia, mediante comportamiento que

puede ser desarrollado lícitamente por el empleado que tiene facultad para ello; en cambio en el abuso de autoridad y en el prevaricato, como bien lo pone de resalto el señor defensor, el acto es ilegal, no importando que funcionario lo ejecuta.” (CSJ SP, radicado 10131 del 14 de septiembre de 1995)

Desde este punto de vista, la adecuación típica se debe realizar con referencia al tipo penal de abuso de función pública, que es, como se verá, la conducta que el funcionario realizó, al disponer mediante un acto reservado al Fiscal General de la Nación, la reasignación de un proceso que le fue adjudicado a una fiscalía distinta a la que él presidía.

Por lo tanto, la petición de nulidad es inadmisibile.

Segundo. En cuanto a la prueba para condenar, el artículo 372 de la Ley 906 de 2004 exige que se pruebe, más allá de toda duda, los *“hechos y circunstancias materia del juicio”*, y que el acusado es responsable del delito por el cual se le acusa, como autor o partícipe.

De acuerdo con ello, la fiscalía tiene en la dogmática un primer límite o, en otras palabras, en el tipo penal un referente que no puede desbordar. En ese sentido, se estipuló y probó, que el doctor **CÉSAR AUGUSTO FERNÁNDEZ VEGA** se desempeñó como Jefe de Unidad y Fiscal Segundo Local de Puerto Boyacá entre el 26 y 29 de diciembre de 2006 y que en esas mismas fechas fue encargado de la Fiscalía

Primera del mismo nivel de la misma ciudad, ante la ausencia transitoria de su titular, según lo dispuso el Director Seccional de Fiscalías de Manizales en la Resolución 0483 del 13 de diciembre de 2006.

También se estipuló y probó, que el proceso contra el patrullero de la Policía **Erminsun Girón Valderrama** le fue asignado a la fiscalía primera local de la cual era titular la doctora **Amparo Ramírez Arias**, y así mismo está acreditado que el 29 de diciembre de 2006 el fiscal acusado se auto asignó el expediente que le había sido entregado por reparto a un despacho diferente al suyo, con la excusa de equilibrar una carga laboral que, también se probó, no tenía la desproporción que el fiscal adujo como fundamento de dicha determinación.

En efecto:

Para el año 2006, la fiscalía segunda, de la cual el acusado era titular, tenía a su cargo 453 asuntos, mientras que la primera 188, y en diciembre, a la primera le fueron asignados 40 expedientes y a la segunda 42, lo cual demuestra que la inexplicable pretensión de igualar la carga laboral, así se diga que se hacía en relación con el mes de diciembre, ocultaba una finalidad distinta, pues la descompensación entre los despachos en el índice total era manifiesta. De otra parte, aceptando en gracia de discusión la bondad de la decisión, no existe razón que explique por

qué no se reasignó un asunto al azar, sino precisamente aquel en que estaba comprometido un policía que fungía como escolta del alcalde.

En ese margen, obsérvese que mediante resolución número 0-3605 del 3 de noviembre de 2006, *“por medio de la cual se reglamentan los mecanismos de reasignación de investigaciones”*, el Fiscal General de la Nación dispuso en el artículo segundo lo siguiente:

“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.”

Con dicha resolución por lo demás, se articula la legislación a lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C 873 de 2003, que 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.”

Por lo tanto, el que se haya confiado la competencia al Fiscal General de la Nación y los graves motivos para invocar la reasignación de un proceso, denota el celo por garantizar la independencia, imparcialidad y autonomía, finalidades de la administración de justicia que el acusado perturbó al tomar una determinación que desde el nivel constitucional y legal le estaba prohibida.

De manera que la prohibición expresa para tomar ese tipo de determinaciones, la gravedad de los motivos que se deben alegar y la competencia expresa del Fiscal General de la Nación para resolver, permiten concluir inequívocamente que el fiscal acusado desbordó la órbita de sus atribuciones sustentando su decisión en razones inatendibles con tal de quitarle a la fiscal primera un asunto que fue distribuido legítimamente.

Esas situaciones, cabalmente probadas en el expediente, demuestran sin la menor duda el tipo objetivo y desde la culpabilidad se ofrece evidente, en las condiciones anotadas, que al ex fiscal le era exigible actuar de acuerdo con el orden legal en la medida que podía y debía hacerlo. Por tal razón, ante la contundencia de la evidencia, la condena proferida debe confirmarse.

Tercero. Como se ha explicado, el artículo 372 de la Ley 906 de 2004, exige para condenar que se pruebe, más allá de toda duda, *“el hecho y sus circunstancias”*. Con esa finalidad y

para acreditar el énfasis del injusto y la intensidad del dolo, la fiscalía se empeñó en demostrar la relación entre el fiscal y el alcalde y el interés de éste por incidir en el trámite de los procesos.

En ese propósito se valió de la declaración que por fuera del juicio oral ofreció **Andrés Felipe Hurtado**, la que a manera de prueba referencia fue decretada por el Tribunal, y de los testimonios de los investigadores **Luis Alejandro Barreiro**, **Raquel Gallo Londoño** y **Carlos Andrés Campuzano**, y de los ex candidatos a la alcaldía de Puerto Boyacá, **Luis Evelio López Ospina** y **Leonel Uribe Hernández**.

Al haber sido ultimado, la declaración de **Andrés Felipe Hurtado** ante los funcionarios de policía judicial es admisible como prueba de referencia, de conformidad con el literal d del artículo 438 de la Ley 906 de 2004. La Corte, entonces, debe analizar si es creíble, y si lo es, si lo son los testimonios de los investigadores judiciales y de **Luis Evelio Ospina** y **Leonel Uribe Hernández**, testigos todos que derivan su conocimiento de lo que **Andrés Felipe Hurtado** les comentó.

Pues bien:

En general, la Sala ha indicado que la práctica y legitimidad de la prueba se funda en los principios de contradicción y confrontación que son consustanciales al

juicio oral (*cfr., entre otras, CSJ SP, radicado 36518 del 90 de octubre de 2003 y artículos 16 y 347 de la Ley 906 de 2004*). Sin embargo, de acuerdo con el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, es posible llevar al juicio declaraciones ofrecidas por fuera del debate público, con el fin de probar “*uno o varios elementos del delito, el grado de intervención, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio*”.

En ese margen, **Andrés Felipe Hurtado**, en entrevista que ofreció el 4 de marzo de 2008 a la investigadora **Raquel Gallo**, relacionada con la investigación de conductas distintas a la que se juzga y que el fiscal llamó proceso matriz, no se refirió expresamente a reuniones entre el alcalde y el fiscal ni a la amistad entre ellos, pero si mencionó que algún día que no precisó, acompañó a su novia a entregar 7 millones y medio de pesos a Elías, para que éste a su vez los repartiera a varios funcionarios, y entre ellos al fiscal acusado.

Y aun cuando posteriormente se retractó de esa versión, en una segunda entrevista que le recibió el investigador **Carlos Andrés Campuzano** el 19 de enero de 2011, se refirió al interés del fiscal **CÉSAR FERNÁNDEZ VEGA** por acercarse al alcalde **Luis Evelio López**, padre de su ex compañera sentimental, quien habría propiciado un encuentro entre ellos, sin que pudiera enterarse de lo que allí se discutió y sin

poder precisar, pese a una concreta pregunta al respecto, si el fiscal recibía dineros del alcalde.

Si bien el testigo se retractó de su inicial apreciación, lo cierto es que en la segunda oportunidad se refirió a la amistad entre el alcalde y el fiscal acusado, hecho que en conjunto con los otros medios de prueba que se han mencionado, permite inferir que la declaración de **Andrés Felipe Hurtado** no es inverosímil. En efecto, si no existe ninguna justificación objetiva para explicar el traslado del expediente contra el patrullero de la policía y escolta del alcalde de una fiscalía a otra, entonces la única admisible es la que refiere el testigo, quien por haber convivido con la hija del alcalde estuvo en posibilidad de conocer de la amistad entre el burgomaestre y el doctor **FERNÁNDEZ VEGA**.

Con relación a otros supuestos la prueba de referencia es problemática: de una parte, quienes se refieren a la afinidad entre el alcalde y el fiscal y al interés monetario que los unía, lo hacen con fundamento en lo que el testigo fallecido les habría dicho, pero colocan en su boca expresiones que nunca dijo y que el entrevistado por su gravedad no hubiese ocultado a los funcionarios judiciales que lo entrevistaron. **Luis Evelio López Ospina**, ex candidato a la alcaldía, por ejemplo, aseveró que **Andrés Felipe Hurtado** le comentó que el fiscal era parte de la nómina del alcalde y que mensualmente recibía dos y medio millones de pesos, y el doctor **Leonel Uribe Hernández**, veedor municipal y también ex candidato a la alcaldía, declaró que el testigo le comentó que él pagaba a los fiscales,

algo que además, en su decir, se rumoraba en el pueblo, pero que el testigo nunca mencionó a los investigadores judiciales.

Desde ese punto de vista, **López Ospina** y **Uribe Hernández**, quienes derivan la razón de ser de su dicho del testigo fallecido se refieren a aspectos que el declarante nunca dijo y que de haberlas conocido, seguramente por haber comparecido en mayo de 2008, fecha muy próxima a los hechos que se juzgan, no hubiese ocultado a la investigadora que lo entrevistó. De manera que por tal circunstancia, la declaración de éstos últimos no ofrece la credibilidad necesaria para probar que de por medio estuviera un interés económico en relación con la concreta conducta que aquí se juzga; debido a que, se reitera, la fuente de la que derivan su conocimiento no expresó semejantes afirmaciones ante los funcionarios judiciales.

Por consiguiente, con base en esas dudas insalvables no se puede probar más allá de toda duda que el motivo o el interés para variar la asignación del proceso obedeciese a una retribución económica, y de haberse establecido habría que pensar que si la función se negoció, no se trataría propiamente de un abuso, sino de la venta de la misma. Pero ello no incide en cuanto a la demostración del injusto y la responsabilidad que le compete al acusado, dado que con la prueba de referencia lo que pretendía la fiscalía era acentuar el grado de injusto y la intensidad dolosa del comportamiento, cuestiones acerca de las cuales existe duda, en cuanto al interés económico se refiere.

De manera que es evidente, más allá de toda duda que con la conducta se puso en riesgo la administración de justicia mediante el cambio abrupto del proceso, que según se ha indicado, obedeció a razones distintas a la buena marcha de la administración de justicia.

Cuarto. El Fiscal pretende que se revoque la decisión del Tribunal respecto del subrogado de la suspensión condicional de la pena, amparado en la gravedad de la conducta, concepto que sustenta en el interés del alcalde y en retribuciones económicas de las cuales sería tributario el fiscal.

Esta circunstancia precisamente es la que no se probó suficientemente debido al déficit de la prueba de referencia. Por lo mismo la decisión se confirmará, pues si bien el acto es de suyo grave, la pena que se le asigna refleja la menor magnitud del comportamiento frente a otros atentados contra el mismo bien jurídico que por su intensidad tienen una pena mayor. En esas condiciones, si la razón aducida no fue probada, y ese es el motivo concreto de la impugnación, no existe razón para revocar el subrogado con base en ese argumento.

Por lo expuesto, entonces, la decisión se confirmará por las razones y con las aclaraciones expuestas.

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

RESUELVE:

Primero. Confirmar la decisión de fecha y origen indicados, por medio de la cual el Tribunal Superior de Manizales condenó al doctor **CÉSAR AUGUSTO FERNÁNDEZ VEGA** a las penas indicadas en esta decisión, como autor del delito de abuso de función pública.

Vuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y Cúmplase

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria