

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrados Ponentes

SP672-2017

Radicación 45312

(Aprobado en acta No. 17)

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017).

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Armenia-Quindío condenó a OLGA LUCÍA HURTADO PARRA como autora del delito de prevaricato por acción en concurso con destrucción, supresión u ocultamiento de documento público, y el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial por sentencia de 30 de octubre de 2014 al conocer del recurso de apelación, la absolvió del ilícito contra el bien jurídico de la fe pública pero mantuvo la condena por el relacionado con la administración pública.

Contra el fallo de segundo grado recurrió extraordinariamente la defensora pública de la procesada, y surtida la audiencia de sustentación respectiva, se pronuncia la Corte en sede de casación.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En un proceso fiscal que cursaba en la Contraloría Municipal de Armenia, el 25 de abril

de 2005 OLGA LUCÍA HURTADO PARRA, Coordinadora de Juicios Fiscales de dicho organismo, decidió no acatar lo que había dispuesto la Contralora —como su superior jerárquico y funcional—, de abrir formal investigación fiscal respecto del contratista Alberto Molano Córdoba, y en su lugar archivó el expediente en favor de éste.

Previamente, el 24 de enero de 2005 la procesada había archivado el aludido trámite fiscal y la Contralora al conocer de esa decisión en el grado de consulta por auto de 16 de febrero de ese año suspendió los términos a fin de que se practicaran unas pruebas y devolvió el proceso a la oficina de origen.

No obstante, sin que se recaudar tales probanzas, HURTADO PARRA el 28 de febrero siguiente remitió nuevamente el proceso a su superior con un proyecto de Resolución en la que insistía en el archivo de las diligencias, el cual fue recibido en ésta dependencia el 1° de marzo siguiente, pero la Contralora, el 29 de marzo de 2005, revocó tal decisión y ordenó la apertura de investigación en contra de Molano Córdoba, proveído que, como ya se anotó, revocó la Coordinadora de Juicios Fiscales con el argumento que el archivo había adquirido firmeza al haber transcurrido el término de 30 días sin que la segunda instancia resolviera la consulta.

En el expediente fiscal no obra la decisión de 16 de febrero de 2005 con la cual la Contralora Municipal suspendió los términos en la segunda instancia, la cual era determinante para contabilizar el término transcurrido en el trámite de la consulta.

Ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Armenia, el 16 de enero de 2009, se cumplió la audiencia en la cual el ente investigador le formuló imputación a OLGA LUCÍA HURTADO PARRA por la posible comisión de los delitos de destrucción, supresión u ocultamiento de documento público y prevaricato por acción. La imputada no aceptó los cargos y no se le impuso alguna medida de

aseguramiento.

Presentado el 12 de febrero de 2009 el escrito de acusación por el referido concurso delictual, el 11 de agosto del año en cita se cumplió en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Armenia la audiencia de formulación de cargos.

En ese despacho judicial se surtió el 20 de noviembre de 2009 la audiencia preparatoria en la cual las partes manifestaron no tener interés en hacer estipulaciones probatorias, sin embargo el 26 de septiembre de 2011 acordaron tener como «auténticos y aceptados como pruebas y no sean introducidos en el juicio oral a través de funcionarios que los suscribieron, los siguientes documentos públicos, dando por probado y aceptado que los mismos fueron obtenidos por los funcionarios de la fiscalía que los recolectaron». Así, estipularon, entre otros documentos, el «proceso de responsabilidad fiscal número 001-2004 adelantado contra ALBERTO MOLANO», el cual fue obtenido en fotocopia tras la inspección a la Contraloría Municipal de Armenia por parte del investigador Néstor Ramón Sierra Pérez, así como el casete que contenía el registro visual de tal diligencia.

Finalmente, evacuada la audiencia de juicio oral en varias sesiones, en la diligencia de 21 de febrero de 2012 se anunció sentido de fallo de carácter condenatorio en contra de HURTADO PARRA por los delitos objeto de acusación, día en el cual fue privada de su libertad.

Y por sentencia de 27 de junio de 2012 se declaró su responsabilidad penal al imponerle sesenta (60) meses de prisión, multa de 66,66 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2005 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 221 de la Constitución Nacional —sic—», y se le otorgó la prisión domiciliaria.

En virtud del recurso de apelación elevado por el representante del Ministerio Público y la

defensora de la enjuiciada, ambos abogando por la absolución, el Tribunal Superior de Armenia mediante decisión de 30 de octubre de 2014 revocó parcialmente la sentencia al marginar de la condena el delito de falsedad, pero la mantuvo por el de prevaricato por acción. En consecuencia, redosificó la prisión al fijarla en 48 meses, dejó la misma pena pecuniaria, determinó la inhabilitación ciudadana en 80 meses, al tiempo que marginó la sanción prevista en el artículo 122 de la [Constitución Política](#) porque con el delito no resultó afectado el patrimonio estatal, y por último, mantuvo la prisión domiciliaria.

Según información del a quo, el 28 de mayo de 2015 le fue otorgada la libertad a la procesada por el cumplimiento de la pena.

Contra el fallo de segundo grado la defensora pública de la enjuiciada impugnó extraordinariamente, con la correspondiente demanda de casación, la cual luego de admitida, fue sustentada ante esta Sala.

LA DEMANDA

El tema de la censura gira en torno a la infracción de las garantías de la presunción de inocencia y el debido proceso, porque en criterio de la demandante, los juzgadores consideraron que el delito de prevaricato se materializó al no tener la procesada competencia para revocar la decisión de apertura de investigación fiscal que había adoptado su superior, pero contradictoriamente aceptaron que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley 610 de 2000, le había sido delegada esa función por parte del Contralor Municipal encargado.

Para la defensora, si bien de acuerdo con la Ley 489 de 1998 la delegación debía constar por escrito, no existe una expresa prohibición legal para que pueda darse de manera verbal.

Agrega que como para exonerar de responsabilidad a su representada del delito de falsedad se admitió que no conocía el auto de 16 febrero de 2005 que suspendió los términos para surtir la consulta, ello conduciría a reconocer que no medió dolo para el delito de prevaricato y que lo hizo acatando la orden emitida por el Contralor Municipal.

Por lo tanto, solicita casar el fallo y emitir decisión de reemplazo de carácter absolutorio en favor de su asistida.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. La demandante

Una nueva defensora pública se mantuvo en los criterios expuestos por su antecesora en la demanda para solicitar que ante la ilegalidad del fallo, sea exonerada OLGA LUCÍA HURTADO PARRA de responsabilidad penal.

2. Del representante del Ministerio Público

Considera que la censura no debe prosperar, porque

siguiendo la línea jurisprudencial del punible de prevaricato por acción, según la cual, se estructura por la ilegalidad de la providencia debiendo mediar una manifiesta rebeldía del servidor público entre lo que le ordena la ley y su caprichoso proceder, en este caso no era potestativo de la enjuiciada, como Coordinadora de Juicios Fiscales de la Contraloría Municipal de Armenia, no acatar lo dispuesto por su superior argumentando que ya había transcurrido el plazo establecido para resolver la consulta.

Lo anterior, por cuanto de la Ley 610 de 2000 y del artículo 50 numeral 1° del Decreto 001 de 1984 se establece que el competente para resolver la petición del investigado

fiscalmente era el Contralor Municipal y no la Coordinadora de Juicios Fiscales, por lo cual, agrega, la procesada usurpó funciones, tomando así una decisión contraria al ordenamiento.

3. Del Delegado de la Fiscalía

Se aparta del funcionario que acusó a la procesada del delito de prevaricato por acción y por ende de los fallos de condena emitidos en contra de ella, para mostrar su conformidad con la pretensión de la demandante, porque en su criterio no se demostró el dolo.

Aduce que no se advierte un obrar de corrupción de la funcionaria y no se acreditó su conocimiento y voluntad en violar la ley.

Sostiene que la decisión cuestionada fue emitida en cumplimiento de la orden del Contralor Municipal (encargado), quien le indicó perentoriamente a HURTADO PARRA que debía resolver el asunto en derecho, y por eso ella dio aplicación al artículo 18 de la Ley 610 de 2000, según el cual, si la segunda instancia no se pronuncia en consulta en un mes, la decisión queda en firme.

Que si en gracia de discusión se aceptara una conducta delictiva por parte de la enjuiciada, sería la de abuso de la función pública, cuya acción penal estaría prescrita, además, no podría investigársele por tal comportamiento, porque se infringiría el principio non bis in ídem.

Consecuentemente, insta a la Corporación a casar la sentencia a fin de absolver a la inculpada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Aunque la demandante anhela la exoneración de la responsabilidad penal predicada a OLGA LUCÍA HURTADO PARRA con ocasión de la emisión del auto de 25 de abril de 2005 como Coordinadora de Juicios Fiscales, tal aspiración se ve truncada ante el entendimiento equivocado que tiene de la figura de la delegación de funciones, pero principalmente, porque la contrariedad de tal decisión con el ordenamiento no se basó solo en haber tomado para sí una competencia que no le pertenecía, sino en insistir en el archivo del proceso fiscal, cuando existía mérito para iniciar la respectiva investigación.

1.- Por encontrarse aun en curso el proceso de responsabilidad fiscal en contra de Alberto Molano Córdoba, lo cual impedía su aportación en original al diligenciamiento penal, se practicó inspección en la Contraloría Municipal de Armenia para obtener su duplicación, al tiempo que se tomó un video del estado mismo, con base en ellos la fiscalía y la defensa estipularon tenerlos «como AUTÉNTICOS y aceptados como prueba y no sean introducidos en el juicio oral a través de funcionarios que los suscribieron...» (fol. 173 cuaderno N° 1°).

Según el expediente fiscal, el 7 de octubre de 2004, la Coordinadora de Juicios Fiscales de ese entonces, Lina María Mesa Moncada, dispuso adelantar la correspondiente indagación preliminar en contra de MOLANO CÓRDOBA, porque en su condición de contador público y contratista de la Secretaría de Educación prestó asesoría contable a algunas instituciones educativas municipales de lo cual podía surgir un doble pago. (fol. 40 a 43 c. anexo N° 1).

Aparece también el auto de 24 de enero de 2005 en el cual la nueva Coordinadora de esa dependencia OLGA LUCÍA HURTADO PARRA —nombrada y posesionada el 27 de diciembre de 2004 por la Contralora Municipal Elsa Flórez Restrepo—, ordenó el archivo de la indagación preliminar que se proseguía en contra de Molano Córdoba. (fols. 87 a 91 ídem).

El 31 del mismo mes y año, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 610 de 20001 —normativa que establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal—, la Coordinadora de Juicios Fiscales remitió el proceso a la Contralora Municipal para que se surtiera el grado de consulta, —en el oficio remisario aparece el sello de recibido del mismo día—. (fol. 94 idem).

La Contralora dispuso el 16 de febrero de 2005 suspender los términos procesales y ordenó la devolución del expediente al a quo a fin de recaudar algunas pruebas relacionadas con la auditoria hecha a la Secretaría de Educación y a las instituciones educativas. Tal proveído no aparece anexo al expediente fiscal, el mismo fue ingresado al juicio penal con la declaración de la otrora Contralora Elsa Flórez Restrepo y en él se argumentaba que: «sin que se haya observado el cumplimiento del procedimiento del cobro persuasivo y falta de liquidación total del detrimento patrimonial, por tanto no es procedente resolver el fondo del proceso a través del grado de consulta». (Fols. 176 y 177)2.

El 28 de febrero 2005, sin evacuar las pruebas ordenadas, la Coordinadora de Juicios Fiscales mediante un oficio signado por ella remitió nuevamente el proceso a su superior insistiendo en el archivo de las diligencias «para su revisión y fines pertinente remito a Usted, borrador de Proyección Resolución Grado de Consulta del Auto N° 001-002 de enero de 2005, expediente y diskette». Este oficio tampoco apareció en el original del expediente fiscal, un ejemplar fue incorporado al juicio penal con el testimonio de la Contralora Elsa Flórez Restrepo, en el cual aparece sello de recibido en la Contraloría Municipal con la anotación «1° mar de 2005 hora 6:20» (fol.181 C.O. N° 1).

También aparece en el expediente fiscal la Resolución 048 de 29 de marzo de 2005 mediante la cual la Contralora Municipal al decidir el grado de consulta revocó el auto de archivo y ordenó, en consecuencia, la apertura de proceso de responsabilidad fiscal en contra de Alberto Molano Córdoba. Allí indicó que se advertía un posible detrimento

patrimonial ante el doble cobro por él efectuado «cuando los presupuestos de las instituciones educativas del orden municipal dependen de la secretaría de Educación Municipal». También se destacaba que el valor ascendía a \$1.961.000,00, pero como el investigado había hecho un reintegro parcial de \$102.500,00, la suma correspondía a \$1.858.500,00. (fol. 97 a 104 C. Anexo N° 1).

En abril asumió el cargo de Contralor Municipal encargado, Esteban Murillo Gómez, ante la suspensión disciplinaria de la titular Flórez Restrepo.

El 18 de abril fue notificado el contratista Alberto Molano Córdoba del proceso fiscal que se abría en su contra (fol. 107 C. Anexo N° 1), ese mismo día solicitó al Contralor Municipal encargado «revocar el fallo de segunda instancia proferido por la Dra. Elsa Flórez Restrepo el cual es violatorio de la normatividad vigente por la inexistencia de un debido proceso y vencimiento de términos». (fol. 108 ídem).

Ante ello la procesada, como Coordinadora de Juicios Fiscales, emitió el 25 de abril del 2005 el auto 001-003 en el que se apartó de lo dispuesto por su superior acerca de la apertura de la investigación fiscal y mantuvo el archivo indicando que había adquirido firmeza al tenor de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, el cual establece que si transcurre un mes de recibido el expediente por el superior sin que se haya proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de la consulta.

Argumentó que no era necesario estudiar el escrito del señor Alberto Molano Córdoba, porque la Resolución No. 048 de marzo 29 de 2005 —que revocó el auto de archivo de 24 de enero del mismo año—, había sido proferida 29 días después del plazo fijado por el citado artículo 18, «pues de acuerdo con el oficio CJF 003 de enero 31 de 2005, que envía el expediente para la consulta, recepcionado en la Secretaría del Despacho de la Contraloría en la misma fecha, sólo contaba con el mes de febrero para resolver el grado de consulta».

Así determinó:

«Primero: No acatar lo ordenado en la resolución N° 048 de marzo 29 de 2005 expedida por el despacho de la Contraloría Municipal de Armenia, de acuerdo con la parte motiva de la presente decisión

Segundo: El auto Nro 001-002 de enero 24 de 2005, por medio del cual la Coordinación de Juicios Fiscales ordena el archivo de la Indagación Preliminar N° 001-001 de 2004 adquirió firmeza el 1° de marzo de 2005, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia. (fols. 109 a 112 c. anexo N° 1).

2.- Según el artículo 121 de la Constitución Política, ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley, de esta manera se precisan o acotan las facultades y obligaciones a las que está sujeta, lo que además de generar seguridad jurídica, permite establecer cuando hay una omisión en el ejercicio de la función pública, o extralimitación en la misma.

Sin embargo, la función administrativa puede desarrollarse a través de las figuras de la descentralización, desconcentración y delegación de funciones. Ésta última es la que interesa al caso en estudio, toda vez que la tesis de la defensa radica en que el Contralor Municipal (e) delegó verbalmente en la Coordinadora de Juicios Fiscales la adopción de la decisión cuestionada con la cual se le daba respuesta al investigado fiscal acerca de revocar la decisión de segunda instancia que ordenaba adelantarle una investigación.

El artículo 211 del mismo texto superior establece que la ley fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

A su turno, el artículo 9 de la Ley 489 de 1998 «por la cual se dictan normas sobre la

organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional», establece que las autoridades administrativas pueden a través de acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades.

La Corte Constitucional en C-561/99 al confrontar tal normativa con el texto superior destacó como elementos constitutivos de tal modalidad de transferencia de funciones: i) que se dé por parte del titular de las mismas a otro órgano o autoridad; ii) exista la previa de autorización legal; y iii) el órgano que confiere la delegación pueda en cualquier momento reasumir la competencia.

Por su parte, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 27 de marzo de 2012 (rad 110010326-00020100029) destacó que la delegación es «la figura jurídica por medio de la cual el Estado emprende la acción administrativa enderezada a alcanzar sus cometidos valiéndose de la cesión, previa autorización legal para efectuarla, de ciertas funciones que corresponden a una determinada autoridad pública a otra que las ejerce en nombre de aquella. En virtud de la delegación de funciones, un funcionario u organismo competente transfiere de manera expresa y por escrito, en las condiciones señaladas en el acto de delegación y en la ley, a uno de sus subalternos o a otro organismo, una determinada atribución o facultad, siempre y cuando se encuentre autorizado por ello por la ley».

La misma Corporación, Sala de Consulta y Servicio Civil en decisión de 12 de septiembre de 2013 (rad 11001030600020130039400) precisó que la «delegación requiere la existencia de un acto formal en el cual se señale la decisión del delegante, el objeto de la delegación, el delegatario y las condiciones relativas al tiempo, modo y lugar en las cuales se hará ejercicio de la función delegada. En ese sentido, se debe cumplir con unos elementos constitutivos, consistentes en un presupuesto de forma, uno subjetivo y uno objetivo o material».

Las anteriores precisiones le permiten a la Sala Penal evidenciar que en este caso la postura de la defensa acerca de que la procesada recibió la delegación de funciones por parte del Contralor Municipal encargado, Esteban Murillo Gómez, carece de entidad, porque si bien éste en su declaración en el juicio oral indicó que ante la petición elevada por el investigado fiscal Alberto Molano Córdoba, le solicitó tanto a la Coordinadora de Juicios Fiscales HURTADO PARRA, como al sustanciador Orlando Orrego el adoptar una decisión en derecho, en manera alguna se puede afirmar que con eso investía a su subalterna de las facultades propias de Contralor como para revocar la decisión que ya se había adoptado en segunda instancia.

La defensora confunde una simple instrucción de estudiar el asunto, con el traslado de la competencia privativa del Contralor a la inferior para que asumiera la facultad de revocar la decisión, además, es claro que no medió un acto formal que precisara las funciones a transferir, el tiempo de las mismas, etc.

Deviene diáfano que lo que motivó la expedición de la decisión de abril 25 de 2005 por parte de la enjuiciada fue la petición que hiciera el investigado Alberto Molano Córdoba al Contralor Municipal para que revocara la Resolución 048 de 29 de marzo de 2005 que había ordenado la apertura de proceso fiscal en su contra.

Pero de atender la normativa aplicable al trámite fiscal resulta evidente que aquí OLGA LUCÍA HURTADO PARRA no podía revocar una decisión adoptada por su superior.

Efectivamente, el artículo 2° de la Ley 610 de 2000 señala que en el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se atenderán los principios constitucionales y los fijados en el Código Contencioso Administrativo, y el artículo 66 de la misma preceptiva indica que para llenar los vacíos normativos se ha de acudir en primer lugar al Código Contencioso Administrativo, por eso el artículo 69 del Decreto 01 de 1984, entonces vigente, en relación con la revocatoria de los actos administrativos dispone que únicamente pueden ser

revocados por el mismo funcionario que los expidió o por su superior inmediato y sólo cuando dicho acto es contrario a la Constitución o a la ley, ora porque no está conforme con el interés público o social, o si con él se causa un agravio injustificado a una persona.

Ahora, según el Acuerdo 007 de mayo 21 de 1993 que organizó la Contraloría Municipal de Armenia al establecer que su dirección sería ejercida por el Contralor Municipal, así como el Acuerdo 35 de diciembre 15 de 1995 que creó el cargo de Coordinador de Juicios Fiscales, fijando en el organigrama como su superior inmediato al Contralor Municipal, la procesada era inferior y estaba subordinada al Contralor Municipal, por eso, en clara pretermisión de lo regulado legalmente, revocó lo que había decidido su superior jerárquico y funcional, invadiendo una competencia que no le pertenecía.

Y si bien el abuso de la función pública que resalta el delegado de la Fiscalía como único comportamiento merecedor de reproche penal, estaría dado por esa invasión de funciones, no se trató aquí de la mera apropiación de la competencia asignada al Contralor Municipal por parte de su subordinada para revocar la decisión de adelantar proceso fiscal, sino que fue el medio utilizado para emitir una decisión abiertamente contraria a derecho de mantener el archivo de la investigación.

Precisamente, en relación con las diferencias entre los delitos de abuso de función pública y el prevaricato en CSJ SP, 24 Sep. 2014, Rad. 39279, se indicó que:

El eje de la conducta del delito de abuso de función pública se refiere a una ilegalidad signada por desbordar una atribución funcional que le corresponde ejecutar a otro funcionario, en lo cual radica la ilegalidad del acto. En cambio, en el prevaricato, el sujeto puede ejecutar el acto en el ámbito de su función, pero al hacerlo, infringe manifiestamente el orden jurídico. En otras palabras, mientras en el abuso de función

pública el servidor realiza un acto que por ley le está asignando a otro funcionario que puede ejecutarlo lícitamente, en el prevaricato el acto es manifiestamente ilegal, sin que importe quién lo haga.

A su turno, en CSJ SP, 22 jun. 2016, rad 42720 se resaltó que:

...en el de abuso de función pública la ilegalidad está referida al desbordamiento de una atribución funcional que le corresponde ejecutar a otro funcionario, en tanto que en el prevaricato, el acto desplegado, que bien puede hacer parte de las funciones del servidor público, infringe manifiestamente el orden jurídico.

Ciertamente, el delito por el cual propende el Delegado de la Fiscalía se da cuando un servidor estatal asume facultades distintas de las que le han sido asignadas legalmente, de manera que se apropia de funciones que le corresponde adelantar a otro servidor público, pero en este caso, la invasión de la esfera de competencia de otra autoridad, cuando OLGA LUCÍA HURTADO PARRA asumió arbitrariamente una función pública propia del Contralor Municipal fue la forma de actuar manifiestamente contraria a la ley, y como además insistió en el archivo de la indagación, cuando según lo declaró la Contralora Elsa Flórez, le dijo que se debía abrir investigación en disfavor del contratista Alberto Molano Córdoba, tal proceder corrobora la estructuración del delito de prevaricato.

Se configuraría el fenómeno del concurso aparente de tipos penales entre el abuso de función pública y el prevaricato porque se cumplen los siguientes presupuestos: (i) hay unidad de acción; (ii) el agente perseguía una única finalidad; y (iii) se lesionó o puso en peligro un solo bien jurídico.

Pero de acudir a los principios de subsidiariedad, especialidad y consunción para dirimir tal concurso a fin de no vulnerar el principio non bis in ídem, como el

desbordamiento de la competencia por parte de la procesada fue el medio del cual se sirvió para adoptar la decisión que beneficiaba al contratista, todo el comportamiento se subsume dentro del delito de prevaricato por acción.

De manera que la falta de competencia se constituye en un elemento más de la ilegalidad de la decisión, por ello se ha de considerar el delito de prevaricato no sólo por castigar con mayor severidad la transgresión del mismo bien jurídico, sino porque reprime de manera más precisa y completa el comportamiento de la enjuiciada. Esa invasión de funciones ajenas tendría un carácter secundario a la de emitir el acto contrario al ordenamiento.

En suma, no se trató de una decisión legal por parte de la Coordinadora de Juicios Fiscales al usurpar las funciones del Contralor para que se tipificara únicamente el abuso de función pública, porque además tal acto sirvió para hacer un pronunciamiento arbitrario o caprichoso, distante de la ley al revocar la decisión adoptada por su superior e insistir en el archivo del trámite fiscal.

De otro lado, el acto perverso o corrupto que echa de menos el representante de la Fiscalía para dolerse de la falta de acreditación del elemento subjetivo de la conducta prevaricadora se advierte ante la insistencia de la enjuiciada por archivar la investigación frente a lo que revelaba el diligenciamiento fiscal, favoreciendo de esa manera al contratista Alberto Molano Córdoba, al punto que desdeñó la segunda remisión de 28 de febrero de 2005 que ella hiciera del diligenciamiento a su superior para que se surtiera la consulta, para tener así en cuenta únicamente el primer envío del 31 de enero a fin de mostrar así que el término de 30 días se había superado en la segunda instancia y que por ello el auto de archivo había adquirido firmeza.

La contabilización resulta obvia, si el segundo envío del expediente al superior fue el 28 de febrero de 2005 (recibido el 1° de marzo siguiente), y la resolución de la

Contralora de no ratificar el archivo sino de abrir formal investigación fiscal en contra de Molano Córdoba fue emitida el 29 de marzo de la misma anualidad, es claro que fue adoptada dentro del término legalmente previsto, lo cual denota el amaño de la procesada para insistir en el archivo de la actuación.

Por demás, HURTADO PARRA en su decisión no atendió los argumentos del peticionario para proceder a la revocatoria directa de la resolución que ordenaba abrirle investigación fiscal, ni fundamentó alguna de las causales legalmente previstas para proceder a ello, esto es, si el dar apertura a ese proceso iba en contra de la Constitución Política o de la ley, ora si se afectaba el interés público o social o si se causaba un agravio injustificado a una persona.

Refulgen así circunstancias fácticas distintas a la emisión de la providencia contraria a la ley que denotan el ánimo de la enjuiciada por beneficiar indebidamente los intereses del contratista investigado.

De otro lado, el Tribunal se apartó de lo plasmado en la acusación y en el fallo de primer grado que predicaban la responsabilidad de HURTADO PARRA en la sustracción del auto de 16 de febrero de 2005 de la Contralora Municipal con el cual se suspendieron los términos en el trámite de la consulta, pero la desvinculación de la enjuiciada con el ilícito atentatorio de la fe pública no conlleva per se la misma adopción respecto del delito de prevaricato como lo pretende la defensora.

Ciertamente, para exonerar de responsabilidad penal a HURTADO PARRA del delito de destrucción, supresión u ocultamiento de documento público, el juez plural destacó que no había prueba de la devolución del expediente por parte de la Contralora Municipal a la Coordinadora de Juicios Fiscales, pues sólo obraba una anotación en el libro radicador, pero no la constancia de recibo o un oficio remisorio que acreditara tal envío, ni tampoco obraba en el expediente el auto con el cual se suspendieron los términos de la

actuación en el trámite de la consulta, de manera que se podía «inferir que es altamente probable que la procesada no conociera esa decisión de suspender el término de la consulta» y si no tenía conocimiento de tal determinación, no se le podía atribuir su ocultamiento.

Y se agregó que: «el desorden en la foliatura del expediente fiscal no es un hecho indicador con la fortaleza suficiente para inferir que se sustrajeron piezas procesales del mismo. Esta conclusión se obtiene porque se probó en juicio que en la Contraloría existía desorganización en el manejo de los legajos».

Pero en cuanto al ocultamiento del oficio de febrero 28 de 2005, con el cual la Coordinadora de Juicios Fiscales remitía nuevamente el expediente a la Contralora Municipal con un proyecto de decisión insistiendo en el archivo de la investigación, que también en la acusación y en el fallo de primer grado le fuera achacado como sustraído por ella, concluyó el Tribunal que el duplicado de tal oficio obraba en el cuaderno de copias del expediente fiscal, de ahí que no podía predicarse su desaparición «ya que se hallaba en el legajo donde servía de prueba».

En consecuencia, se tuvo como acreditado el segundo envío del expediente por parte de la Coordinadora de Juicios Fiscales a la Contralora Municipal del 28 de febrero de 2005 (recibido el 1° de marzo), recuérdese que el primero había sido el 31 de enero de 2005), lo cual ratifica que la decisión de 25 de abril del año en cita adoptada por HURTADO PARRA, cuando argumentó que el auto de archivo de 24 de enero de 2005 había adquirido firmeza el 1° de marzo siguiente estaba en contravía de la realidad procesal.

Tal recuento hace ver lo arbitrario y caprichoso de la procesada al apartarse de lo dispuesto por su superior de abrir investigación fiscal en contra de Alberto Molano Córdoba con argumentos que carecían de soporte objetivo al concluir que ya había pasado el término de un mes en el trámite de la consulta, y que por eso había adquirido

firmeza el auto de archivo.

Como lo recalcó el Tribunal, la Contralora Elsa Flórez en su declaración en juicio indicó que le explicó a la Coordinadora de Juicios Fiscales, como empleada de su confianza, las razones por las cuales no debía ser archivado el proceso fiscal ante el doble pago que había recibido el contratista Molano Córdoba, máxime que el reintegro parcial de \$102.000,00 hecho por éste denotaba la ocurrencia de la conducta, de ahí que no pueda afirmarse que se trató de alguna errada interpretación o equivocación de la procesada, pues su insistencia en el archivo del expediente cuando lo devolvió a la Contralora sin haber evacuado las pruebas por ella ordenadas, además de pasar por alto que el contratista Molano Córdoba había hecho un reintegro parcial de las sumas cobradas que por lo mismo demandaba exigir el reintegro total, demuestran su intención de acomodar los hechos para beneficiar al investigado fiscal.

Vista así la realidad del fallo, el cargo no está llamado a prosperar.

Casación oficiosa

La Sala encuentra la necesidad de acudir a la facultad oficiosa que le confiere el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, habida cuenta que se advierte la vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la enjuiciada, específicamente, por la interdicción de la reforma peyorativa cuando en virtud del recurso de apelación interpuesto por su defensora, así como por el Delegado del Ministerio Público contra el fallo de primer grado, ambos abogando por la exoneración de responsabilidad penal, el Tribunal al redosificar la sanción principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, superó el monto fijado por el a quo.

En efecto, el juez de primer grado al momento de dosificar la pena por razón de los delitos concurrentes de destrucción, supresión u ocultamiento de documento público y prevaricato por acción, partió de aquél como ilícito de mayor entidad y, ubicado en el

primer cuarto punitivo, fijó la sanción en el mínimo legal de 48 meses de prisión, a los que adicionó 12 meses por el delito de prevaricato por acción, de manera que al quedar la sanción en 60 meses de prisión, dijo que la pena accesoria de inhabilitación ciudadana quedaba en el mismo lapso.

Sin embargo, como el Tribunal se apartó del delito contra el bien jurídico de la fe pública al exonerar a la procesada del mismo, cuando redosificó la pena para el delito subsistente de prevaricato por acción partió y fijó los mínimos legales, esto es, 48 meses de prisión, multa de 66.66 salarios mínimos legales mensuales y 80 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

De esa manera el juez plural al fijar la inhabilitación ciudadana en 80 meses cuando el a quo por razón del concurso la había fijado en 60 meses conllevó la infracción de la reforma en peor.

A pesar del error en que incurrió el juzgador de primer grado al tomar como delito de mayor entidad el de falsedad, que tiene la misma pena mínima de prisión del prevaricato (48 meses), y desdeñar que éste último ilícito por contemplar legalmente también como principales la pena pecuniaria y de inhabilitación de derechos y funciones públicas adquiría tal categoría³

, el Tribunal no podía aumentar ésta última sanción.

El artículo 31 del texto superior consagra la garantía de la non reformatio in pejus cuando se trate de apelante único, además, la Sala ha enfatizado en que el funcionario judicial de segunda instancia no tiene toda la libertad para decidir, en cuanto no se trata de una nueva oportunidad para emitir un juicio fáctico y jurídico sobre el asunto, sino que su labor consiste en realizar un control de legalidad de la decisión impugnada a partir de los argumentos presentados por el recurrente.

Bajo esta óptica, el instituto de la prohibición de reforma peyorativa como garante de los derechos del condenado impide agravar su situación y prima frente a la vulneración de principio de legalidad, porque en el sentenciado no pueden recaer los efectos de los yerros en que incurren los funcionarios en la labor de administrar justicia.

Aquí aunque también el representante del Ministerio Público interpuso el recurso de apelación, dada su pretensión de absolución de la procesada, debe considerarse a ésta como apelante único, de ahí que no podía desmejorarse su situación, por ello, se impone casar de oficio y parcialmente la sentencia de segundo grado al marginar el aumento de 20 meses de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas que le significó en últimas a la enjuiciada, debiendo por lo mismo quedar tal sanción en 60 meses.

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

RESUELVE:

1. NO CASAR la sentencia por razón del cargo formulado por la defensora de OLGA LUCÍA HURTADO PARRA.
2. CASAR DE OFICIO Y PARCIALMENTE la sentencia impugnada en el sentido de fijar en sesenta (60) meses la pena principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, impuestas a la procesada OLGA LUCÍA HURTADO PARRA.
3. DECLARAR que los restantes ordenamientos del fallo impugnado se mantienen incólumes.

Contra la presente sentencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Aclaración de voto

Rad. 45312

Acta n° 17 del 25 de enero de 2017

Mgs. Ponentes: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Mg. aclara voto: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

El suscrito Magistrado, con el habitual respeto por las decisiones mayoritarias, procedo a consignar las razones del disenso que me llevaron a aclarar el voto en el fallo proferido por esta Sala.

Si bien estoy de acuerdo con la decisión de no casar la sentencia, por cuanto hay material subsistente para soportar la condena, mi postura obedece a que en contra de lo normado en el inciso 4° del artículo 10° y en el numeral 4° del artículo 356 de la Ley 906 de 2004, no se estipularon hechos concretos, sino elementos probatorios al dar como auténticos las copias extraídas del expediente fiscal que cursaba en la Contraloría Municipal de Armenia en contra de Alberto Molano Córdoba.

Pese a que en CSJ SP 15 jun 2016, rad. 47666 se dio una autorización en materia de estipulaciones para que éstas tuvieran por objeto las pruebas, insisto en esta oportunidad que el objeto de un acuerdo de esta especie no ha de ser una prueba sino un hecho.

Para admitir la estipulación de pruebas no es dable acudir a sistemas foráneos, porque en nuestro actual proceso acusatorio, esto es, de lege data, el artículo 356 claramente define que los acuerdos sólo han de versar sobre hechos jurídicamente relevantes o circunstancias fácticas modales, temporales o espaciales.

Ciertamente, bajo los lineamientos de la Ley 906 de 2004 la iniciativa probatoria compete a las partes, pero es dable que Fiscalía y la defensa lleguen a acuerdos para tener por demostrados determinados aspectos útiles a la investigación, con lo cual se agiliza el trámite al prescindir de su controversia en juicio.

En ese sentido, el inciso 4º del artículo 10º del citado estatuto adjetivo señala que las estipulaciones deben versar sobre «aspectos» que no generen controversia sustantiva para las partes y no impliquen renuncia a los derechos constitucionales. A su turno, el artículo 356, numeral 4º ídem, permite que en desarrollo de la audiencia preparatoria las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias, precisando el parágrafo que «se entiende por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias».

Así, las partes pueden convenir dar por demostrado un hecho excluyéndolo del debate probatorio, obviamente con la barrera infranqueable de la razonabilidad, el debido proceso, al derecho de defensa, la buena fe y la lealtad, así como la igualdad, preservando los supuestos que rigen el carácter dispositivo de la prueba.

La única excepción a la anterior regla se relaciona con los artículos 433 y 434 del citado ordenamiento procesal cuando en materia de documentos al disponer que cuando se pretenda que sean valorados como prueba deben presentarse en original como mejor evidencia de su contenido, salvo que se estipule que ello no es necesario.

En este orden, el privilegio de la estipulación no está referido a un hecho, sino en acordar que a la copia de un documento original se le ubicaría con el valor probatorio de éste. El pacto entre las partes no es el contenido del documento ni su autenticidad,

sino la inaplicación de la regla de mejor evidencia.

Excepcionar la regla de mejor evidencia de un documento sólo apunta al valor demostrativo de la copia como si fuera original, sin que ello releve a la parte interesada en la introducción de ese medio, así como de acreditar su autenticidad, para lo cual deberá ajustarse a los métodos de autenticación e identificación de documentos previstos en el artículo 426 ídem5

Aquí, las partes estipularon que no era necesario allegar el original del expediente fiscal dentro del cual obra el proveído cuestionado y tildado de prevaricador, así como los documentos antecedentes que corroboraban tal conducta. En la audiencia preparatoria cumplida el 20 de noviembre de 2009, tanto la Fiscalía como la defensa al anunciar las pruebas que harían valer en la audiencia del juicio oral y público se refirieron, entre otros documentos de ese trámite adelantado en la Contraloría Municipal de Armenia a: i) el auto de archivo adoptado por la procesada el 24 de enero de 2005 en favor del contratista Alberto Molano Córdoba; ii) el proyecto de resolución de 28 de febrero de 2005 remitido por la procesada a su superior mediante oficio del siguiente día; iii) la resolución 048 del 29 de marzo con la cual la Contralora revocó el auto de archivo y dispuso adelantar formal investigación fiscal en contra de Molano Córdoba; iv) el acto de notificación de tal proveído al investigado fiscal y el memorial por él presentado para que se revocará tal determinación; v) el auto 001-003 de 25 de abril de 2005 con el cual la Coordinadora de Juicios Fiscales se apartó de lo dispuesto por su superior y optó por archivar la investigación en favor de Molano Córdoba.

Y aunque en esa audiencia preparatoria a la pregunta del juez si deseaban hacer estipulaciones probatorias para agilizar y dar eficiencia a la audiencia de juicio oral, el fiscal y el defensor manifestaron no tener interés en ello, el 26 de septiembre de 2011

estipularon tener como «auténticos y aceptados como pruebas y no sean introducidos en el juicio oral a través de funcionarios que los suscribieron, los siguientes documentos públicos, dando por probado y aceptado que los mismos fueron obtenidos por los funcionarios de la fiscalía que los recolectaron» estipulando así: «el proceso de responsabilidad fiscal número 001-2004 adelantado contra ALBERTO MOLANO», el cual fue obtenido en fotocopia tras la inspección a la Contraloría Municipal de Armenia por parte del investigador Néstor Ramón Sierra Pérez, y el casete que contenía el registro visual de tal diligencia.

Ese acuerdo de no aplicación de la regla de mejor evidencia si bien permitía la valoración plena del documento en copia, no validaba la pretermisión del trámite de solicitud, decreto e introducción del mismo como prueba de su contenido.

Sin embargo, como tal vicio no recae en todos los documentos, toda vez que a través del testimonio de la Contralora Municipal Elsa Flórez Restrepo fueron introducidos los oficios de 31 de enero y de 28 de febrero de 2005 con los cuales la procesada remitía a su superior el expediente para que se surtiera el grado de consulta, anexando en éste último un proyecto de decisión de archivo de las diligencias, así como el memorando de 7 de junio de 2005 en el que Coordinadora de Juicios Fiscales daba cuenta de tales envíos a la Contralora, estas pruebas, unidas a las de carácter testimonial, permiten predicar que HURTADO PARRA invadió una competencia ajena para emitir una decisión contraria al ordenamiento jurídico.

En efecto, Elsa Flórez en su declaración indicó que ante la incongruencia que advirtió entre la decisión de archivo que le remitió la Coordinadora de Juicios Fiscales con las pruebas obrantes, le explicó a ésta que no era posible procedente tal archivo y que suspendía los términos de la segunda instancia a fin de allegar nuevos elementos probatorios, agregó que le pareció extraño que sin que se allegaran tales probanzas, o se hubiera hecho un análisis jurídico diferente, el 1° de marzo de 2005 HURTADO PARRA le remitió

nuevamente el proceso con un proyecto de resolución ordenando el archivo definitivo, razón por la cual, revocó ese archivo y ordenó abrir investigación fiscal en contra del contratista Molano Córdoba ante un posible detrimento patrimonial al punto que éste había hecho ya un reintegro parcial de dineros.

En cuanto a la decisión adoptada por la procesada revocando tal apertura de investigación fiscal, la excontralora Elsa Flórez precisó que tras regresar a su cargo luego de una suspensión por una investigación disciplinaria, se enteró que el aludido proceso había sido archivado por decisión de la Coordinadora de Juicios Fiscales, y que incluso había sido sustraído el auto de suspensión de términos, así como el oficio mediante el cual se remitía por segunda vez para consulta, y que incluso a la resolución que denegó el archivo le faltaba dos hojas.

También indicó la testigo que ante tal situación, al encontrar que la procesada había desconocido una decisión de su superior al revocar la apertura de la investigación fiscal, cuando tal determinación sólo podía ser adoptada por el funcionario de conocimiento o el superior más no por otros funcionarios, revocó el proveído de su subalterna y ordenó proseguir con la investigación fiscal en contra de Molano Córdoba.

Estos aspectos ratifican que la decisión de HURTADO PARRA no estuvo ajustada a la ley, además con las manifestaciones que en la audiencia de juicio oral hizo Esteban Murillo Gómez, al aseverar que como Contralor Municipal y ante la petición de revocatoria directa presentada por el investigado fiscal, le pidió a la Coordinadora de Juicios Fiscales HURTADO PARRA, como al sustanciador Orlando Orrego adoptar una decisión en derecho, encontró que aquella había revocado lo dispuesto anteriormente por la Contralora, se acredita la usurpación de las facultades de quien dirigía la Contraloría, para proceder así archivar la investigación en pro del contratista.

Por lo tanto, estoy de acuerdo con las conclusiones de la Sala acerca de que HURTADO

PARRA además de usurpar las funciones del Contralor, hizo un pronunciamiento arbitrario y distante de la ley al revocar la decisión adoptada por su superior e insistir en el archivo del trámite fiscal, sólo que insisto, no debieron ser consideradas las “pruebas” objeto de estipulación, condena que como lo explico subsiste con las restantes elementos de juicio.

Así dejo expuestas las razones de mi disenso.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado

Fecha ut supra.

1 18. Grado de consulta. Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio. Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador. Si transcurrido un mes de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de la consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso.

2 Según el artículo 57 de la Ley 610 de 200 en la segunda instancia el superior tiene 20

días hábiles para resolver, pero puede decretar pruebas de oficio, por un término máximo de 10 días, siempre que hubiere acto de imputación.

3 En CSJ SP3397 19 mar. 2014, rad. 38793 se indicó que cuando la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas está llamada a ser impuesta bajo dos modalidades: como principal y accesoria en razón de delitos concurrentes se deben tener en cuenta las reglas del concurso contempladas en el artículo 31 del Código Penal, por ello el sujeto quedará sometido a la del delito que “establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto”, debiendo preferirse la prevista en la modalidad de principal, incrementada en otra cantidad igual.

4 ARTÍCULO 433. CRITERIO GENERAL. Cuando se exhiba un documento con el propósito de ser valorado como prueba y resulte admisible, conforme con lo previsto en capítulo anterior deberá presentarse el original del mismo como mejor evidencia de su contenido.

ARTÍCULO 434. EXCEPCIONES A LA REGLA DE LA MEJOR EVIDENCIA. Se exceptúa de lo anterior los documentos públicos, o los duplicados auténticos, o aquellos cuyo original se hubiere extraviado o que se encuentran en poder de uno de los intervinientes, o se trata de documentos voluminosos y sólo se requiere una parte o fracción del mismo, o, finalmente, se estipule la innecesariedad de la presentación del original.

5 ARTÍCULO 426. MÉTODOS DE AUTENTICACIÓN E IDENTIFICACIÓN. La autenticidad e identificación del documento se probará por métodos como los siguientes:

1. Reconocimiento de la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido.
2. Reconocimiento de la parte contra la cual se aduce.

3. Mediante certificación expedida por la entidad certificadora de firmas digitales de personas naturales o jurídicas.

4. Mediante informe de experto en la respectiva disciplina sugerida en el artículo 424.