



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado Ponente

SP2129-2022

Radicado Nro. 54153

Acta 115

Bogotá D. C., veinticinco (25) de mayo de dos mil veintidós (2022)

I. VISTOS

Procede la Corte a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO**, contra la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2018 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto que lo condenó como autor penalmente responsable de un concurso de delitos de *Cohecho Propio* y tres (3) prevaricatos por acción en la modalidad agravada, a las penas de ciento cincuenta (150) meses de prisión y multa de trescientos cincuenta (350) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

II. HECHOS

En calidad de Fiscal 40 Local de Tumaco (Nariño), adscrito a la Unidad de Reacción Inmediata, JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO, conoció las diligencias seguidas en contra de Carlos Javier Cortés Quiñones, Eusebio Euclides Betancour Valencia, Ignacio Márquez Girón, Eduardo Angulo Borda y Segundo Fidel Orobio Cortés, capturados el 16 de diciembre de 2015 a las 20:50 horas aproximadamente, por personal de la Unidad de Guardacostas de la Armada Nacional, en el área denominada Candelilla de la Mar, del municipio de Tumaco, abordó de dos embarcaciones.

En la primera motonave, denominada "TATIANA" se trasportaban Carlos Javier Cortés Quiñones y Eusebio Euclides Betancour Valencia a quienes incautaron siete mil novecientos noventa (US\$7.990) y mil novecientos noventa dólares (US\$1.990) dólares americanos, respectivamente, y en la que se encontraron 280 kilogramos de cocaína. Abordo de la segunda embarcación, denominada "SAMUEL DAVID" iban Ignacio Márquez Girón, Eduardo Angulo Borda y Segundo Fidel Orobio Cortés a quienes se les incautaron doscientos sesenta y siete (267) kilogramos de cocaína y cuatrocientos noventa (490) dólares a los dos primeros y ochenta (80) dólares al último.

El 17 de diciembre de 2015, el Fiscal BURBANO BURBANO, realizó las siguientes actuaciones:

1. Concedió libertad a Carlos Javier Cortés Quiñones, quien inicialmente se identificó como Carlos Cabezas Cortés, sin presentarlo ante el juez de control de garantías conforme lo ordena el artículo 302 del C.P.P, indicando que en su caso no se configuraba la flagrancia porque en el interrogatorio rendido por Eusebio Euclides Betancour, indicó que aquél, como pasajero accidental, desconocía que en la lancha en la que se transportaba se llevaba la sustancia estupefaciente.

2. Presentó ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Tumaco a Eusebio Euclides Betancour Valencia, Ignacio Márquez Girón, Eduardo Angulo Borja Segundo y Fidel Orobio Cortés, solicitó legalización de captura y les formuló imputación como presuntos coautores del punible de *Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes agravado*, reconociendo a todos la circunstancia de menor punibilidad de la marginalidad o pobreza extrema consagrada en el artículo 56 del Código Penal. Los cargos fueron aceptados por todos los imputados a quienes se afectó con detención preventiva en establecimiento carcelario.

3. Sin someter a control judicial la incautación de la moneda extranjera incautada, ordenó la entrega definitiva de once mil cuarenta (US\$11.040) dólares americanos al defensor de los cinco capturados.

Las anteriores decisiones fueron adoptadas mediando promesa remuneratoria de la organización criminal.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1. El 22 de febrero de 2017, ante el Juez Primero Penal Municipal Ambulante con Funciones de Control de Garantías, la Fiscalía General de la Nación solicitó la legalización de la captura e imputó cargos al doctor JOHNNY ORLANDO BURBANO, en los siguientes términos:

3.1.1 Tres prevaricatos por acción agravados en concurso homogéneo (artículos 413 y 415 C.P.), derivados de: i) la orden de libertad de Carlos Javier Cortés Quiñones, por desconocimiento del artículo 302 del C.P.P.¹; ii) el reconocimiento a los restantes capturados de las circunstancias de marginalidad, ignorancia y pobreza extrema del artículo 56 del C.P. en la audiencia de formulación de imputación del 17 de diciembre de 2015, contrariando la información del proceso y sin elementos probatorios que la sustentaran fácticamente, favoreciéndolos con una rebaja punitiva demasiado alta²; y iii) disponer la entrega definitiva de once mil cuarenta (US\$11.040) dólares americanos.³

¹ Reg. 32:00

² Reg. 34:19

³ Reg. 49:18

3.1.2 Un prevaricato por omisión agravado consagrado en los artículos 414 y 415 del C.P. (reg. 47:50), por no solicitar la legalización del dinero incautado.

3.1.3 Un *Cohecho Propio* consagrado en el artículo 405 C.P. (reg. 01:04:30), pues de la información legalmente obtenida a través de interceptaciones telefónicas se tuvo conocimiento de la existencia de una organización criminal dedicada al tráfico de estupefacientes, captando diálogos en los que se hacía referencia a la aprehensión de sus miembros y donde se prometía la entrega de noventa millones de pesos (\$90.000.000) al Fiscal del caso a cambio de ser beneficiados con decisiones judiciales ilegales, encaminadas a lograr la liberación de uno de los líderes y penas mínimas para los demás.

El imputado rechazó los cargos y se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, la cual fue sustituida por una no privativa de la libertad el 10 de mayo de 2017⁴.

3.2. Se presentó escrito de acusación el 9 de junio de 2017⁵ y el 29 de agosto siguiente se formuló acusación en contra del doctor JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO por las mismas conductas imputadas⁶.

⁴ Fls. 1 ss c.o. 2

⁵ Fl. 26 c.o. 2

⁶ Fl. 71 c.o. 2

3.3. La audiencia preparatoria se llevó a cabo los días 13 y 27 de febrero y 4 de abril de 2018⁷.

3.4. El juicio oral se llevó a cabo en sesiones del 22 al 24 de mayo de 2018⁸. El 26 de julio de 2018 se anunció sentido de fallo condenatorio, se revocó la libertad provisional conforme lo dispone el artículo 450 del C.P.P. y se libró orden de captura⁹. El 15 de agosto de 2018 se celebró audiencia de individualización de pena.

IV. EL FALLO RECURRIDO

El 27 de septiembre de 2018 la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto profirió sentencia en la que condenó al procesado a la pena de 150 meses de prisión y multa de 350 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión, al declararlo autor penalmente responsable de “...un concurso de delitos de *Cohecho Propio* y tres (3) Prevaricatos por acción en la modalidad agravada, de que tratan los artículos 405, 413 y 415 y del Código Penal”¹⁰

Al referirse al delito de prevaricato por acción indicó que las partes estipularon que: i) JOHNNY ORLANDO

⁷ Fls. 107, 109 y 122 c.o. 2

⁸ Fls. 143 ss. c.o. 2

⁹ Fl. 158 c.o. 2

¹⁰ Fls. 188 ss. c.o.2

BURBANO BURBANO, para el momento de los hechos, se desempeñaba como Fiscal 40 Local ante los Juzgados Penales Municipales de San Andrés de Tumaco (Nariño), prestando servicios en la Unidad de Reacción Inmediata (URI) de esa localidad y, ii) que en esa condición, ordenó la libertad de Carlos Javier Cortés Quiñones y la entrega definitiva del dinero incautado.

En relación con la orden de libertad de Carlos Javier Cortés Quiñones indicó que, si bien, los fiscales tienen facultad de controlar la legalidad de las capturas de personas puestas a su cargo y hasta disponer su libertad, ello solo procede en los eventos previstos en el inciso 3° del artículo 302 del C.P.P., como lo precisó la Corte Constitucional al declarar exequible ese precepto, pues el control formal y material de la libertad corresponde al Juez de Control de Garantías y excepcionalmente está deferido al fiscal, previsiones nada novedosas y de manejo cotidiano de los fiscales de las Unidades de Reacción Inmediata.

En el caso de Carlos Javier Cortés Quiñones, había certidumbre de su captura en flagrancia, ya que fue sorprendido abordo de una lancha con estupefacientes (cocaína) pertenecientes a una red criminal dedicada al narcotráfico.

De manera que el Fiscal BURBANO BURBANO antes de otorgar la libertad a Cortés Quiñones debió considerar: i) que su aprehensión fue realizada en pleno desarrollo de la

actividad criminal, acorde con lo reglado en el artículo 301 numeral 1° de la Ley 906 de 2004, y ii) que el delito imputable era el consagrado en el artículo 376 del Código Penal, en la modalidad agravada, lo que comportaba detención preventiva.

Por tanto, en criterio del fallador, el funcionario se reveló arbitrariamente contra la ley, porque asumió una postura caprichosa, fuera del ámbito normativo de su competencia, al disponer unilateral y directamente la libertad de Carlos Javier Cortés Quiñones, sin someter su caso al control de legalidad de la captura ante un juez de garantías, como expresamente lo impone el artículo 302 del C.P.P.

Según el Tribunal, los argumentos del procesado no son de recibo, pues adujo duda respecto de la participación de Cortés Quiñones en los hechos y dijo tener en cuenta la *última ratio* del derecho penal, lo que no lo autorizaba para ordenar la libertad de aquél. También indicó que la policía judicial informó que al parecer Cortés Quiñones era ajeno a la conducta y por eso ordenó el interrogatorio de uno de los capturados, pero no consignó la fuente de esa información, ni está en el reporte del primer respondiente para que arribara a dicha deducción, que según dijo el defensor de los capturados en juicio, fue a petición suya que el funcionario realizó dicho interrogatorio.

El actuar del acusado obedeció a una promesa dineraria de la organización criminal, para obtener la liberación rápida

de Carlos Javier Cortés Quiñones, con lo que “*reprodujo la tipicidad objetiva del delito de prevaricato por acción*” cuando dispuso unilateralmente la libertad de Cortés Quiñones con argumentos insustanciales y sesgados para ocultar la ilegalidad del acto ostensiblemente violatorio del artículo 302 del Código de Procedimiento Penal.

En cuanto a la omisión de legalizar la incautación del dinero encontrado en poder de los capturados, dijo el *A Quo* que el Fiscal vulneró los artículos 82, 83, 84 y 85 del Código de Procedimiento Penal, que lo conminan a solicitar al juez de garantías la suspensión del poder dispositivo como medida cautelar previa a un eventual comiso.

En los términos del artículo 88 procesal penal es factible la devolución del dinero, pero con la intervención del juez de garantías o el juez de conocimiento, acreditando que no se requiere para la investigación o no se encuentra en circunstancias en las que opere el comiso.

Frente al prevaricato por omisión por no legalizar la incautación del dinero ni solicitar la suspensión del poder dispositivo con fines de comiso, expuso el Tribunal que desde la perspectiva de la “teoría de la acción final”, no es posible endilgar dos conductas punibles atentatorias del mismo bien jurídico, una por acción y otra por omisión. Si la conducta del funcionario estaba orientada a devolver las divisas, resultaba necesario que así procediera. Se presentó un concurso aparente de tipos, que debe resolverse con

fundamento en el llamado principio de consunción, en favor del prevaricato por acción, pues la devolución del dinero configura el punible de prevaricato por acción agravado, pues esa conducta se realizó por fuera de los rigorismos legales.

El Fiscal debió observar los datos erróneos del contrato de compraventa de una embarcación que se le allegó para justificar el dinero en poder de Cortés Quiñones por una suma cercana a los 8.000 dólares.

Respecto de los dineros decomisados procedía la incautación con fines de comiso, pues aparte de estar vinculados con actividades narcotráfico, Eusebio Euclides Betancour confesó haber recibido \$300.000 pesos por su gestión delictuosa. El Fiscal acusado estaba obligado a requerir las medidas restrictivas del artículo 83 de la Ley 906 de 2004, deber que rehusó sin justificación, constituyendo el paso previo a la devolución del dinero al abogado, estructurando el delito de prevaricato por acción.

En cuanto al reconocimiento de la atenuante de marginalidad a favor de los capturados cuando formuló imputación, señaló el *a quo*, que no existía soporte fáctico o probatorio que demostrara su concurrencia.

Indicó que el acusado, dio un ventajoso trato punitivo a los imputados, actuando en contravía de las pruebas que obraban en las diligencias, con el argumento que eran

pescadores de la región. No obstante, fueron capturados en embarcaciones no diseñadas para labores de pesca, sino tipo “*flipper*”, con potentes motores, utilizadas en la zona para el transporte de drogas al exterior. También se desconoció que llevaban una importante suma en moneda extranjera, lo que patentiza el punible de prevaricato por acción por el desconocimiento del artículo 287 procesal penal que determina las reglas para la formulación de la imputación.

El *a quo* expuso que existían circunstancias que permitían inferir con certeza que BURBANO actuó con conocimiento de causa y voluntad dolosa de orientarse jurídicamente en contra de la ley.

Consideró que las condiciones en las que Carlos Javier Cortés Quiñones fue privado de su libertad es un evento que cotidianamente manejan los funcionarios de las Unidades de Reacción Inmediata. El fallo de exequibilidad condicionada del artículo 302 procesal penal (sentencia C-591 de 2005), tenía más de 10 años de vigencia. La irregular liberación fue un acto preacordado entre el Fiscal y el defensor, quien lo abordó el 16 de diciembre de 2015 para indicarle que recibiera el interrogatorio de Eusebio Betancour Valencia, después concertaron las audiencias preliminares, cobrando relevancia la afirmación del encausado de que se produjo una “*imputación preacordada*”, hecho indicador de la “*oportunidad para delinquir*”. De esas conversaciones se derivó la orden de libertad de Cortés Quiñones y la

imputación a los demás capturados con el reconocimiento de la “*diminuyente*”, situación que revela el dolo.

Los trámites eran de fácil entendimiento para el procesado, que desde el año 2010 se encontraba vinculado a la institución y como fiscal de la URI sabía que los elementos incautados destinados para la ejecución del delito deben ser objeto de comiso.

Para el Tribunal, perfeccionan el cargo de prevaricato las interceptaciones telefónicas realizadas por la Fiscalía, en las que se habló de la necesidad de entregar noventa millones de pesos al defensor, para que lograra que el fiscal concediera la libertad a uno de los líderes de la organización, rebajara penas a los demás capturados y devolviera el dinero incautado, configurando el hecho indicador de “*interés o móvil económico*” para realizar las conductas prevaricadoras.

El dolo con el que actuó el Fiscal no se desvirtuaba por los hechos alegados por su defensa, referentes a que otros fiscales en eventos y delitos similares han reconocido las circunstancias del artículo 56 del C.P., para facilitar la terminación anticipada del proceso, pues no se estableció si en esos casos se contaba con los elementos probatorios para su acreditación.

Frente al delito de *Cohecho Propio*, el A Quo argumentó que la Unidad de Fiscalía Especializada adelantaba una investigación para establecer y desarticular una

organización criminal dedicada al tráfico de estupefacientes a la que pertenecía Carlos Javier Cortés Quiñones, lo que permitió a la Armada Nacional detener dos embarcaciones cargadas con cocaína en la noche del 16 de diciembre de 2015, en el área de Candelillas de la Mar, en el Municipio de Tumaco.

En las interceptaciones telefónicas se escuchó que la organización fue enterada de dicha aprehensión y de las gestiones que emprendieron para entregar noventa millones de pesos (\$90.000.000), a quien estaba a cargo de la investigación, para lograr la excarcelación de uno de los capturados con rango dentro de la organización y garantizar una beneficiosa imputación a los restantes que les permitiera purgar penas inferiores a 4 años.

En dichas comunicaciones se indicó que el abogado de los capturados adelantaba los contactos con el funcionario encargado de cumplir el convenio, como en efecto ocurrió. Prueba de ello es que el litigante asistió al interrogatorio del indiciado Eusebio Betancour, con fundamento en el cual el funcionario emitió posteriormente la citada orden de libertad.

Así mismo, se estableció en el juicio que de las conversaciones preliminares entre el fiscal y el abogado surgieron los términos de la imputación a los demás capturados, lo que permitió aconsejarlos profesionalmente para que se allanaran a los cargos, dadas las dobles rebajas

que obtendrían por la gracia del fiscal de reconocerles la atenuante punitiva.

Concomitante con ello, señala el Tribunal, están las interceptaciones telefónicas que evidencian las gestiones para la movilización de la millonaria suma con destino al fiscal del caso, y el parte de victoria por la liberación de Cortés Quiñones.

Adujo que el *Cohecho Propio* y los prevaricatos están relacionados y sólo se explican por la aceptación de la promesa remuneratoria, y para la estructuración del primero no se requiere la entrega efectiva del dinero o la utilidad.

V. APELACIÓN

La defensa interpuso recurso de apelación.

Expresó que los derechos fundamentales del procesado se quebrantaron groseramente al ser condenado injustamente por delitos cuya materialidad no se probó y sin derruir la presunción de inocencia.

5.1. La nulidad.

Solicitó que se declarara la nulidad de la sentencia por desconocer el principio de congruencia (art. 448 del C.P.P.),

dado que en el fallo se introdujeron situaciones de hecho no imputadas en el llamamiento a juicio, en razón a que:

1. Al acusado se le censuró que dispuso la libertad de Carlos Javier Cortés Quiñones, con orden del “17 de diciembre de 2015” y el fallo refiere que esa determinación se adoptó el “20 de noviembre de 2010”, fecha que ninguna relación guarda con los hechos atribuidos.

2. El fallador “*sorprendió al procesado con hechos que no le fueron deducidos en el pliego de cargos*” y frente a los cuales no tuvo la oportunidad de controvertir, tales como (i) *la última ratio de derecho penal*, (ii) la duda que se generó sobre la participación del liberado Cortés Quiñones en el delito, y (iii) la información policial que le alertó sobre la posible ajenidad de aquél; aspectos que no hacían parte del núcleo fáctico del llamado a juicio y sobre los cuales “*no fue interrogado*” y no se defendió.

3. La condena del prevaricato por acción por el reconocimiento de la circunstancia de marginalidad se basó en hechos y aspectos no señalados en la acusación haciendo referencia a “*embarcaciones de gran potencia empleadas para el tráfico de estupefacientes*”, para indicar que el procesado debió “*intuir*” que no se trata de pescadores en pobreza extrema.

Insiste, que el Tribunal varió elementos esenciales de la imputación fáctica, vulnerando su garantía fundamental a

la defensa material, en tanto fue sorprendido con hechos y circunstancias que no se dedujeron en la acusación.

Indicó el defensor que en la Ley 906 de 2004, la imputación tiene vital importancia, pues una vez formulada determina la vinculación del indiciado, permite a las autoridades afectar su libertad y bienes y traza los linderos de la acusación, al tiempo que encausa la estrategia defensiva.

Consideró que el Tribunal vulneró el debido proceso lo que solo podía superarse declarando la nulidad, la cual debía comprender la sentencia de primer grado a efectos de que se profiera la decisión que en derecho corresponda con apego absoluto a la imputación fáctica y lo probado en el juicio.

5.2. Censuras al fallo de condena

Subsidiariamente solicitó que se profiera sentencia absolutoria porque no se acreditaron las conductas punibles ni la responsabilidad penal del procesado, o, en su defecto, por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

En relación con la orden de libertad de Cortés Quiñones, precisó que si bien la ley obliga a la Fiscalía a presentar a los capturados ante el juez de control de garantías dentro de las 36 horas siguientes para que verifique la legalidad del procedimiento, también el

ordenamiento faculta al fiscal a ordenar la libertad en circunstancias excepcionales, como lo prevé el artículo 302 procesal, y así procedió BURBANO tras desvirtuar la participación en los hechos de Cortés Quiñones, con base no solo en labores de investigación adelantadas por el despacho, sino con la declaración de Eusebio Betancour Valencia, quien expuso que el primero era ajeno a la conducta desplegada.

Se estaba ante una eventualidad en la que el fiscal podía resolver autónomamente sobre la libertad del capturado sin intervención del juez de control de garantías, puesto que en el caso de Cortés Quiñones no se presentaron los supuestos de flagrancia (artículo 301 de la Ley 906 de 2004), por ende, BURBANO BURBANO se vio compelido a decretar la libertad para restablecer la garantía del afectado por una aprehensión ilegal (artículos 32 superior y 295 procesal penal), por lo que su comportamiento era atípico, pues bajo esas circunstancias resultaba innecesario un análisis subjetivo, lo cual derruía la existencia del prevaricato por acción.

Negó que a Cortés Quiñones se le tuviera como jefe de una banda delincencial, pues hasta ese momento solo era un pasajero accidental, ajeno a la actividad ilícita, como lo afirmó Eusebio Betancour Valencia en interrogatorio.

Tampoco se demostró más allá de toda duda que el procesado hubiere aceptado promesa remuneratoria para

obrar en ese sentido, ni que fuera un funcionario con experiencia, pues en ese momento contaba con 7 meses adscrito a la URI Seccional Nariño.

En cuanto al reconocimiento sin sustento de la circunstancia de marginalidad, señaló que en un Estado Social de Derecho, existe una protección reforzada de ciertas personas por las condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad. Y en materia penal el legislador introdujo figuras como las previstas en el artículo 56 del Código Penal, en aras de salvaguardar a esas personas cuando su condición influya directamente en la comisión del delito.

De acuerdo con la jurisprudencia, estas condiciones deben alegarse en la audiencia de imputación, de cara a un allanamiento, a efectos de que se surta el debate correspondiente, por cuanto posteriormente no se podrían aducir. Y si bien se puede decir que debió ser más amplio el análisis, ello carece de la potencialidad para fincar un obrar doloso de prevaricato.

Afirmó que su defendido no desconoció la imputación en los términos de los artículos 286 y 288 de la Ley 906 de 2004 ni el artículo 56 del Código Penal para reconocer la circunstancia de marginalidad, pues no solo comunicó adecuadamente los cargos, sino que halló demostrado que tal obrar estuvo condicionado por el estado de pobreza e ignorancia de unos humildes pescadores, los cuales decidieron prestar su concurso para la comisión del delito,

que por las razones señaladas imponía dispensarles un trato más benévolo.

Además, dada la proximidad de la audiencia de imputación no contaba con mayores elementos de acreditación, diversos a los que mediante actos urgentes se recaudaron. No era posible adentrarse en profundos análisis cuando ya había obtenido el convencimiento con los elementos a su disposición, pues es sabido que las embarcaciones pertenecen a la organización y el dinero correspondía al pago por el trabajo.

De otra parte, no se trataba de un hecho aislado e inusual que el procesado reconociera la marginalidad, dado que era una práctica común en ese tipo de comportamientos, dadas las extremas condiciones de pobreza de los habitantes de la zona agobiados por la falta de trabajo y oportunidades.

De manera que desde el punto de vista objetivo y aún el subjetivo, no existe la menor posibilidad de subsumir esa conducta en el prevaricato por acción.

En relación con la sustracción voluntaria de la obligación de disponer el comiso del dinero incautado y proceder a su devolución, el recurrente indicó que según el artículo 90 de la Ley 906 de 2004, la decisión de decretar el comiso se adopta en la sentencia o en la providencia que ponga fin al proceso.

Luego de aludir a los artículos 83, 84 y 88 ídem, alegó que en principio corresponde al director de la investigación decidir sobre la procedencia de la devolución de los bienes incautados. Por tal motivo, el interesado debe deprecarlo ante él y de negarse, solicitarlo al juez de Control de Garantías. Por tanto, el fiscal puede devolver los bienes y recursos incautados a quien tenga derecho a recibirlos, cuando se demuestre esa calidad, no sean necesarios para la indagación o investigación y no se encuentre en alguna circunstancia en la cual procede su comiso.

El procesado estimó que el dinero incautado no guardaba nexo con el delito, a partir del contrato de compraventa de una embarcación, que le dio solidez a la declaración de Eusebio Betancour sobre la presencia de Cortés Quiñones como pasajero extraño al despliegue delictivo, de manera que al amparo de dichas normas, consideró innecesario adelantar diligencia de legalización con fines de comiso ante un juez de control de garantías.

Aseveró que esa suma, cuyo origen lícito se demostró, no pertenecía a un penalmente responsable, sino a Cortés Quiñones, un *extraneus* a la actividad ilícita. No provenía ni era producto de la conducta punible ni instrumento para ejecutar el delito, de ahí que al fiscal BURBANO BURBANO no estuviera atado a las exigencias del artículo 82 procesal penal, para aplicar alguna medida cautelar, por lo cual ordenó la entrega definitiva al reclamante.

Esa fue la comprensión que el procesado tuvo del tema y aun si se considerara equivocada, se descarta la existencia de dolo como componente de la tipicidad subjetiva, pues el juicio ex ante, indica que el acusado actuó sin conocimiento y voluntad de lesionar el bien jurídico de la administración pública, lo que se deduce de las razones plasmadas en las referidas decisiones que denotan su entendimiento de los referentes normativos de cada actuación, condicionados a su elemental experiencia en el cargo que desempeñaba para el momento de los hechos.

Consideró que resultaba inadecuada la construcción de indicios de oportunidad para delinquir o interés o móvil, pues las reuniones con el defensor en su despacho y otra en la antesala de la audiencia no denotan que estuviera permeado por la corrupción; sino que se suscitaron para recibir el interrogatorio de uno de los capturados y para radicar la solicitud de devolución de los bienes no afectados con medida de incautación.

En cuanto a las interceptaciones de comunicaciones, estas no dan cuenta que BURBANO BURBANO hubiese aceptado promesa remuneratoria o fuera su destinatario. La debida escucha, dice el demandante, permite concluir que los dineros debían ser entregados al defensor, por lo cual se desconoce si éste empleaba tales emolumentos para su exclusivo beneficio engañando a sus clientes, tal como se demostró en algunos casos en los que abogados de la región exigen expensas a sus representados, haciéndoles creer que

están destinados a convenir acuerdos ilícitos con los funcionarios judiciales.

En relación con el delito de *Cohecho Propio* precisó que no se demostraron los elementos normativos que lo estructuran. En las conversaciones interceptadas no se menciona al procesado, y si bien aluden a la gestión de recursos para un fin, no acreditan la aceptación de una promesa remuneratoria ni las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dieron, pues no están identificadas las personas que fungirían como intermediarios para materializar la entrega de los recursos ofrecidos. No se probó que entre el abogado y el fiscal existiera algún contubernio enderezado al logro de dicho delito; y no se concretó de qué manera se evidencia el dolo, lo que impide hacer un reproche válido al procesado frente a este delito.

Consideró que las “*endebles*” construcciones indiciarias del *a quo* no logran llevar al convencimiento para condenar, porque no son directas, unívocas y certeras, se basan en hechos indicadores que no se compadecen con la fortaleza que requieren las premisas de ese silogismo lógico-jurídico, que conducen a conclusiones igualmente desacertadas.

La Fiscalía estaba en la posibilidad de verificar que el procesado era la persona mencionada en las conversaciones, y no lo hizo, luego la judicatura no puede suplir las omisiones investigativas, menos hacerlo a partir de indicios

no concluyentes, pues si es por recibir a los abogados de la defensa antes de las audiencias preliminares, ofrecerles un preacuerdo o posibilidad de allanarse a los cargos bajo una imputación más benévola, no habría en el país fiscal que no fuera visto sin sospecha.

Para finalizar, consideró que a nivel objetivo y subjetivo no se configuraban los delitos de prevaricato por acción, y si así lo consideraba el Tribunal, no se acreditaba el cohecho dada la debilidad probatoria sobre la materialidad de la conducta. De no merecer la absolución por plena inocencia la alcanzaba por la duda.

VI. TRASLADO DE NO RECURRENTES

6.1. El representante del Ministerio Público manifestó en concreto:

Frente a la solicitud de nulidad de la sentencia por desconocimiento del principio de congruencia:

La primera censura se edifica sobre un error formal en el que incurre el *a quo*, cuando citó el “20 de noviembre de 2010” como la fecha en que se libró la orden de libertad, pues la estructura argumentativa deja claro que los sucesos datan del “16 de diciembre de 2015” y la orden de libertad tachada de prevaricadora, el “17 de diciembre de 2015”, tal como se reseña en los hechos cuando se da cuenta que la orden de

libertad fue objeto de estipulación, e incluso cuando se refiere a la tipicidad del prevaricato a partir de la expedición de la misma. No es más que un *lapsus calami* del *a quo*.

Respecto del empleo de otros argumentos como la *última ratio* del derecho penal y la duda que se generó sobre la participación, indicó que no comparte ese tópico, pues si bien el *a quo* efectuó esta referencia para delimitar el concepto de violación del artículo 302 de la Ley 906 de 2004, hizo un desarrollo del alcance de la norma para destacar los eventos en los que procede la libertad a instancia del fiscal.

De otra parte, la Fiscalía fue puntual en señalar que Cortés Quiñones fue sorprendido en flagrancia desde el punto de vista objetivo y en la acusación dejó en claro que las consideraciones de tipo subjetivo que impliquen una valoración no podían sustentar la orden de libertad.

En cuanto al prevaricato fundando en el reconocimiento de la circunstancia de marginalidad prevista en el artículo 56 del Código Penal, disiente de la postura de la defensa en razón a que se acreditó que los capturados se desplazaban en embarcaciones, llevando una cantidad importante de estupefacientes al servicio de una organización criminal, por ende, no resultaba descabellada la conclusión del Tribunal de que no se trataba de ciudadanos que estaban cobijados por esa circunstancia.

Considera que la congruencia fáctica no fue desconocida por el *a quo*, por lo cual se abstiene de hacer referencia a los presupuestos para que proceda la nulidad.

En punto de las censuras al fallo de condena en relación con el delito de prevaricato por acción agravado, considera que, contrario a lo estimado por la defensa respecto a la libertad de Cortés Quiñones, no concurre ninguna de las causales previstas en el artículo 302 procesal penal, para considerar atípica la conducta, pues es criterio sentado que cualquier discusión que supere la comprobación meramente objetiva escapa al control de legalidad de la Fiscalía y por ello debe ser resuelta por el juez de control de garantías. Si bien la versión de otro capturado excluía su participación, ese aspecto debió ser sometido a valoración del juez de garantías.

En relación con el reconocimiento de la circunstancia de marginalidad expuso que los elementos en los que fundamentó el acusado su decisión, esto es, las actas de derechos de captura, reseñas, descripción de los imputados y formatos de arraigo, lejos de estructurar esa circunstancia, resaltan la ausencia de soporte probatorio para ese efecto, pues no todo pobre, marginal o ignorante puede ser acreedor al reconocimiento de dicha circunstancia.

De otra parte, a la norma no se le puede dar la interpretación que le otorga el defensor, esto es, que esa circunstancia solo se puede reconocer en la audiencia de

imputación, pues de encontrarse demostrada con posterioridad puede incluirse en la respectiva acusación.

En este caso, los elementos de acreditación son débiles y no dan cuenta en forma puntual de ninguno de esos eventos, tornando ilegal el proceder del acusado al reconocer la marginalidad sin soporte probatorio alguno. Además, esas condiciones quedan excluidas porque se trataba de personas al servicio de una organización criminal a quienes se les incautó un importante monto de dinero, sumado a la cantidad y naturaleza de la sustancia encontrada.

En cuanto a la sustracción voluntaria a disponer el comiso del dinero incautado y proceder a su devolución, disiente de la defensa, pues al menos de manera probable y razonada se advertía que era un medio o instrumento de la ejecución del delito.

Consideró que aun si en gracia de discusión se aceptara que el dinero de Cortés Quiñones podía devolverse, no puede decirse lo mismo de los restantes capturados. Además, el soporte aportado para justificar la licitud del dinero no desvirtúa la sospecha sobre su origen ilícito, dado que se trata de un contrato de compraventa de una embarcación con datos que no corresponden a aquél.

Estimó que se imponía al acusado legalizar el procedimiento de incautación del dinero, de lo que se sigue

que su conducta surge abiertamente ilegal, configurando el prevaricato por acción agravado.

En relación con el delito de *Cohecho Propio*, indicó que la duda resulta disuelta a partir de la prueba indiciaria, en especial de las conductas tachadas de prevaricadoras y de las interceptaciones telefónicas a la organización criminal, de donde se pudo establecer que para tratar de evitar la judicialización se ofrecerían noventa millones de pesos al fiscal del caso y fruto de esa gestión ilegal se logró que la persona de mayor importancia fuera dejada en libertad y los restantes recibieran una pena menor.

Si bien en las comunicaciones interceptadas no se relaciona al procesado en forma concreta, lo cierto es que lo prometido en las mismas se vio materializado en las conductas tachadas de prevaricadoras y, aunque el defensor negó haber hecho pago alguno al Fiscal, aceptó en forma expresa que acordó con éste oír en interrogatorio a uno de los capturados y su declaración permitió dejar en libertad a Cortés Quiñones.

Igualmente, previo a las audiencias preliminares, acordaron los términos de la imputación, actos que por sí solos no llaman la atención, pero analizados en ese contexto corresponden a la gestión ilícita de la que dan cuenta las interceptaciones.

Para el Ministerio Público, los hechos indicadores referidos por el Tribunal tienen fortaleza, porque se desprenden de aspectos objetivos probados en la actuación, directos, inequívocos y certeros, pues solo el acusado en calidad de fiscal tuvo acceso a dichos asuntos, lo prometido se materializó en conductas abiertamente ilegales y existe correspondencia entre lo anunciado y lo ocurrido, entonces ningún asomo de duda existe; por el contrario se comprueba el dolo pues el acusado obró con conocimiento y voluntad de la promesa remuneratoria para ejecutar actos contrarios a sus deberes oficiales.

Solicitó negar las pretensiones del recurrente y en su lugar confirmar la decisión impugnada.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 32.3 de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

En el mismo orden en que el apelante planteó el recurso, la Sala abordará el estudio de los motivos de inconformidad.

7.2. Nulidad-Principio de Congruencia

La defensa solicita la nulidad de la sentencia por quebranto al principio de congruencia, en concreto por tres razones: (i) mención en la sentencia de una fecha diferente (“17 de diciembre de 2015”), a la de aquélla en que el Fiscal acusado expidió la orden de libertad de Cortés Quiñones (“20 de noviembre de 2010”); (ii) consignación de hechos que no hicieron parte del núcleo fáctico por el que fue llamado a juicio (la última ratio de derecho penal, la duda sobre la participación del liberado Cortés Quiñones en el delito, y la información policial que le alertó sobre la posible ajenidad de aquél); y (iii) condenar por prevaricato por acción en el reconocimiento de la circunstancia de marginalidad basado en hechos y aspectos no señalados en la acusación (referir que las embarcaciones de gran potencia usadas para el tráfico de estupefacientes, eran indicativas de que no se trataba de pescadores en pobreza extrema).

En relación con el principio de congruencia, ha dicho la Corte desde la sentencia del 25 de mayo de 2016, SP6808–2016, radicado 43837 que “...es una garantía del derecho a la defensa porque la exigencia de identidad subjetiva, fáctica y jurídica entre los extremos de la imputación penal, asegura que una persona sólo pueda ser condenada por hechos o delitos respecto de los cuales tuvo efectiva oportunidad de contradicción”.

Este postulado implica que la sentencia guarde correlación con la acusación en sus tres componentes básicos. Personal: identidad entre los sujetos acusados y los sentenciados (es absoluta). Fáctico: correspondencia en los hechos jurídicamente relevantes fijados en la acusación con los que sirven de sustento al fallo (también es absoluta). Y jurídico: consonancia en la denominación jurídica de uno y otro acto¹¹, tiene carácter relativo (el juez puede condenar por delitos diferentes a los contemplados en los cargos de la acusación, siempre que la pena sea inferior). De manera que el fallador no puede sustentar su decisión de condena incluyendo acciones o circunstancias que, aunque se encuentren probadas en el plenario, jamás hayan hecho parte de la imputación fáctica¹².

Siguiendo los derroteros fijados desde la decisión SP6808–2016, esta Sala ha reiterado que el principio de congruencia conforme lo dispone el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, ha de verificarse entre la acusación y la sentencia (AP5652-2021, radicado 58932; SP592-2022, radicado 50621, entre otras).

Además de lo anterior, también ha sido reiterativa la Corte en sostener, que *“se quebranta la congruencia entre acusación y fallo por acción o por omisión, cuando: i) Se condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación, ii) Se condena por un*

¹¹ Sentencia del 4 de abril de 2001, Radicado 10868

¹² Sentencia del 1º de noviembre de 2007, Radicado 23734

delito no mencionado fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación, iii) Se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, una circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad, y iv) Se suprime una circunstancia, genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la audiencia de formulación de la acusación. Igualmente ha precisado¹³, que en la acusación pueden suprimirse hechos incluidos en la imputación, si ello resulta favorable al procesado, como cuando: (i) Se eliminan circunstancias genéricas o específicas de agravación; (ii) Son suprimidos aspectos fácticos y, por ello la conducta se adecua a un tipo penal menos grave, siempre y cuando ello no implique indefensión; (iii) Se dan por probados los supuestos de hecho de circunstancias genéricas o específicas de menor punibilidad, que no habían sido consideradas, etcétera. Desde luego, para que la Fiscalía varíe la imputación en el sentido de incluir nuevos delitos e, incluso, opte por otros más graves (artículo 351 de la Ley 906/04) debe realizar una audiencia de imputación adicional” (AP3253-2021, radicado 59652).

Recientemente esta Sala insistió que “*la imputación fáctica no puede ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, de manera que el núcleo central se mantenga desde la formulación de imputación hasta la sentencia*” (SP660-2022, radicado 58850).

¹³ Cfr. CSJ SP, 5 jun. 2019. Rad. 51007.

En el presente caso no se observa quebranto alguno al principio de congruencia. Lo que si se advierte es una confusión del abogado defensor frente a los conceptos de imputación fáctica, hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba.

Para esclarecer las censuras realizadas al fallo de primer grado, en cuanto a las nulidades deprecadas, basta recordar las definiciones que de dichos conceptos dio la Corte en sentencia SP3168-2017 (radicado 44599):

“El concepto de hecho jurídicamente relevante

*“Este concepto fue incluido en varias normas de la Ley 906 de 2004. Puntualmente, los artículos 288 y 337, que regulan el contenido de la imputación y de la acusación, respectivamente, disponen que en ambos escenarios de la actuación penal la Fiscalía debe hacer **“una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes”**.*

“La relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal. [...]

*“En el mismo sentido, el artículo 337 precisa que la acusación es procedente “cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que **la conducta delictiva** existió y que el imputado es su **autor o partícipe**”¹⁴.*

“Como es obvio, la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad.

¹⁴ Negrillas fuera del texto original

“También es claro que la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera.

[...]

“Por ahora debe quedar claro que los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales [...]

“La diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, “hechos indicadores” y medios de prueba

“Es frecuente que en la imputación y/o en la acusación la Fiscalía entremezcle los hechos que encajan en la descripción normativa, con los datos a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, e incluso con el contenido de los medios de prueba. De hecho, es común ver acusaciones en las que se transcriben las denuncias, los informes ejecutivos presentados por los investigadores, entre otros.

“También suele suceder que en el acápite de “hechos jurídicamente relevantes” sólo se relacionen “hechos indicadores”, o se haga una relación deshilvanada de estos y del contenido de los medios de prueba.

“Estas prácticas inadecuadas generan un impacto negativo para la administración de justicia, según se indicará más adelante.

[...]

“Lo anterior no implica que los datos o “hechos indicadores” carezcan de importancia. Lo que se quiere resaltar es la responsabilidad que tiene la Fiscalía

General de la Nación de precisar cuáles son los hechos que pueden subsumirse en el respectivo modelo normativo, lo que implica definir las circunstancias de tiempo y lugar, la conducta (acción u omisión) que se le endilga al procesado; los elementos estructurales del tipo penal, etcétera.

“Tampoco debe entenderse que las evidencias y, en general, la información que sirve de respaldo a la hipótesis de la Fiscalía sean irrelevantes. Lo que resulta inadmisibile es que se confundan los hechos jurídicamente relevantes con la información que sirve de sustento a la respectiva hipótesis.

[...]

“En la estructura del nuevo ordenamiento procesal penal, la relación, directa o indirecta, de las pruebas con los hechos jurídicamente relevantes (pertinencia), debe explicarse en la audiencia preparatoria.

“La verificación del respaldo que los medios de prueba le den a los hechos jurídicamente es una labor que el fiscal debe realizar para decidir si están reunidos los requisitos legales para formular imputación y/o acusación. [...]

[...]

“Para constatar si los hechos que llegan a su conocimiento [del Fiscal] “revisten las características de un delito” (Arts. 250 de la Constitución Política y 287 de la Ley 906 de 2004), o si puede afirmarse que se trata de una conducta punible (Art. 336 ídem), es imperioso que el Fiscal verifique cuál es el modelo de conducta previsto por el legislador como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, para lo que debe realizar una interpretación correcta de la ley penal.

“La hipótesis de hechos jurídicamente relevantes contenida en la acusación y la delimitación del tema de prueba

“Sin mayor esfuerzo puede advertirse que si la hipótesis de hechos jurídicamente incluida por la Fiscalía en la acusación es incompleta, el tema de prueba también lo será. En el mismo sentido, a mayor claridad de la hipótesis de la acusación, con mayor facilidad podrá establecerse qué es lo que se pretende probar en el juicio.

Según se indicó en otros apartados, es común que uno o varios elementos estructurales de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes sólo puedan ser probados a través de inferencias.

En esos casos, el medio de prueba tiene una relación “indirecta” con el hecho jurídicamente relevante, en la medida en que sirve de soporte al dato o “hecho indicador” a partir del cual se infiere el aspecto que guarda correlación con la norma penal (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; entre otras).

Aunque es claro que esos datos o hechos indicadores deben ser probados, y de esa forma se integran al tema de prueba, el objetivo último es verificar si los hechos jurídicamente relevantes fueron demostrados o no, en el nivel de conocimiento previsto por el legislador.

“La premisa fáctica del fallo

[...]

Cuando uno o varios hechos jurídicamente relevantes se hayan demostrado a través de inferencias, el fallador debe precisar cuáles son los datos o hechos indicadores a partir de los cuales se hizo ese razonamiento lógico.

En todo caso, debe aclarar cuáles son los “hechos indicadores” y cuáles los hechos jurídicamente relevantes, porque, finalmente, el proceso de subsunción se realiza entre estos últimos y el referente fáctico previsto en abstracto por el legislador en las respectivas normas penales.

“La verificación del estándar de conocimiento previsto por el legislador para la procedencia de la condena

[...]

Así, la distinción entre hechos jurídicamente relevantes y hechos indicadores no sólo es trascendente para la claridad de la hipótesis contenida en la acusación o la premisa fáctica del fallo. Esa diferenciación es determinante, además, para verificar la corrección del raciocinio de los jueces, orientado a establecer si la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes incluida en la acusación fue demostrada o no en el nivel previsto en los artículos 372 y 381 de la Ley 906 de 2004.

Lo anterior es así, porque para establecer si una inferencia se aviene o no a las reglas de la sana crítica, es fundamental establecer cuáles son los datos o hechos indicadores y cuál el hecho indicado, para establecer si el paso de los primeros al segundo es acorde a las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y el conocimiento técnico científico.

Lo expuesto en precedencia es igualmente aplicable cuando el hecho jurídicamente relevante se da por probado en virtud de la convergencia y concordancia de los “hechos indicadores” (idem).”

Los anteriores conceptos son fundamentales para establecer que, frente a los temas de nulidad por vulneración al principio de congruencia fáctica, los argumentos del censor resultan equivocados, y que confunde los hechos indicadores que planteó el A Quo en la sentencia para llegar a las conclusiones de que el procesado incurrió en las conductas punibles imputadas por la Fiscalía con los hechos

jurídicamente relevantes que se establecieron en la acusación y que se concretaron en el fallo.

7.2.1. En relación con el error en la fecha de expedición de la orden de libertad de Carlos Javier Cortés Quiñones, el tema no tiene trascendencia alguna y no deja de ser un argumento inane para la solución del caso, pues si bien es cierto se consignó en la sentencia que tal orden se expidió el 20 de noviembre de 2010¹⁵, para la Sala, en coincidencia con el Agente del Ministerio Público, es evidente que se trata de un error constitutivo de un *lapsus calami*¹⁶, que en manera alguna implica el desconocimiento del principio de congruencia.

En efecto, a lo largo del fallo se advierte sin confusión de ninguna naturaleza y congruente con la acusación, el A *Quo* consignó correctamente que el fiscal JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO dispuso la libertad de Carlos Javier Cortés Quiñones mediante orden proferida el **“17 de diciembre de 2015”**, así se plasmó, tanto en el acápite de los hechos como al estudiar las estipulaciones probatorias¹⁷, e incluso en el mismo rubro donde se incurre en el equívoco, como lo apunta el censor, se corrobora que se trató de un lapsus como fácilmente se puede colegir del contexto de la decisión.

¹⁵ Fl. 211 c.2

¹⁶ Error o tropiezo involuntario e inconsciente al escribir

¹⁷ Fl. 214 c.2

En dichas condiciones, resulta intrascendente la imprecisión temporal referida, en la medida que no comporta quebranto alguno de los derechos al debido proceso y de defensa del acusado, de modo que no tiene vocación de prosperidad el motivo de nulidad invocado con fundamento en dicha incorrección.

7.2.2. En relación con la solicitud de nulidad estimar que el fallador “*sorprendió al procesado con hechos que no le fueron deducidos en el pliego de cargos*” y frente a los cuales no tuvo la oportunidad de controvertir, tales como (i) *la última ratio de derecho penal*, (ii) la duda que se generó sobre la participación del liberado Cortés Quiñones en el delito, y (iii) la información policial que le alertó sobre la posible ajenidad de aquél, debe decirse que el argumento es más que confuso. Sin embargo, la Corte en orden a verificar posibles yerros de la primera instancia, deberá acotar que no se sorprendió al exfiscal BURBANO BURBANO cuando el Tribunal hizo referencia a tales conceptos, debido a que los mismos están plasmados en el fallo con la única intención de desvirtuar las hipótesis defensivas propuestas a lo largo del proceso.

La alusión a tales expresiones por el *a quo* tuvieron como objeto significar que el fiscal para conceder la libertad de una persona capturada en flagrancia, solo debe examinar las condiciones objetivas establecidas en el artículo 302 del Código Procesal Penal, pues cualquier cuestión que supere ese marco sobrepasa el control del ente acusador y es de estricta competencia del juez de control de garantías.

Ello a propósito de la motivación de la decisión prevaricadora proferida por el acusado en la que, para justificar la orden de libertad, consignó que la declaración de Eusebio Euclides Betancour Valencia demostraba que uno de los capturados no tenía conocimiento del delito porque era un pasajero que provenía del Ecuador y que había vendido una lancha de su propiedad. Se dijo en la citada resolución que *“En razón a ello se ordenará la libertad del indiciado, con el fin que antes de realizar la audiencia de formulación de imputación (teniendo en cuenta la **última ratio del derecho penal**) se obtengan EMP suficientes para desvirtuar las **dudas** respecto a la actuación o participación del mencionado señor Cortés Quiñones”*¹⁸. (Subrayado de la Sala).

Es justamente esa motivación de la decisión la que condujo a la acusación por prevaricato porque contraría el entendimiento del artículo 302 procesal penal contenido en la sentencia C-591 de 2005 que declaró exequible ese precepto. Sentencia que se refiere al procedimiento que se debe seguir en casos de flagrancia y en donde se resalta que la decisión sobre la legalidad de la aprehensión realizada en flagrancia queda exclusivamente a cargo del juez de control de garantías, en tanto la fiscalía solo puede conceder la libertad en aquellos casos en que no se cumplan los requisitos objetivos para decretar la detención preventiva o cuando la captura es ilegal. El Tribunal, acogiendo lo señalado en la acusación, afirmó que al fiscal le era exigible

¹⁸ Fl. 58, C. 3

acudir ante el juez de garantías, como lo hizo con los restantes aprehendidos, por cuanto determinar si el liberado era un posible partícipe de los hechos, le competía únicamente al juez de garantías.

Que el fallador utilizara los argumentos de la decisión ilegal adoptada por el acusado el 17 de diciembre de 2015, en nada contraría los hechos que se le atribuyen como soporte de uno de los delitos de prevaricato por acción, pues en la relación fáctica sustento de la acusación se alude a las razones que tuvo para liberar a uno de los capturados, justamente para evidenciar su contrariedad con la ley.

Y es que a pesar de que en la audiencia de formulación de acusación no se haya realizado una lectura íntegra de la orden de libertad proferida por el procesado, lo que no era obligatorio en ese estadio procesal, sí se hizo referencia a ella. En audiencia de juicio oral la señora Fiscal hizo lectura de la mencionada orden¹⁹, la cual, además, formó parte de la estipulación probatoria número VI por medio de la cual se estipuló que mediante orden del 17 de diciembre de 2015 el doctor JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO, en calidad de Fiscal 40 Local URI de Tumaco, concedió libertad al señor Carlos Javier Cortes Quiñones, quien en el informe de primer respondiente fue identificado como Carlos Cabezas Cortes, con base en lo dispuesto en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004. Así las cosas, el Tribunal tenía plenas facultades para referirse a los motivos plasmados en la orden de libertad

¹⁹ Reg. 00:54:00, audiencia del 22 de mayo de 2018

mencionada. Sin que pueda pensarse que el Tribunal “*apoyó su sentencia de condena en hechos que no le fueron enrostrados al aquí procesado*”. Tal proceder es contrario a la realidad procesal, pues el *A quo* no refirió el principio de *ultima ratio* ni la duda en la participación de Cortés Quiñones y menos el informe de policía judicial dando supuesta ajenidad a los hechos al liberado como un argumento propio y extraño al debate probatorio para condenar, sino que lo hizo exclusivamente para referir a un concepto plasmado por el propio procesado para justificar la orden de libertad que resultara ilegal (como más adelante se explicará) y para refutar los argumentos defensivos planteados en juicio.

Es claro, entonces, que no se presenta la vulneración de garantías procesales alegada por el defensor. En consecuencia, se negará esta solicitud de nulidad.

7.2.3. El *hecho indicador* construido a partir de la potencia de los motores de las embarcaciones como alerta de que no se trataba de pescadores en condición de marginalidad o pobreza y que debió ser considerado por el Fiscal acusado, nada tiene que ver con una incongruencia fáctica.

Es en este punto donde el recurrente equivoca los conceptos de hechos jurídicamente relevantes con hechos indicadores, pues en la acusación si se plasmó que el Fiscal procesado incurrió en el delito de Prevaricato por Acción al reconocer la marginalidad a quienes resultaron capturados

en flagrancia con una gran cantidad de sustancia estupefaciente y de dinero representado en dólares. Ese fue el hecho jurídicamente relevante, el cual se acopla a la hipótesis de hecho general y abstracta consagrada en el artículo 413 del Código Penal. La potencia de las lanchas las refirió el *A Quo* para hacer alusión a uno de los varios hechos indicadores que permitieron establecer la consumación de uno de los delitos de prevaricato y del *Cohecho Propio*.

Además, se observa que lo que por esa errada vía presenta el apelante es un ataque a la valoración de los hechos por parte del Tribunal, que coincidiendo con la Fiscalía cuando acusó al procesado, llegó a una deducción razonable: A partir de las características de los vehículos náuticos no era razonable concluir que sus tripulantes eran unos simples y marginales pescadores, por ende, era contrario a la evidencia estructurar en una circunstancia inexistente el reconocimiento de la atenuante de la marginalidad o pobreza extrema.

Aseguró el Tribunal en su sentencia que el contraevidente y ventajoso trato punitivo, pretendió el fiscal justificarlo bajo el simplista argumento de que los cuatro imputados de narcotráfico, a quienes le reconocían la marginalidad, eran simples pescadores de la región, cuando algunos de ellos habían sido capturados en embarcaciones tipo “*flipper*” con dos potentes motores, las cuales no están diseñadas para labores de pesca sino que se trata de lanchas

rápidas²⁰ comúnmente utilizadas en la región para el transporte de drogas hacia el exterior²¹.

La Fiscalía al referirse al prevaricato por acción por el reconocimiento de la circunstancia atenuante mencionó las embarcaciones en las que fueron capturados los encausados, y de igual forma se refirió al informe del primer respondiente que dio cuenta de las particularidades en las que fueron aprehendidos sus tripulantes, para descartar que los beneficiados se encontraban en circunstancias de marginalidad, ignorancia y pobreza extrema. Así lo resaltó:

“De los elementos materiales y evidencia probatoria con los que contaba el imputado JOHNNY ORLANDO BURBANO no se deriva tal circunstancia consagrada en el artículo 56 del Código Penal, pues las actas de captura, y las diligencias de arraigo tan solo daban a conocer el lugar de residencia de los capturados y su escasa formación académica, la incautación de dos embarcaciones, de 547 kilogramos de cocaína y 11.040 dólares en su poder, circunstancias de tiempo, modo y lugar que demostraban que no se encontraban en pobreza extrema (llevaban algo más de treinta millones de pesos), sin que la escasa formación académica permitiera deducir que actuaron al margen de la ley por dicha ignorancia, ora por la marginalidad dado el sitio de residencia.

“Por lo anterior, el imputado JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO desconoció el contenido del artículo 56 del Código Penal, y procedió a su reconocimiento sin presentar argumentación alguna que sustentara su posición, la que contrariaba las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos objeto de investigación ...». ²²

²⁰. “Go fast”

²¹ Fl. 203, C. 2

²² Reg. 00:56:20, audiencia de acusación del 29 de agosto de 2017

Se reitera, la intención del apelante es controvertir, en sede de nulidad, los indicios estructurados por el Tribunal en la sentencia, a partir de las circunstancias modales de los hechos enrostrados en la acusación. De allí que no se advierta la incongruencia fáctica denunciada.

7.3. De la materialidad de los delitos de prevaricato por acción.

De acuerdo con el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, comete el ilícito de prevaricato por acción el servidor público que en ejercicio de sus funciones plenamente determinadas, profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley.

Desde el aspecto objetivo este tipo penal se edifica en la notoria discordancia que se presenta entre el contenido de la decisión emitida por el servidor público y la descripción legal o conjunto de normas que gobiernan el caso específico.

Sobre esta conducta la Corte ha señalado de manera reiterada que:

“(...) la adecuación típica del delito de prevaricato debe surgir de un cotejo simple del contenido de la resolución o dictamen y el de la ley, sin necesidad de acudir a complejas elucubraciones o a elocuentes y refinadas interpretaciones, pues un proceso de esta índole escaparía a una expresión auténtica de lo ‘manifiestamente contrario a la ley’. Así entonces, para la evaluación de esta clase de conductas delictivas se adopta una actitud más

descriptiva que prescriptiva, es decir, sujeta a lo que realmente hizo el imputado en la respectiva actuación, asistido de sus propios medios y conocimientos, no a lo que debió hacer desde la perspectiva jurídica y con base en los recursos del analista de ahora (juicio ex ante y no a posteriori). Desde luego que si el objeto de examen es una decisión ostensiblemente contraria a la ley, el juzgador no puede abstenerse de señalar el ‘deber ser’ legal que el infractor soslayó maliciosamente, pero como un ‘deber ser’ que éste conocía (no aquél) y que obviamente estaba al alcance de sus posibilidades”²³.

En ese orden, la manifiesta ilegalidad de la decisión surge cuando de manera sencilla y precisa es posible verificar que lo resuelto es opuesto a lo que revelan las pruebas o a lo que el ordenamiento jurídico prevé para el asunto analizado, de manera que la determinación que se adopta resulta arbitraria y caprichosa al provenir de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público de contrariar la ley.

Por tanto, la discrepancia entre el mandato legal y lo resuelto debe ser notoria, como lo ha dicho reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia “*que salte de bulto*”, es decir, que sea tan evidente que sea apreciable sin mayores juicios ni elucubraciones. De tal forma, se excluyen de reproche penal aquellas decisiones respecto de las cuales surja discusión o diferencias de criterio, interpretaciones o equivocaciones despojadas del ánimo de violar la ley²⁴, máxime si la misma se apoya en criterios lógicos y razonablemente admisibles.

²³ CSJ, SP 26 may. 1998, rad. 13628.

²⁴ Auto 30 de mayo de 2017, Radicado 49046

El prevaricato por acción únicamente es atribuible a título de dolo, así lo ha reiterado de vieja data la jurisprudencia de esta Corporación:

“En cuanto al elemento subjetivo del tipo, el delito de prevaricato por acción sólo es atribuible a título de dolo, conforme al artículo 21 del Código Penal, según el cual todos los delitos de la parte especial corresponden a conductas dolosas, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales.”

“Así, la Corte ha puntualizado que para condenar por esta modalidad delictiva “resulta imprescindible comprobar que el autor sabía que actuaba en contra del derecho y que, tras ese conocimiento, voluntariamente decidió vulnerarlo”.²⁵

Teniendo en cuenta estos parámetros normativos y jurisprudenciales procede la Sala a verificar si se configuran los tres prevaricatos por acción por los que fue condenado JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO.

7.3.1. Prevaricato por acción en la expedición de la orden de libertad de Carlos Javier Cortés Quiñones.

En criterio del defensor, el procesado concedió la libertad a Carlos Javier Cortés Quiñones por considerar, con fundamento en el interrogatorio rendido por el capturado Eusebio Euclides Betancour Valencia²⁶, que aquel era una persona ajena a la actividad delictiva, pues era simplemente un pasajero que provenía del Ecuador y que regresaba en las

²⁵ Auto 20 de febrero de 2019, Radicado 50077

²⁶ Fl. 56, C.3

lanchas donde fueron incautadas la droga y los dólares, después de vender una embarcación, pero sin tener conocimiento del transporte de la sustancia estupefaciente. Dice el recurrente que por esa situación BURBANO BURBANO, sostuvo que la captura fue ilegal, al no cumplirse ninguno de los presupuestos de la flagrancia, y que por esa razón se vio compelido a liberarlo sin presentarlo previamente ante el juez de control de garantías.

Refirió también la defensa, que no era cierto que para el momento en el que se le concedió la libertad al señor Cortés Quiñones se le tuviera como jefe de una banda delincuencia, ya que lo único que se tenía probado en ese momento era que se trataba de un pasajero accidental de la embarcación, ajeno a la actividad ilícita que los demás desarrollaban.

Para dilucidar la ilegalidad de la decisión adoptada por BURBANO BURBANO, debe iniciarse con el estudio del artículo 302 del Código de Procedimiento Penal, que señala:

“ARTÍCULO 302. PROCEDIMIENTO EN CASO DE FLAGRANCIA. *Cualquier persona podrá capturar a quien sea sorprendido en flagrancia.*

Cuando sea una autoridad la que realice la captura deberá conducir al aprehendido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación.

[...]

Si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando

sea necesario. De la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal.

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

PARÁGRAFO. En todos los casos de captura, la policía judicial inmediatamente procederá a la plena identificación y registro del aprehendido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 128 de este código, con el propósito de constatar capturas anteriores, procesos en curso y antecedentes.” (Subrayado de la Sala).

En un sistema donde la fuente formal preferente es la ley, y esta se define como un enunciado de carácter general cuyo fin es mandar, permitir, prohibir o castigar,²⁷ que naturalmente se expresa en palabras, estas son susceptibles de ser interpretadas. Por eso la misma ley establece reglas de interpretación, una de las cuales señala que cuando el sentido de la norma sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 del Código Civil Colombiano que fue declarado exequible en sentencia C-054 de 2016).

Lo anterior, para dilucidar que el inciso 4° del artículo 302, establece de forma prístina que cuando no se cumplan

²⁷. Artículo 4, Ley 57 de 1887

los requisitos objetivos para decretar la detención preventiva en consideración al delito o cuando la captura en flagrancia sea ilegal, el Fiscal podrá liberar al aprehendido sin acudir ante el juez de control de garantías. Sólo establece esos dos eventos de manera objetiva.

Así lo confirmó la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005, que declaró exequible esta norma de manera condicionada, justamente para establecer los límites precisos que sobre la captura en flagrancia ejerce la Fiscalía General de la Nación. Al respecto se indicó:

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

(...)

*“Ahora bien, una interpretación conforme de la expresión acusada con la Constitución conduce a afirmar que **el fiscal únicamente puede examinar si se cumplen o no las condiciones objetivas de que trata el artículo 313 del C.P.P.**²⁸ para imponer medida de aseguramiento de detención preventiva, mas no evaluar*

²⁸ «De conformidad con el artículo 313 del C.P.P. procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los casos de (i) delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados; (ii) en los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años; y (iii) en los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes».

si se presentan o no los requisitos de que trata el artículo 308 de esa misma normatividad, es decir, si es viable inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, y que además la medida de aseguramiento se muestre como necesaria (...), facultades todas estas que son de la estricta competencia del juez de control de garantías, por cuanto es él quien debe, en virtud del artículo 250.1 constitucional, adoptar las medidas que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal.”

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

(...).

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

De conformidad con las decisiones transcritas, es claro que cualquier cuestión que supere una comprobación meramente objetiva sobre las circunstancias que permiten calificar una captura en situación de flagrancia, escapa del control de la Fiscalía General de la Nación, y debe ser

analizada por el respectivo juez con función de control de garantías.

En el presente asunto según consta en la actuación, el 15 de diciembre de 2015, a las 20:50 horas aproximadamente, Carlos Javier Cortés Quiñones, quien inicialmente se identificó como Carlos Cabezas Cortés, y Eusebio Euclides Betancour Valencia, fueron aprehendidos por miembros de la Unidad de Guardacostas de la Armada Nacional en altamar, en el sitio denominado Candelillas de la Mar (municipio de Tumaco) cuando se movilizaban en una lancha rápida, en la cual se encontraron 14 costales negros amarrados, que por *“la forma de empaque y olor”* correspondía a clorhidrato de cocaína, por lo cual se procedió a su captura en flagrancia. Estas personas tenían en su poder USD\$7.990 y 1.990 dólares, respectivamente²⁹.

Ante ese escenario el estudio que le correspondía realizar al entonces Fiscal JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO, se restringía a la verificación de si el delito por el que fueron aprehendidos comportaba detención preventiva y si concurría alguna de las situaciones descritas en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal que refiere a la flagrancia:

“Artículo 301.Flagrancia. Modificado por el art. 57, Ley 1453 de 2011. Se entiende que hay flagrancia cuando:

²⁹ Fl. 12 a 33, C.3

1. La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito.

2. La persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho.

3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él.

4. La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después.

La misma regla operará si la grabación del dispositivo de video se realiza en un lugar privado con consentimiento de la persona o personas que residan en el mismo.

5. La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible.

PARÁGRAFO. La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá $\frac{1}{4}$ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.”

En este caso, era fácil concluir que la captura se produjo por el delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, consagrado en el artículo 376 del Código Penal, agravado por el artículo 384.3 *ibídem* (su pena oscila entre 256 a 360 meses), el cual comporta detención preventiva de manera objetiva según el artículo 313.1.2 de la Ley 906 de 2004, dado que era un hecho de competencia de los jueces penales del circuito especializados y además era

un delito investigable de oficio con pena mínima prevista en la ley, mayor a cuatro (4) años.

También era patente que Carlos Javier Cortés Quiñones fue sorprendido con objetos y elementos de los que se podía inferir fundadamente su presunta participación en la ejecución del delito. Fue capturado con estupefacientes y con dólares estadounidenses. Por esa razón, el fiscal de la URI no podía descartar la situación de flagrancia conforme el artículo 301.1 del C.P.P., como quiera que *“La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito”*, y la comisión del punible no era descartable con el simple interrogatorio que en su favor hizo otro de los capturados, justo antes de que se surtieran las audiencias preliminares ante el juez de control de garantías.

Aunado a lo anterior, el Fiscal 40 Local de Tumaco, debió tener en cuenta que al momento de la captura el señor Cortes Quiñones se hizo pasar por Carlos Cabezas Cortes, situación que obraba como un hecho indicador en su contra, ya que si supuestamente no tenía conocimiento alguno de lo que se transportaba en la lancha y era ajeno completamente a la situación, no tenía por qué engañar a los miembros de la Armada Nacional suministrando una identidad falsa al momento de su captura.

Esta última situación se constituye en un claro indicio de mentira, y era tan obvio, que el hecho de que el Fiscal lo desconociera demuestra que actuó de manera dolosa,

conociendo los hechos de tipo penal de prevaricato por acción y queriendo su realización, sobre lo que se ampliará más adelante.

En las condiciones señaladas, era obligación del Fiscal realizar de inmediato la solicitud de legalización captura ante el juez de control de garantías, como lo establece el artículo 302 en cita, para que examinara la legalidad del procedimiento.

Por consiguiente, los argumentos que esgrimió el fiscal acusado para liberar a uno de los indiciados no justifican la decisión en cuestión, como quiera que su conclusión acerca de la presunta ilegalidad de la captura, obedece a la apreciación sesgada de una declaración cuya veracidad habría sido puesta en duda por cualquier otro funcionario judicial. Situación de la que se percató el Tribunal al exponer que en la orden del fiscal BURBANO BURBANO puede advertirse que le otorgó suma credibilidad al interrogatorio de uno de los capturados y, por ello dispuso olímpicamente y sin vacilación la libertad inmediata de Cortes Quiñones, sin detenerse a estudiar lo sospechosas que resultaban las declaraciones rendidas por los coimputados en el proceso penal, porque con asegurada frecuencia están direccionadas a facilitar la impunidad de los compañeros de la organización, motivo por el cual resulta necesario someterlas al tamiz de una crítica probatoria fuerte, que permita establecer si lo dicho se ajusta a la verdad material de lo ocurrido.

Aseguró también el Tribunal que la experiencia judicial muestra con reiteración casos trascendentales en los que así como los coautores o coparticipes se distribuyen el trabajo delictivo, también se distribuyen la forma de afrontar las eventuales responsabilidades penales que les pudieran derivar.

A tales argumentos debe sumársele que el fiscal BURBANO BURBANO desde el año 2010 se encontraba vinculado al servicio de la Fiscalía, por lo que sus cinco años de experiencia al servicio de esa entidad le daban el conocimiento suficiente para percatarse que el interrogatorio que rindió Eusebio Euclides Betancour era sospechoso debido a que una persona que lleva consigo una gran cantidad de cocaína en sus lanchas no se va a arriesgar a que un tercero extraño a la organización criminal los acompañe en el recorrido criminal, pues esa simple situación generaría un riesgo para los fines delictivos que perseguían.

Además, el fiscal procesado desconoció intencionalmente, que para justificar la ausencia de responsabilidad de Cortés Quiñones se anexó un contrato de venta de una embarcación que resultó contener un nombre diferente al del capturado, y por si fuera poco, también para el momento en que se ordenó la libertad del Cortés Quiñones el fiscal sabía que el capturado se había identificado con otro nombre ante las autoridades colombianas. Esos dos hechos

ponían de presente al fiscal, que previamente se estaba tratando de engañar a la Administración de Justicia.

Los argumentos esgrimidos por JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO en la resolución proferida el 17 de diciembre de 2005, por medio de la cual dispuso “ORDENAR LA LIBERTAD INMEDIATA DEL CAPTURADO”, fueron los siguientes:

“Dentro de las diligencias de actos urgentes se tuvo comunicación con los miembros de la Policía Nacional GROIC POSEIDON de la Policía Nacional, quienes informaron que al parecer el señor Cortés Quiñones no tenía participación en la comisión de la conducta punible, razón por la cual se ordenó por este delegado recepción de interrogatorio a una de los (sic) cuatro personas capturada en compañía del mencionado ciudadano, a tal efecto el señor EUSEBIO EUCLIDES BETANCOUR VALENCIA rinde diligencia de interrogatorio, en la cual acepta la participación en la conducta punible investigada y da cuenta que el mencionado capturado COSTES (sic) QUIÑONES no conocía sobre la carga ilícita que se transportaba en la lancha y que era un pasajero proveniente de la República de Ecuador de donde llegaba de vender una lancha de su propiedad, desvirtuándose de esta forma cualquier tipo de participación en la comisión del ilícito investigado.

Es en razón de ello que se ordenará la libertad del indiciado, con el fin que antes de realizar audiencia de formulación de imputación (teniendo en cuenta la calidad de ultima ratio del Derecho Penal), se obtengan EMP suficientes para desvirtuar las dudas respecto de la actuación o participación del mencionado señor CORTÉS QUIÑONES, a quien se le impuso bajo palabra compromiso de presentarse ante la autoridad judicial que lo requiere, toda vez que tiene arraigo en este municipio.³⁰

³⁰ Fl. 58, c.3

En el escrito de acusación presentado el 9 de junio de 2017, se indicó, entre otras, que:

“En el caso puesto a disposición del imputado JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO, no se configuraba ninguna de las dos causales que permitían la liberación de uno de los aprehendidos, por cuanto el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefaciente, consagrado en los art. 376 del C.P. y agravado por el 384 ibídem, por la incautación superior a 5 kilos (aquí se decomisaron 547 kilogramos) consagra una sanción que excede los 4 años de prisión al señalar una pena de 256 a 360 meses de prisión y es un punible investigable de oficio, cumpliendo el primer requisito del art. 313-2 y, la captura se produjo bajo las circunstancias de flagrancia -art. 301- pues fue sorprendido a bordo de una embarcación en cuyo interior se incautaron 280 paquetes de clorhidrato de cocaína con peso neto de 280 kilogramos y portando 7990 dólares, suma elevada y que se compagina con la conducta atribuida de transportar sustancia alucinógena.

Por lo anterior, se emitió una orden de libertad ostensiblemente contraria a derecho, por cuanto a pesar de constatarse el cumplimiento de los requisitos objetivos que demanda la ley, le era exigible al representante de la Fiscalía acudir ante el juez de garantías, como lo hizo con los restantes cuatro aprehendidos, y frente a si era participe o no de los hechos, con base en el interrogatorio de otro de los capturados y la presentación de un contrato informal de venta de una embarcación, únicamente le competía su conocimiento y resolución al juez constitucional de garantías.

La norma contenida en el artículo 302 inciso 4 de la ley 906 de 2004, es clara y expresa para el Fiscal, al punto de que la Corte Constitucional definió su alcance, tan solo un año después de la puesta en marcha del sistema con tendencia acusatoria, tiempo distante que permite señalar que el funcionario de la Fiscalía conocía ampliamente su contenido y alcance dado por el órgano de cierre, por lo que el doctor JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO tenía el conocimiento de la

ilegalidad que cometía, al expedir la orden de libertad a uno de los miembros de la organización criminal que fue aprehendido en situación de flagrancia de un delito que objetivamente ameritaba la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva.”³¹

En audiencia de acusación realizada el 29 de agosto de 2017 la Fiscal acusó a BURBANO BURBANO por el delito Prevaricato por Acción agravado consagrado en los artículos 413 y 415 del Código Penal.³²

La acusación, acto complejo compuesto por la presentación del escrito y su formulación, son claras en indicar que BURBANO BURBANO aplicó indebida e ilegalmente el artículo 302 del C.P.P., que ordena siempre la presentación del capturado en flagrancia ante el juez de control de garantías, salvo cuando el supuesto delito no comporte la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, lo que en este caso no ocurría por tratarse de un “*delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, consagrado en los art. 376 del C.P. y agravado por el 384 ibidem, por la incautación superior a 5 kilos (aquí se decomisaron 547 kilogramos)*”, el cual tiene pena mínima superior a 4 años de prisión, es investigable de oficio y su competencia radica en los jueces penales del circuito especializado³³.

Además de que el delito por el que se capturó comporta detención preventiva, en los argumentos expuestos en la

³¹ Fls. 18 y 19 C.1

³² Reg. 00:29:53

³³ Artículo 35.28 del C.P.P.

decisión del 17 de diciembre de 2015, por medio de la cual se dejó en libertad a Carlos Javier Cortés Quiñones, el Fiscal omitió ostensiblemente realizar un estudio sobre la legalidad del procedimiento de captura en flagrancia. El Fiscal en la decisión sólo indica que Eusebio Betancour mencionó en el interrogatorio que Carlos Cortés Quiñones era ajeno a los hechos y que se ordenaba su libertad antes de la *audiencia de formulación de imputación* con el fin de obtener elementos probatorios suficientes “*para desvirtuar las dudas respecto de la actuación o participación del mencionado*”.

Claramente se advierte que el Fiscal acusado no verificó si la captura en flagrancia se produjera de manera ilegal, es decir, con violación a los derechos fundamentales del aprehendido o excediendo los términos perentorios consagrados en el artículo 302 del C.P.P. Sus argumentos se basaron en la futura búsqueda de elementos probatorios o evidencias que le permitieran salir de la duda frente a la participación de una persona que fue capturada en flagrancia, junto con otras personas, transportando en lanchas rápidas la no despreciable cantidad de 547 kilogramos de cocaína y con moneda extranjera en cantidad de \$11.040 dólares americanos.

Es decir, el Fiscal no solo dejó libre a Carlos Javier Cortés Quiñones en contravía del mandato establecido en el inciso 4° del artículo 302 del C.P.P. con la clara interpretación establecida en la sentencia C-591 de 2005, sino que además concedió esa libertad cuando era evidente

que la captura en flagrancia fue legal conforme toda la evidencia que hasta ese momento se tenía: (i) captura de 5 personas en dos lanchas rápidas que transportaban 547 kilogramos de cocaína, (ii) incautación de 11.040 dólares americanos, (iii) engaño a las autoridades que capturaron a la persona que precisamente dejó libre el Fiscal, Carlos Javier Cortés Quiñonez, quien en el momento de la aprehensión se identificó como “Carlos Cabezas Cortés”, y (iv) engaño a las autoridades con un contrato de compraventa de una embarcación con un nombre distinto al de la persona que resultó capturada (Carlos Javier Cortés Cabezas).

Todas situaciones que se enmarcan indefectiblemente en el numeral 1º, o en su defecto en el 3º, del artículo 301 del C.P.P.

El juicio de ponderación que debe realizar el Fiscal para dejar libre a quien ha sido capturado en flagrancia, antes de someterlo al control del juez de control de garantías (juicio ex ante) es meramente objetivo para verificar si con los elementos puestos hasta ese momento, el delito comporta medida de aseguramiento de detención preventiva o si la captura en flagrancia fue ilegal (vulneración de derechos fundamentales o vencimiento de términos), y *“cualquier discusión que superara una comprobación meramente objetiva como, por ejemplo, la relativa a la eventual vulneración del derecho a la intimidad del capturado, escapaba del control de*

*la Fiscalía General de la Nación, y debía ser resuelto por el respectivo juez con función de control de garantías”.*³⁴

Es notoria la vulneración directa de la norma por parte del acusado, lo cual edifica el prevaricato activo agravado en el presente asunto, toda vez que el artículo 302 del Código de Procedimiento Penal no admite diversas interpretaciones que autoricen al fiscal a hacer valoraciones subjetivas sobre los hechos, con la finalidad de justificar la conducta de una persona que es sorprendida en alguna de las situaciones descritas en el artículo 301 del mismo estatuto.

En esas condiciones, la conducta desplegada por JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO es objetivamente típica, pues obró en manifiesta contraposición del orden jurídico.

Frente a la tipicidad subjetiva del prevaricato por acción, aunque ya nos adelantamos al tratar el indicio de mentira, debe decirse que son tan evidentes las manifestaciones externas acerca del conocimiento y voluntad que el fiscal JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO tenía acerca de su actuar contrario al ordenamiento jurídico, que lo expresado como fundamento de la decisión cuestionada sirve para inferir que actuó en forma premeditada.

De la motivación efectuada, se puede extraer que el funcionario, dispuso oír en interrogatorio a uno de los

³⁴ CSJ. SP134-2016, radicado 46806

capturados, quien curiosamente solo se refirió a la situación de Cortés Quiñones en el ilícito para mostrarlo ajeno al mismo. Para la Sala es clara la intención del acusado de contar con algún soporte que le permitiera afirmar la ilegalidad de la captura y proceder a liberar a Cortés Quiñones para así poder evadir el control del juez de garantías.

Solo se valió de esa declaración a todas luces sospechosa y no la confrontó con los demás elementos probatorios recaudados ni con el contexto de tiempo, modo y lugar en el que se produjo la captura en flagrancia. Tampoco analizó el poder demostrativo del contrato de venta de una embarcación que allegó la defensa como soporte del testimonio, pues el funcionario ignoró deliberadamente que los datos del contrato correspondían a otro sujeto de nombre Carlos Javier Cortes Cabezas³⁵, así como también pasó por alto que al momento de la captura se identificó como Carlos Cabezas Cortes, lo que sin duda necesariamente generaba sospecha por ocultar su identidad verdadera.

Lo expuesto lleva a deducir que la actuación del fiscal JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO estuvo determinada por su interés de favorecer exclusivamente a uno de los capturados para que obtuviera su libertad.

Frente a las calidades profesionales de BURBANO BURBANO debe decirse que es un abogado que se

³⁵ Fl. 65, C.3

desempeñaba como Fiscal 40 Local de la URI de Tumaco (Nariño) desde el 25 de abril de 2015, y desde el año 2010 se encontraba vinculado a la Fiscalía, luego contaba con la experiencia suficiente para conocer de la interpretación y alcance que se le debe dar a los artículos 301 y 302 del Código de Procedimiento Penal, lo que corrobora su intención de apartarse del orden jurídico con el propósito indiscutible, se reitera, de favorecer a Carlos Javier Cortés Quiñones, no obstante ser aprehendido en idénticas circunstancias que los restantes capturados, con el ítem de que se podía vislumbrar que era el jefe de la banda dado que en su poder se encontró la mayor parte de la moneda extranjera.

Las circunstancias que permiten predicar la conducta dolosa se coligen de: (i) Desconocer que Carlos Javier Cortés Quiñones fue capturado en una embarcación donde se encontraron 14 bultos que contenían 280 kilogramos de cocina³⁶. (ii) Desconocer que Carlos Javier Cortés Quiñones se presentó ante las autoridades con otro nombre³⁷. (iii) Realizar interrogatorio al cocapturado Eusebio Euclides Betancour Valencia (a quien se le incautó la suma de 1.990 dólares), en el cual de manera escueta se le preguntó sobre la carga que contenía la sustancia ilegal y sólo se concentraron en tratar de justificar la ausencia de responsabilidad de Carlos Javier Cortés Quiñones.³⁸ (iv) Desconocer que la persona que liberó era quien llevaba la

³⁶ Fls. 12 ss. c.3

³⁷ Fl. 35 c.3

³⁸ Fl. 56 c.3

mayor cantidad de dólares -7.990 dólares—³⁹. (v) Desconocer que el documento que soportaba la venta del supuesto motor fuera de borda y la canoa tipo “metrera”, no contenía el nombre verdadero de Carlos Javier Cortés Quiñones⁴⁰. El hecho de no dudar de una persona que se identifica de tres formas resulta una posición amañada que refleja el conocimiento de la norma y el querer realizar la conducta punible. Todo ello motivado por promesa remuneratoria (como se explicará al resolver la apelación frente al punible de *Cohecho Propio*).

Como puede observarse no fue un factor aislado el que permite predicar la intención de delinquir. Al contrario, son varios los componentes que se unieron y de tal claridad, que no se requiere hacer un mayor esfuerzo argumentativo para predicar que JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO actuó dolosamente.

Así las cosas, la Sala confirma que la infracción al citado artículo 302 fue ostensible y palmaria y por ende el *A Quo* no erró al afirmar que la materialidad y la responsabilidad del acusado en esta conducta estaban demostradas, pues no se está frente a un funcionario judicial confundido sobre el alcance de la ley, sino ante uno que intencionalmente quebrantó el derecho en contravía de lo que enseñaban las evidencias que hasta ese momento tenía en su poder para analizar.

³⁹ Fl. 22 c.3

⁴⁰ Fl. 65 c.3

7.3.2. Del prevaricato por acción por el reconocimiento de las circunstancias de marginalidad en la formulación de imputación

Para resolver este punto se hace necesario recordar que si bien la Fiscalía General de la Nación es la titular de la acción penal y en tal calidad le corresponde adelantar las investigaciones de los hechos que revistan el carácter de delitos, ello siempre debe estar respaldado en suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen su existencia, labor en la que además está obligada a obrar con estricta sujeción a los principios de objetividad, transparencia, juridicidad y corrección (Art.115 Ley 906 de 2004).

En cumplimiento de esa función le atañe al ente acusador, con base en los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, verificar si están reunidos los requisitos legales para formular imputación en contra del indiciado.

Con ese propósito el funcionario debe partir por determinar la conducta que se le atribuye al procesado, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la misma y constatar si concurren los elementos estructurales del respectivo tipo penal.

Igualmente le compete al ente acusador analizar los aspectos atinentes a la antijuridicidad y culpabilidad, para

lo cual debe considerar las circunstancias de mayor o menor punibilidad o justificantes, como quiera que ello incide sustancialmente en la adecuación típica del comportamiento investigado.

Así lo consagra el artículo 250 de la Constitución Política y el artículo 287 de la Ley 906 de 2004, el cual precisa que la imputación es procedente cuando “*de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga*”.

Por lo tanto, la formulación de la imputación con especificación de las circunstancias agravantes, atenuantes y justificantes, no depende del juicio arbitrario o caprichoso del Fiscal. Se requiere que éstas se encuentren soportadas en elementos de convicción que la motiven.

Frente a esta obligación, la Corte ha puntualizado que «*...del Fiscal se reclama, a tono con el concepto de teoría del caso, que en el componente fáctico de la imputación -desde luego, también en la acusación— sintetice, sin referenciarlos, todos los medios de conocimiento recogidos y de allí extraiga una hipótesis plausible, que se traduce en la narración neutra de lo que, estima, sucedió, detallando las circunstancias de tiempo, modo y lugar que gobiernan los hechos...*»⁴¹ (subrayas fuera de texto).

⁴¹ Sentencia del 23 de noviembre de 2016, Radicado 48200.

Es deber de la Fiscalía obrar con objetividad a pesar de la discrecionalidad que tiene para fijar el marco fáctico de la imputación, ya que siempre debe plegarse al hecho histórico que indican los medios de convicción.

Al fiscal JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO se le acusó el quebranto de la ley, por cuanto al formular la imputación reconoció la diminuyente punitiva prevista en el artículo 56 del Estatuto Penal en favor de Eusebio Euclides Betancour Valencia, Segundo Fidel Orobio Cortés, Ignacio Marqués Girón y Eduardo Angulo Borda, sin sustento probatorio, ya que se fundó en el mero criterio del funcionario.

El artículo 56 del Código Penal dispone:

“El que realice la conducta bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia y pobreza extrema, en cuanto haya influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tenga entidad para excluir de responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición”.

No se trata de simples circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza, dado que legislador las cualificó, al disponer que deben ser “*profundas*” y “*extremas*”, esto es, de aquellas con especiales connotaciones de entidad:

“Entonces, en la medida que la marginación, la ignorancia o la pobreza conlleven unas diversas valoraciones sociales de los individuos inmersos en tales

circunstancias diferentes de las mayoritarias de la sociedad, no hay duda que corresponde al Estado, dentro del imperativo de respeto por la dignidad humana y en especial por su diferencia, además de materializar el principio de igualdad, reconocer que si tales situaciones, en cuanto sean “profundas” y “extremas” tienen injerencia decidida en la comisión de un delito, es preciso aminorar el juicio de reproche que individualiza el juez en sede de la categoría dogmática de la culpabilidad, pues dichas circunstancias restringen el ámbito de libertad del autor o partícipe de una conducta típica y antijurídica, en orden a motivarse conforme a la disposición legal y, a partir de ello, también deberá ser disminuida la sanción imponible.

“En efecto, si en la culpabilidad se pondera la motivación de la norma respecto del comportamiento de la persona, es claro que el artículo 56 del Código Penal viene a recoger unas situaciones en las cuales se advierte que por la influencia de un mayor determinismo y consecuente con él, un menor libre albedrío, el juicio de reproche correspondiente a la culpabilidad pierde intensidad, sin llegar a ser inexistente como para enervar tal categoría pero sí, en desarrollo del principio de proporcionalidad en la relación culpabilidad-pena, se impone aminorar la sanción, esto es, reducir los extremos punitivos conforme al quantum definido por el legislador, “no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la pena señalada en la respectiva disposición” y, dentro de ellos, realizar el correspondiente proceso de dosificación de la pena.⁴²

Dichas situaciones son alternativas, es decir que no necesariamente deben ser concurrentes, pues basta una de ellas para que proceda la rebaja de pena, lo cual no descarta su coexistencia en determinado caso.

⁴² sentencia del 4 de diciembre de 2019 en radicado 50525

La marginalidad implica que una persona está desprovista de unas especiales condiciones de vida que le permiten una calidad de vida digna. Para ser considerado como tal en un proceso penal, es requisito básico demostrar que el encausado se encuentra apartado o alejado de la sociedad o que no haga parte de ella, lo que de una u otra forma incide en que no pueda comprender en debida forma el injusto penal.

Por su parte la ignorancia se refiere a la falta de conocimiento respecto a un ámbito específico, por lo que el estado de ignorancia exige acreditar que ésta sea de tal grado que impide al inculpado entender el juicio de reproche que genera su conducta, causa determinante que lo llevó a cometer el punible.

La situación de pobreza extrema implica que el infractor carece de recursos mínimos, lo que le impide satisfacer las necesidades esenciales para la congrua y digna subsistencia.

La declaración de cualquiera de estas eventualidades cuando se formula imputación no puede estar sujeta al capricho de los fiscales y debe existir una base fáctica:

“En este sentido, la Sala ha tenido oportunidad de precisar al respecto que la circunstancia de marginalidad y pobreza extrema afecta la calificación jurídica, por lo que su reconocimiento debe estar considerado en los hechos jurídicamente relevantes de la imputación. Así se ha puntualizado que:

Lo que con claridad se evidencia es que el actor ignora que las circunstancias a que se refiere el mencionado canon 56 hacen parte del entramado fáctico, y, en ese orden, afectan la calificación jurídica, por ende, los extremos punitivos del tipo penal. De manera que su existencia, tal como lo ha reconocido la Corporación, debe ser considerada en los hechos jurídicamente relevantes de la imputación, situación que no se avizora en esta ocasión (CSJ AP, 27 jul. 2011, rad. 36609, CSJ AP, 21 ago. 2013, rad. 41596 y CSJ AP5185-2015, rad. 46027).

Obsérvese que la marginalidad, ignorancia o pobreza extremas corresponden a un fenómeno que se estructura al momento de la comisión de la conducta, por lo que resulta inescindible de ésta, como que permite su individualización y la caracteriza, pues se refiere a aquellas condiciones propias de modo o lugar en que se ejecutó el hecho, a manera de ejemplo, la tentativa (artículo 27 Código Penal), la complicidad (artículo 30 Ib), el exceso en la causales de exoneración de responsabilidad (artículo 32, numeral 7, inciso 2 Ib), el estado de ira o de intenso dolor (artículo 57 Ib), etc.”⁴³

En este asunto, la norma así interpretada fue quebrantada dolosamente por el fiscal BURBANO BURBANO ya que al formular imputación no expuso cuáles eran los hechos indicativos de que los procesados cometieron el delito bajo la influencia de condiciones de marginalidad, pobreza o ignorancia. Tampoco especificó a cuál de esas situaciones se ajustaban las condiciones de los procesados. Se limitó a decir, para obtener la finalidad ilícita, que el informe de arraigo de todos los capturados daba cuenta de su oficio como pescadores del que derivó la diminuyente punitiva. La imputación fáctica se realizó en los siguientes términos:

«... señalan los hechos que dieron lugar a la investigación penal que estos ocurrieron como tal, el día 15 de diciembre del año 2015, aproximadamente a las 20 horas, es decir, a las 8 de la noche, miembros de la

⁴³ Auto del 27 de septiembre de 2017, radicado 49219

Armada Nacional de la República de Colombia se encontraban haciendo pues sus propias labores de instrucción y vigilancia de altamar y se les informa que en un sector aparentemente hay 3 embarcaciones que se encuentran sin los respectivos permisos, pues para su navegación a esa hora y en ese lugar que es territorio colombiano o mar colombiano. Estos miembros de la Armada Nacional llegan a tal sitio y observan que efectivamente hay 3 embarcaciones y, de esas 3 embarcaciones, 2 intentan y, uno, fugarse habida cuenta de la presencia de las Fuerzas Armadas de Colombia, una de ellas logra su cometido por diferentes motivos y es la primera que es interceptada por parte de los miembros de la Armada Nacional. En esa primera embarcación se encuentran al señor Segundo Fidel Orozco Cortés, al señor Rafael Ignacio Márquez Girón y al señor Eduardo Angulo Borja, y, los miembros de la Armada proceden pues a efectivamente verificar que era lo que transportaban y resulta que transportaban unos bultos de color negro, aparte de 13 costales y que al parecer, por el olor que expelía, se trataba de una sustancia estupefacientes por lo que de manera inmediata capturan a estas tres personas. Los miembros de la Armada Nacional continúan con el fin de lograr la interceptación de las otras dos lanchas que intentaron escapar y minutos más tarde logran la interceptación de una segunda lancha y, en esta lancha pues igualmente es interceptada por los miembros de la Armada y dentro de ella se encontraron al señor Carlos Cabezas Cortés y Eusebio Euclides Betancour y una vez abordada esta lancha se procedió a encontrar 14 costales igualmente de color negro y con un olor que pues era característico de sustancia estupefaciente, igualmente se da captura en ese momento a esas dos personas. Posteriormente, si ustedes lo recuerdan, los miembros de la Armada los trajeron hasta el municipio de Tumaco llegando aproximadamente a las 7 de la mañana del día de ayer al Puerto de Tumaco en donde ustedes fueron recibidos por parte de miembros de un grupo de policía judicial con el fin de realizar un acto de investigación que es el más importante en esta audiencia. Ese acto de investigación que tiene que ver con el peso, la cantidad de sustancia que ustedes llevaban y con el tipo de sustancia que ustedes llevaban. Un perito, una persona experta, logra

establecer que en la primera lancha se transportaban exactamente 267 kilogramos de una sustancia que la prueba dio preliminar para cocaína y sus derivados y la segunda lancha dio con un peso de 280 kilogramos igualmente de una sustancia que dio positivo para cocaína y sus derivados. Esto lo que quiere decir, o estos son los hechos de que igualmente se estaba transportando sustancia estupefaciente y que la prueba determinó que se trataba de sustancia de cocaína o derivados de la cocaína, como tal es un delito, no se lo podía haber hecho, y se encuentra sancionado con el artículo 376 del Código Penal -dio lectura-. Esa es la pena en principio, sin embargo, tal como acabe de informar la sustancia dio el total de un peso superior a 500 kilos y que la sustancia dio positivo para cocaína y sus derivados, eso hace que la situación de ustedes se agrave ya que el artículo 384 establece lo siguiente: -dio lectura-. Tal como lo pueden escuchar como la sustancia es superior a 5 kilos y dio positivo para cocaína y eso hace que la pena de prisión que les había informado en este momento pues se aumente y en último la pena final a la que quedarán sometidos es a 256 meses como mínimo y 360 como máximo y una pena de multa de 2668 a 50.000 salarios mínimos legales vigentes.

Y si bien es cierto la Fiscalía en éste momento cuenta con suficientes elementos materiales probatorios, es decir, suficientes pruebas, que demuestran, primero que la conducta existe o que el delito existe y que ustedes son la personas que lo cometieron. Igualmente, la Fiscalía cuenta con diferentes elementos, exactamente un arraigo, es decir, un estudio que demuestra situaciones particulares que de una u otra forma dan cuenta que ustedes este delito lo han cometido en unas circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema. Particularidad que la fiscalía se las reconoce a ustedes, por el hecho de ser unas personas que se dedican a la pesca, por el hecho de su condición, de su lugar de vivienda, de su residencia y de sus características particulares, igualmente de sus estudios. Estas circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, se encuentra consagrada en el artículo 56 del Código Penal que establece lo siguiente: -dio lectura-. Para que ustedes lo entiendan, lo que hace estas circunstancias de marginalidad, ignorancia o

pobreza extremas, es reducir la pena que les había informado, es decir, que en ultimas la imputación que les he hecho en este momento en mi calidad de Fiscal y de acuerdo a esto, la pena a la que ustedes se verán sometidos tiene un mínimo de 42,6 meses y un máximo de 180 meses y una multa de 444 a 25.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, esa sería la pena. Este delito la fiscalía a ustedes se lo imputa bajo la modalidad dolosa, es decir que ustedes sabiendo que estaban transportando y a pesar de saber que era prohibido quisieron hacerlo, bajo la calidad de coautores ya que son 4 las personas, inclusive hay más personas que lograron escaparse, por esa la calidad de coautor porque son varios y bajo el verbo rector transportar, porque se encontraron transportando una sustancia estupefaciente.» (subrayado por la Sala)⁴⁴

Se advierte de la extensa transliteración que el entonces fiscal BURBANO BURBANO no presentó argumentos fácticos y jurídicos que razonadamente permitieran inferir la incidencia de esas circunstancias en la ejecución del ilícito, pues simplemente aludió a un elemento de comprobación que se contrae a un estudio de arraigo realizado con posterioridad a la ejecución de la conducta, sin explicar cómo esas condiciones individuales, familiares y sociales de los imputados influyeron en la comisión de la conducta punible.

Además, cuando se trata de reconocer la diminuyente debe diferenciarse si es marginalidad, ignorancia y pobreza extrema. Claro, las tres situaciones pueden concurrir en una sola persona, sin embargo, criterios como “*ser unas personas que se dedican a la pesca*”, no hace *per se* que el sujeto sea marginado, ignorante o pobre en extremo. Igual análisis debe

⁴⁴ Reg. 01:03:00 y ss. Audiencia 22 de mayo de 2018

pregonarse del “*lugar de vivienda, de su residencia*”, o “*de sus estudios*”. Y tampoco explicó el fiscal del caso en la formulación de imputación en qué consistía y cómo estaban razonablemente inferidas “*su condición*” y “*sus características particulares*”, al punto que influyeron directamente en la ejecución de la conducta de narcotráfico en cuya actividad fueron aprehendidos en flagrancia.

Se advierte también que el procesado no ejecutó ninguna labor investigativa tendiente a corroborar la supuesta situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema en la que a su juicio se encontraban los procesados. Además, el simple hecho de que los procesados aseguraran ser pescadores y pertenecer a una población vulnerable como la del municipio de Tumaco-Nariño, no acredita *per se* que hicieran parte de una franja de población marginada, pobre o ignorante y que esas circunstancias hayan influido directamente en su determinación de delinquir.

En criterio de la Sala se advierte evidente la inviabilidad de reconocer la diminución de pena, como también que fue ese ofrecimiento lo que condujo a que todos los imputados se allanaran a los cargos.

Las condiciones en las que fueron aprehendidos los imputados descartan que se hallaran en una palmaria situación de vulnerabilidad, no solo por las sumas en moneda extranjera que se encontró en poder de cada uno, así como la calidad y naturaleza de las motonaves en que

fueron aprehendidos, sino porque se evidenció que eran parte de una organización criminal dedicada al tráfico de estupefacientes, que remuneraba su actividad delictiva, como lo afirmó en el interrogatorio Eusebio Betancour Valencia, de donde es claro que su actividad económica no era la pesca artesanal.

En ese contexto, lo alegado por el recurrente en el sentido de que la decisión del procesado se fundamentó en los elementos de juicio con los que hasta ese momento contaba, pierde sustento, pues la sucinta y casi nula argumentación evidencia que el funcionario se apartó de concretas y unívocas reglas que regulan la materia con la intención indudable de beneficiar ilícitamente a los imputados con una rebaja punitiva improcedente, producto de un acuerdo subrepticio con el defensor, aspecto que devela el dolo en su comportamiento y el ánimo corrupto en su obrar.

La defensa aseguró que el reconocimiento de la mencionada circunstancia era una práctica común en el municipio y que el fiscal BURBANO BURBANO usualmente la reconocía dadas las condiciones evidentes de pobreza de la zona y sus habitantes.

Para tal efecto, la defensa hizo comparecer como testigo al doctor Edwar Sinibaldo Paz Erazo, Juez Penal Municipal de Tumaco, quien atendió las audiencias preliminares de los cuatro capturados el día 17 de diciembre de 2015. Refirió que

en esa oportunidad el fiscal JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO reconoció la circunstancia de marginalidad y pobreza extrema dentro de la formulación de imputación, reconocimiento que era usual en las audiencias de formulación de imputación por parte de los fiscales del municipio. Aseguró que en esas oportunidades solo verificaba que la imputación fáctica fuera coherente con la jurídica y que fueran entendibles los cargos para los imputados⁴⁵.

Por su parte el doctor Eduardo Arturo Velasco Córdoba Juez Penal del Circuito de Tumaco, explicó que los fiscales del circuito acostumbraban a reconocer la circunstancia de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, porque dicha situación salta fácilmente a la vista ya que se trata de un puerto pesquero artesanal, donde existe un grado de escolaridad mínimo y en donde aproximadamente el 80% de su población se encuentra en situación de pobreza. Aclaró que actualmente no se reconoce esa circunstancia en la audiencia de formulación de imputación.⁴⁶

El argumento anterior es especulativo, pues si bien es cierto en Tumaco se presentan unas condiciones de vida complicadas en algunos de sus habitantes y existe una población que deriva su sustento de la pesca artesanal; dicha situación no puede generalizarse y ser el fundamento para que los fiscales, por costumbre, le reconocieran la

⁴⁵ Reg. 00:06:00, CD2 Audiencia 23 de mayo de 2018

⁴⁶ Reg. 00:07:30, CD1 Audiencia 23 de mayo de 2018.

circunstancia de marginalidad, ignorancia y pobreza extrema a todas las personas que cometen conductas punibles en dicha municipalidad, ya que como se ha indicado, para su reconocimiento se debe examinar cada caso en particular y hacer un estudio de acuerdo serio, *ex ante*, a la formulación de imputación, con base en los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, que obren en poder de la fiscalía para verificar que esas circunstancias deben encontrarse cabalmente acreditadas.

En este caso no se estaba ante unos humildes pescadores artesanales de Tumaco, las lanchas en que fueron capturados, la cantidad de estupefacientes que transportaban, y los dólares que llevaban consigo, permiten derruir la calidad reconocida por el Fiscal, quien desconoció las anteriores circunstancias, las cuales fehacientemente impiden establecer que la conducta se realizó bajo la influencia directa de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema como lo exige el artículo 56 del Código Penal.

Por lo tanto, como acertadamente lo coligió el juzgador, la Sala estima que objetiva y subjetivamente el Fiscal JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO incurrió en la conducta típica endilgada de prevaricato por acción, pues en contravía de la ley y sin demostrar su injerencia en la ejecución del injusto, ofreció como parte de la imputación la rebaja de pena consagrada en el artículo 56 del Código Penal,

con la intención de favorecer ilícitamente a los procesados con una sanción mucho menor a la que se harían merecedores.

Pero además, se advierte que el fiscal BURBANO BURBANO les reconoció la circunstancia de marginalidad, no porque realmente tuvieran derecho a la misma, sino porque recibió dinero y vendió la justicia, como también se verá más adelante al estudiar el delito de cohecho.

7.3.3. Del prevaricato por acción por disponer la devolución de los dineros incautados.

Según mandato constitucional establecido en el numeral 3° del artículo 250, corresponde a la Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de sus funciones, *“asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción”, y [en] caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza funciones de control de garantías para poder proceder a ello”*.

En relación con los bienes y recursos encontrados en poder de los presuntos responsables del delito la ley procesal penal prevé medidas cautelares orientadas a garantizar que se pueda hacer efectivo el comiso.

El artículo 82 de la Ley 906 de 2004, consagra a figura del comiso y establece:

“ARTÍCULO 82. PROCEDENCIA. *El comiso procederá sobre los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe. {...}”.* (Subrayado fuera del texto).

Para tal efecto, el artículo 83 de la Ley 906 de 2004 contempla como medidas materiales la incautación y la ocupación de bienes, y como medida jurídica, la suspensión del poder dispositivo, cuando:

“Se tengan motivos fundados para inferir que los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso, que su valor equivale a dicho producto, que han sido utilizados o estén destinados a ser utilizados como medio o instrumento de un delito doloso, o que constituyen el objeto material del mismo, salvo que deban ser devueltos al sujeto pasivo, a las víctimas o a terceros”.

Con ese propósito, el artículo 84 *ibídem* dispone, que el fiscal, dentro de las 36 horas siguientes a la incautación u ocupación de bienes o recursos con fines de comiso, efectuados por su orden o por acción de la policía judicial, debe comparecer ante el juez de control de garantías para que realice la audiencia de revisión de la legalidad sobre lo actuado.

Así mismo, le corresponde al ente acusador al formular la imputación o en audiencia preliminar, solicitar la

suspensión del poder dispositivo, medida que se mantendrá hasta tanto se resuelva sobre el particular con carácter definitivo, según lo prescribe el artículo 85 *ídem*.

De acuerdo con las anteriores normas es dable concluir que el procedimiento de incautación de los bienes y recursos encontrados en poder de los presuntos responsables de la infracción penal debe ser objeto de control por el juez de garantías, en orden a que sea este funcionario quien verifique la corrección del trámite y se pronuncie sobre la procedencia de la medida jurídica.

Distinto ocurre cuando el fiscal, en el ejercicio de su facultad constitucional de asegurar los elementos materiales probatorios y garantizar la cadena de custodia, aprehende bienes con fines de investigación, caso en el cual la devolución la puede realizar directamente, una vez examinados y levantados los registros correspondientes.

De manera que la devolución de bienes incautados u ocupados con fines de comiso, no puede confundirse con otras actuaciones que permitan al fiscal la devolución de elementos aprehendidos en ejercicio de la potestad constitucional de asegurar los elementos materiales probatorios.

En el presente evento se estableció que Carlos Javier Cortés Quiñones y Eusebio Euclides Betancour Valencia, así como Eduardo Angulo Borja, Ignacio Márquez Girón y

Segundo Fidel Orobio Cortes, fueron capturados en flagrancia por miembros de la Armada Nacional, cuando transportaban un total de 547 kilogramos de cocaína en dos embarcaciones, en cuyo poder se encontró la suma de once mil cuarenta dólares (\$US11.040), discriminados así: (i) Carlos Javier Cortés Quiñones, 7.990 dólares⁴⁷. (ii) Eusebio Euclides Betancour, 1.990 dólares⁴⁸. (iii) Eduardo Angulo Borja, 490 dólares⁴⁹. (iv) Ignacio Márquez Girón, 490 dólares⁵⁰. (v) Segundo Fidel Orobio Cortés 80 dólares⁵¹.

Recuérdese que el capturado Eusebio Euclides Betancour Valencia en el interrogatorio que rindió ante el fiscal acusado, previo a la celebración de las audiencias preliminares, indicó que fue contratado para el transporte del estupefaciente y por ello recibió el pago de trescientos mil pesos (\$300.000)⁵².

Teniendo en cuenta esos elementos de juicio, se estaba claramente ante una de las circunstancias previstas en la ley para que procediera la figura del comiso en el caso, pues era razonable inferir que los valores incautados provenían de la ejecución del delito o eran producto directo o indirecto de esa actividad ilícita, o sería destinados para ser utilizados en delitos dolosos (Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes).

⁴⁷ Fl. 22, C. 3

⁴⁸ Fl. 25, C. 3

⁴⁹ Fl. 23, C.3

⁵⁰ Fl. 24, C.3

⁵¹ Fl. 26, C.3

⁵² Fl. 56, C.3

Por ende, en relación con esa medida, de conformidad con el mandato del artículo 84 de la Ley 906 de 2004, la decisión del fiscal BURBANO BURBANO no podía ser otra que solicitar audiencia ante el juez de control de garantías para la revisión de la legalidad de incautación y solicitar la suspensión del poder dispositivo del dinero; y no disponer la entrega de los recursos al abogado de los capturados, abrogándose competencias que corresponden al funcionario que ejerce control de garantías.

La Sala encuentra que la decisión de entregar tales recursos es manifiestamente contraria a la Constitución y a la ley, por lo cual la conducta desplegada por el funcionario es objetivamente típica.

De igual manera las pruebas incorporadas al juicio permiten demostrar la tipicidad subjetiva de la conducta, pues pese a que el procesado conocía el procedimiento a seguir en los casos de incautación, lo omitió deliberadamente para proceder a su entrega con el fin de evitar el comiso de los dineros.

En efecto, la motivación que hizo el acusado BURBANO BURBANO en la decisión del 17 de diciembre de 2015, es señal inequívoca de su voluntad dolosa de desconocer la ley. Esto fue lo que expresó:

«Se quiere dejar en claro por este delegado que efectivamente en audiencia de legalización de captura

*ante un juez de control de garantías la Fiscalía conecedora de los hechos dados a conocer por el propietario del bien mueble, no solicitó la legalidad de la incautación con fines de comiso, no se decretó medida cautelar alguna sobre el bien solicitado, al igual que el dinero no fue objeto de suspensión del poder dispositivo de dominio o de incautación con fines de comiso emitido por un juez de control de garantías, por lo cual la solicitud elevada es procedente conforme lo establece la sentencia C-591 de 2014 de la Honorable Corte Constitucional y la Fiscalía General de la Nación competente para la entrega del dinero».*⁵³

El fundamento de la citada decisión pone de manifiesto el conocimiento que tenía el funcionario del procedimiento legal a seguir en el caso de incautación de bienes con fines de comiso y su reconocimiento acerca de que no lo adelantó al guardar silencio en las audiencias preliminares sobre la incautación de las divisas.

Ahora, el contrato de compraventa de una embarcación y de un motor, allegado por el defensor para acreditar la procedencia de los dineros no podía sustentar la decisión de entrega, pues tal documento se refiere a Carlos Javier Cortes Cabezas y da cuenta de una negociación por un valor de ocho mil dólares “americanos” (US\$8.000), suma menor a la totalidad incautada.

Debió advertir el entonces fiscal que dicho contrato no podía ser tenido en cuenta, dado que correspondía a una persona diferente, pero en gracia de discusión, aun de admitirse que en el contrato intervino Carlos Javier Cortés

⁵³ Fl. 64, C.3

Quiñones, esa situación solo lo cobijaba a él y hubiera dado lugar solo a la devolución del dinero que se halló en su poder y no del restante.

Es la acción de haber entregado todo el dinero incautado lo que permite aseverar que en el presente caso al fiscal acusado tenía unos fines protervos y su actuar fue conscientemente deliberado para incurrir en el delito de prevaricato movido por promesa remuneratoria como más adelante se verá.

Es evidente entonces que el procesado BURBANO BURBANO obró con dolo, en tanto que sus calidades personales, profesionales y experiencia laboral de más de cinco años vinculado a la entidad, le permitían comprender la ilegalidad de la decisión que estaba adoptando.

En consecuencia, ante este escenario, en relación con la conducta de prevaricato por acción por la entrega directa de las divisas incautadas, el fallo impugnado se mantendrá incólume.

7.4. El delito de *Cohecho Propio*

La conducta punible de *Cohecho Propio* protege el bien jurídico de la Administración de Pública, entendida de manera amplia como la actividad funcional del Estado en

todas sus ramas del poder público, en las entidades autónomas e independientes y en los órganos de control.

Consagrado el artículo 405 del Código Penal la conducta punible está definida de la siguiente forma:

“COHECHO PROPIO. *El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.”*

El punible busca, como debe ser en un Estado Social de Derecho, que el servidor público actúe siempre con imparcialidad y objetividad en el cumplimiento de sus funciones. Al pertenecer al Estado en sus diferentes organismos se obliga a actuar conforme a la ley, que es poder y límite de su función. Es por ello que el servidor público no solo responde ante las autoridades por infringir la ley, sino que también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, conforme lo dispone el artículo 6 de la Constitución Política.

Para que el delito se configure no es requisito sine qua non que el servidor reciba el dinero o la utilidad que persiguió, pues lo que se protege son los principios de transparencia y moralidad que orientan la administración

pública establecidos en el artículo 209, y en este caso, en concordancia con el 228 de la Constitución de 1991 dado que la Administración de Justicia es una función pública quebrantada por un funcionario judicial perteneciente a la Fiscalía General de la Nación. Así lo ha denotado esta Sala al establecer:

“De ahí que el halago, la dádiva, la ofrenda, la oferta o entrega de dinero, o la utilidad, otorgados por el particular, no en consideración a la persona del funcionario, sino de su cargo, estén prohibidos penalmente, tanto para el particular que ofrece (art. 407 de C.P.), como para el funcionario que recibe, pues, es de entenderse que, así expresamente no se anuncie, la intención que anima ofrecer de una parte y recibir de otra, conlleva el interés oculto de una solución favorable a los intereses particulares, poniendo en tela de juicio la imparcialidad y transparencia con las que debe actuar la administración en la definición de los asuntos a su cargo.”

En el presente evento la incriminación por este delito al acusado JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO surgió de las interceptaciones telefónicas realizadas a la organización criminal dedicada al tráfico de narcóticos a la que pertenecían los capturados judicializados por el fiscal. Este procedimiento permitió la contención de dos lanchas cargadas con cocaína y la captura de sus tripulantes, al tiempo que se logró conocer que la organización emprendió gestiones con el defensor de los aprehendidos para obtener la libertad de uno de ellos y rebajas punitivas para los restantes capturados, bajo la promesa de entregar la suma de noventa millones de pesos (\$90.000.000), y si bien en dichas interceptaciones no se menciona concretamente el

nombre del fiscal BURBANO BURBANO, su proceder estuvo de acuerdo a las expectativas del conglomerado delictivo, pues liberó a uno de sus líderes, ofreció a los restantes una rebaja de pena claramente improcedente y devolvió sin condicionamiento alguno los dólares incautados.

Al respecto el testigo Nelson Reyes Mateus, Técnico al servicio de la Policía Nacional en su testimonio dio cuenta que se le encomendó una investigación de dos grupos de narcotráfico en la ciudad de Tumaco, desempeñándose como analista de información, para lo cual tenía interceptadas varias líneas telefónicas y pines de BlackBerry. Aseguró que gracias a las interceptaciones se lograron diferentes capturas e incautaciones. Refirió que de las escuchas advirtió una situación irregular, ya que se estaba pidiendo la suma de noventa millones de pesos (\$90.000.000) para dejar en libertad a alias “Euclides” quien era el coordinador de la zona y para rebajar la pena de los demás. Así lo dio a conocer en la audiencia del 22 de mayo de 2018:

“Informo básicamente que hay unos hechos de corrupción, de una posible corrupción en ese entonces sin establecer, y también menciono que dentro de lo que se logró leer, en los pines que le mencioné anteriormente se muestra que hay una entrega de dinero, de noventa millones de pesos para la libertad de una persona, en este caso ellos lo mencionaban como “Euclides”, según lo que yo leí en ese tiempo, lo que se escuchaba, es que esta persona, necesitaban que saliera porque era básicamente un coordinador, era una persona encargada de manejar la salida de las lanchas, que conocía bien la zona, que tenía permeado a varias personas, que tenía ciertas alianzas con miembros de las FARC en ese entonces {...}

El dispositivo Pin BlackBerry 2BE3E98B que fue interceptado el 28/10/2015, utilizado por alias "Don Ti" que les había mencionado era el jefe de la organización en ese entonces, actualmente está capturado, como principal cabecilla de la salida de las lanchas del puerto de Tumaco y es el encargado de dirigir la, el envío de estas lanchas hacia Centro América y finalmente terminan en Estados Unidos.

También aparece un abonado celular 3108852537 el cual fue interceptado el 30/10/2015 y era utilizado por un señor que se hacía llamar Alberto, él era su coordinador logístico de confianza del señor "Don Ti" en la zona, básicamente tras la operación desarrollada el 15/12/2015 donde a través de información aportada por la Unidad Especial de ... (inaudible) se coordinó con la Armada Nacional y se logra la incautación de 547 kilos de Clorhidrato de Cocaína, una lancha Fleeper, así mismo se logró la captura de 3 ciudadanos colombianos y 2 ciudadanos ecuatorianos, a través de los controles técnicos se tiene conocimiento sobre un posible hecho de corrupción donde se pagarían noventa millones de pesos para que uno de los capturados dentro del procedimiento al cual refieren con nombre de "Euclides" quede en libertad. Ya aquí viene en la pantalla que sale de nuestro, digamos del reporte que se genera en lo que se puede leer del Pin, de las comunicaciones que utilizan ellos aparecen varios pantallazos, básicamente aquí señalamos uno donde uno de los de menos rango se comunica con el alias "Don Ti" y le dice "amigo hola, amigo están cobrando 100 palos por sacar a uno, y los otros 4 años, dicen que nos van a ayudar con la mitad, cuanto nos colabora" él le estaba pidiendo dinero al jefe de la organización para poder pagar a alguien la libertad de ese señor "Euclides", aquí menciona el que estaba muy caro, que cobraran más poquito, que por ahí dieran 30 {...}

15/12/2015, la hora no se si acá la muestre {...} bueno acá hablamos del 15 y del 16, son dos días, el 15 fue el operativo, la captura y el 16 estaban ya gestionando, entre las 5 de la mañana del 16 hasta las 15:28, un poquito más 15: 32 estaba la conversación entre ellos

para lograr reunir el dinero que había que pagar para la libertad de estas personas... aquí pasan un número de una abogada, para que ellos tengan la comunicación con la abogada, esa abogada como que iba a ayudar a hablar ahí {...}

Igualmente hay unas llamadas que también entregué acá que hacen parte de la estructura, como la había mencionado en la primera parte del informe, básicamente es del 3108852537 es una llamada del 16/12/2015 inicia una conversación alias "Don Y" o "Alberto" él también se hacía pasar por Alberto, él le menciona acá en una parte le dice, hace referencia a las capturas, relación de la incautación, José comenta que le ofrecieron 200, 300 para que dejen menos tiempo, pero no se puede, mujer pregunta por Euclides, que dicen si los dejan acá o los mandan a Ecuador José hace referencia que por la rebaja de años y la salida de mi loco pagaron noventa millones de pesos, mujer desconocida dice solamente para la rebaja de mi loco noventa millones {...}

Hablan también, acá hablan que dentro de esos está un señor Segundo Fidel Orobio, Euclides y Betancur, Javier Cabezas, se lo envían en un mensaje de texto, hacen referencia a que las personas que capturaron a las 8 de la noche y les incautaron 547 kilos de droga, básicamente todo viene conectado y al final está la llamada donde mencionan el pago por una persona que hacen referencia como "mi loco" que es el señor Euclides {...}

En ese entonces no supimos quien fue, pero pues, nosotros como teníamos personal allá, enviamos un personal de GROIC Policía Judicial, GROIC es el que está en el batallón, perdón está en la Armada Nacional y ellos son los encargados de servir en la parte judicial a la Armada Nacional, cuando hacen las incautaciones, cuando hay un homicidio, cuando entonces, el GROIC es el encargado, designamos a ellos para que ellos hicieran el procedimiento de incautación de la droga. Cuando los enviamos yo tuve comunicación con el encargado, no recuerdo el nombre de él, pero básicamente lo que yo le dije a el "hermano pilas porque ahí algo va a pasar" yo

ya había escuchado esta llamada, le dije “algo va a pasar porque resulta que como que van a dejar a alguien libre y al parecer como que le van a devolver hasta la plata” entonces a nosotros nos pareció pues raro, porque pues, la idea es que a todos los encontraba, a todos los capturaban, a todos les encontraban droga, pues, no sé, igual él me informó como al siguiente día me dijeron “no, desafortunadamente uno de los que salió esta libre y le devolvieron un dinero” y como se llama el, me dijo Euclides, entonces eso quedó así, yo pasé mi informe {...} Gracias al análisis y a la interceptación de estos pines se lograron muchos eventos de incautaciones, como lo da este evento, la incautación de los 547 kilos, entonces la información que ellos daban por esos pines era muy verídica.”⁵⁴

Posteriormente en audiencia de juicio oral se recibió el testimonio de Yenny Astrid Rojas Peña, servidora de Policía Judicial a quien se le encomendó realizar una transliteración de audios o ID, con ella se introdujo un CD que contenía llamadas entrantes y salientes del abonado telefónico 3108852537 perteneciente a alias “Alberto o José”. Reproduciendo tres (3) audios que se consideraron relevantes para la investigación.

En el primer audio se registró una comunicación entre un hombre que de acuerdo a las labores de investigación desarrolladas se logró identificar como Alias Alberto o “Don Y” y una mujer, en la que se indica que se cobraron noventa millones de pesos (\$90.000.000) para dejar en libertad a una de las personas y para rebajarles sustancialmente la pena a las demás. Así quedó transliterado:

“M-Y donde los tienen a ellos

⁵⁴ Reg. 01:55:00, audiencia 22 de mayo de 2018

H- Ahí en la policía

M- Y mi loco cierto que Salió

H- Si pues Mañana recién sale la audiencia

M- Por eso pero mi loco no más, porque?

H- Es que no aceptaron salir los 3

M- Ay Diosito santo Fidel, por Dios santísimo

H- El Fiscal ahí, jueputa muy, era jodido, entonces no aceptaron, no aceptaron los 3, entonces a... a este man de mi loco como tiene las bolas hinchadas... y a los otros trataron de darles la condena más baja.

M- Entonces los van a meter presos?

H- Si

M-Ah jueputa vida, ah, no. ¿Y de cuanto hablan, de cuánto tiempo?

H- Hablan de, eran totalidades de 21 años, entonces ahí pagamos una plata y entonces lo bajaron a 4 años, ahí es donde viene después la rebaja por el buen comportamiento y estudios salen ahí como por dos años y pico.

M- Ay no pero tampoco, yo no quería que los dejaran por ninguno, por ningún año ni nada, sino unos días, no sé, no se puede eso así. Ay no Fidel como se va a quedar allá.

H. Hicimos lo que pudimos le ofrecimos plata ahí pero 200 o 300 millones no se puede.

M- Ay no Dios mío santísimo, como lo van a dejar a Fidel allá, Dios mío, Ay Dios mío santísimo.

H- Mañana ya les hacen la audiencia y si le hacen la audiencia mañana lo trasladan ahí a Bucheli

M- Ay pobrecitos los muchachos. Y de Euclides que dicen, lo mandan pal Ecuador o acá no más

H- No, acá no más porque él tiene los papeles colombianos... ellos dos y los otros dos pelados del Ecuador.

M. Ellos no, no se quien serán... y a ellos dos los mandan pa' allá o también los dejan acá?

H- No, ellos también se quedan ahí... el mismo tiempo le dan a todos

M- Si el mismo tiempo porque todos están allá y dependiendo de su comportamiento, pero no, no me gustó, pues así no, yo los dos míos que salieran de una, ay no, no hay un milagro por ahí.

H- No, no hay nada de milagros, porque hicimos todo lo que pudimos

M- Ay jueputa, Fidel quedarse allá virgen santísima, no que carajos

H- Por eso, por rebajarles dos años y por dejar a mi loco pagamos 90 millones de pesos

M- Ay No. Solamente por sacar a mi loco 90 millones?

H- Si y para rebajarles pues lo de ellos, estábamos tratando para todos pero no se pudo

M- Que suerte mi loco por un lado, virgen santísima. Pero no, ese Fidel porque se me quedo allá virgen santísima, los milagros existen hijo, entonces poner fe, pero pues...

H- Exactamente, ojala Dios quiera un milagro, pero pues

M- Si quien quita que por comportamiento y todo le sigan rebajando, que se yo, no se... ellos le quitan todo, celular a Fidel, ellos le quitan.

H. Si pero vamos a ver si le metemos uno allá

M. Ah entonces mañana que vaya me le da saludes, oyó...aló”.⁵⁵

En el segundo audio se registró una comunicación entre alias “Alberto” y el abogado de los entonces procesados, en la que se indica que efectivamente Carlos Javier Cortes Quiñones ya se encontraba en libertad:

“H- Buenos días doctor

A-Con quien tengo el gusto

H-Con el muchacho que estuvo ayer allá

A-AH ya mijo, ya, Carlos ya salió los muchachos acá también ya terminamos la audiencia, le colocaron, lo que habíamos hablado ayer, oyó, están contentos, aquí se los paso, ya están, si con lo que habíamos hablado ayer.

H -Y cómo vamos a hacer con el proceso para guardarle una (inaudible) a ellos...

A-Ya usted venga acá y acá hablamos. Ya le dije a los familiares como vamos a hacer para eso oyó... hay que comprarle pantaloneta, camiseta y camisilla y chancas y una colchoneta, eso si hay que comprarle a cada uno... hay que comprarlo hoy para que se lo lleven ellos cuando los lleven, se lleven eso... Listo.”⁵⁶

⁵⁵ Reg. 02:48:32, audiencia 22 de mayo de 2018

⁵⁶ Reg. 02:57:00, audiencia 22 de mayo de 2018

El tercer audio reproducido en juicio consiste en la comunicación que tuvieron tres hombres, alias “Alberto”, Carlos Javier Cortes Quiñones y un sujeto desconocido respecto a los dólares que fueron devueltos:

*“C- Alo, José habla con Chilaver
A-Ah ya, que hubo como vamos
C- Está todo bien
A- Que usted está ahí ya con el juez ahí
C- Si acá el abogado, todos están adentro
A-pero que (inaudible)... usted donde está
C- Acá, aquí al lado de la Policía
A- O sea que...ya te dieron libertad ya
C- Si señor
A- Si... y Euclides
C- Eso está ahí enredado están ahí adentro
A- (inaudible)
C-(inaudible) pásalo que le quiero a preguntar algo
H- Aló, dígame que se habló el abogado sobre ese billete
C- De lo que, de los dólares
H- Eso se perdió dijo el abogado.
C- Él me dijo que hablara eso contigo, por eso te estoy llamando
H- El me la robo (inaudible)
H- (inaudible)
C- Los “Poli”, los que estaban conmigo me dijeron que iba a hablar con el juez para que me entregaran eso
H- Ese hijueputa, entonces el abogado se los robó llame al abogado y dígame que parta, miti-miti. Háblele al abogado y dígame que parta la mitad, sino vamos a tener problemas.
C- No. Pero el abogado me dijo que me quedara callado, que todo eso, se formó un poco un relajo acá (inaudible) entonces...
H- ya entonces se lo robó ya...ya se los robó
C- Ya porque como te digo los “poli” me dijeron a mí que yo hablara con el juez y como el otro pidió los 8.000, yo llevaba los 8.000 entonces que iban a hablar para que le entregaran ese billete, pero el abogado me dijo que no, que no reclamara nada.
H- No ya él me dijo a mí que eso se perdía*

C- Ah bueno listo pues, todo bien, yo ahora subo para allá

H. Empaque maleta ahí antes de que le echen mano (inaudible) coja una moto o algo y salga de ahí, se pierde de ahí

C- Ya listo, todo bien, todo bien...”⁵⁷

En efecto, en el presente caso está demostrado que el fiscal BURBANO BURBANO ordenó la libertad de Carlos Javier Cortés Quiñones capturado en flagrancia, aduciendo duda acerca de su participación en la ejecución del delito con fundamento en el interrogatorio de Eusebio Euclides Betancour Valencia, no obstante conocer que la Fiscalía solo está habilitada para concederla en caso de concurrir alguna de las condiciones objetivas previstas en el artículo 302 de la Ley 906 de 2004.

Igualmente, en la audiencia de imputación de cargos reconoció en favor de los restantes capturados, las circunstancias de menor pena consagradas en el artículo 56 *ibídem*, sin contar con pruebas que las acreditaran, lo cual no puede tener otra explicación que respondían a la intención velada de favorecer a los imputados con penas más benignas y de allanarse éstos a los cargos, como en efecto ocurrió.

De otra parte, ordenó la devolución definitiva de las divisas incautadas a petición del defensor de los capturados, desconociendo el procedimiento previsto en la ley cuando los

⁵⁷ Reg. 02:59:50, audiencia 22 de mayo de 2018

bienes se encuentran en alguna de las circunstancias en las que procede el comiso.

Aunado a lo anterior, se demostró que previo a tomar tales determinaciones, el fiscal BURBANO BURBANO sostuvo conversaciones con el defensor de los capturados, a raíz de lo cual accedió a interrogar a Eusebio Euclides Betancour Valencia, cuyo testimonio fue soporte para ordenar la libertad de Cortés Quiñones, además se comprometió al reconocimiento de las circunstancias previstas en el artículo 56 del Código Penal en favor de los restantes capturados al efectuar la imputación.

La defensa aseguró que en ningún momento el señor JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO exigió dinero para tomar las decisiones ya mencionadas, tal y como lo manifestaron el abogado José Ovidio Navarrete Martínez⁵⁸ y el mismo procesado en audiencia de juicio oral, quienes también aseguraron que en el municipio de Tumaco los abogados suelen decirle a sus representados que los jueces y fiscales piden dinero a cambio de tomar decisiones favorables a sus intereses.

Para soportar dichas manifestaciones se valió de los testimonios de los doctores Mónica Mariana Mora Córdoba, Eduardo Arturo Velasco Córdoba y Franco Orlando Rojas Cabrera, quienes dieron cuenta de las prácticas irregulares

⁵⁸ Reg. 00:38:00, CD1 audiencia del 23 de mayo de 2018

de los abogados de Tumaco, situación que en algunas oportunidades los ha afectado directamente.

La doctora Mónica Mariana Mora Córdoba, Fiscal 4 Especializada de la ciudad de Pasto, advirtió que en Tumaco se presentan prácticas irregulares por parte de los abogados, quienes se comportan como amigos íntimos de los funcionarios para cobrar altas sumas de dinero a sus representados a cambio de supuestos favores o ayudas judiciales. Refirió que en dos o tres oportunidades se enteró que a su nombre se había ofrecido dinero, sin embargo, nunca pudo instaurar una denuncia formal porque nunca supo la identidad de las personas que usaban su nombre, por lo que acostumbraba dejar constancia en las audiencias sobre la falsedad de los señalamientos y la gratuidad de la justicia.⁵⁹

El doctor Eduardo Arturo Velasco Córdoba, Juez Penal del Circuito de Tumaco, aseguró que cierto grupo de abogados tienen la costumbre de informar falsamente que los jueces y fiscales cobran sumas de dinero como contraprestación para el reconocimiento de beneficios judiciales, por lo que suele dejar constancias de la gratuidad de la justicia en las actuaciones.

Refirió que en el año 2013 fue informado que en un consejo de seguridad se reveló una interceptación telefónica donde se indicaba que se le pagaron setenta millones de

⁵⁹ Reg. 00:08:32, CD audiencia del 24 de mayo de 2018

pesos (\$70.000.000) para que revocara una decisión, de lo que fue informado por el Juez Coordinador, por lo que solicitó ante el Tribunal Superior el cambio de radicación.

Manifestó: “*creo que también está otro abogado que es el doctor Navarrete*”, con el que no ha tenido inconvenientes de ese tipo, pero ha escuchado que es uno de aquellos abogados que piden dineros y que cobra mucho por las audiencias.⁶⁰

Por su parte Franco Orlando Rojas Cabrera, Fiscal 12 Especializado de Pasto, antiguo Fiscal Local, Seccional, Especializado y Coordinador de Fiscalías de Tumaco Nariño, aseguró que conoce la exigencia de dineros por parte de los abogados a sus representados, quienes les indicaban que una parte de ello terminaría en manos de los fiscales y jueces para lograr la libertad de las personas capturadas, por lo que solía dejar constancia de ello en las audiencias.⁶¹

A pesar de que es evidente que tanto en el municipio de Tumaco, como en gran parte del país algunos abogados inescrupulosos se atreven a asegurarle a sus clientes que para conseguir cierto tipo de beneficios o para que salgan avante sus intereses deben darle dinero a jueces y fiscales, se advierte que en esta oportunidad no se trata de un señalamiento sin ningún fundamento, o un hecho aislado, dado que frente a esta realidad, es una razón lógica que efectivamente existió el acto de corrupción referido en las conversaciones telefónicas, que desencadenó las conductas

⁶⁰ Reg. 00:26:55, CD1 audiencia del 23 de mayo de 2018

⁶¹ Reg. 01:27:13, CD1 audiencia del 23 de mayo de 2018

irregulares atribuidas a JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO, pues no de otra forma se entiende que adoptara decisiones abiertamente contrarias al ordenamiento jurídico atendiendo peticiones del abogado de los capturados, por lo cual resulta un despropósito afirmar que el acusado actuó con el convencimiento errado de que obraba conforme a los mandatos legales.

No se comparte la postura de la defensa cuando asegura que el Tribunal intentó cubrir a través de un débil ejercicio indiciario las falencias investigativas de la Fiscalía. Por el contrario, la prueba indiciaria en este punto es tan fuerte y tan cristalina, que todos los hechos indicadores indefectiblemente permiten pregonar los elementos del tipo penal y la responsabilidad del fiscal BURBANO BURBANO en el delito de *Cohecho Propio*.

El indicio es “...todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido”.⁶²

Sabido es que un solo hecho indicador no puede conducir a través del raciocinio a la certeza absoluta, en caso de Ley 906 de 2004, al conocimiento más allá de toda duda (artículo 381). Sin embargo, cada hecho indicador va sumando confianza y acercándose a un todo, excluyendo la

⁶² Dellepiane Antonio. Nueva teoría de la prueba. 10ª impresión 2016. Pag. 61

aparición de diferentes explicaciones del hecho que se quiere conocer. Es por eso que se considera que *“cada nuevo indicio que concurre aumenta por extremo el grado de certeza, pudiendo ser tanto el número que, si no a la evidencia, se llegue a una convicción tal que permita obrar sin temor a engaño”*⁶³

En el *sub examine*, concurren varios hechos indicadores que van aumentando la probabilidad sobre la configuración del delito de Cohecho Propio, y que disminuyen la posibilidad de que se esté frente a una cadena de acontecimientos aislados difíciles de compaginar. Estos hechos son:

1. El procesado dejó en libertad a una persona que fue capturada en flagrancia en una lancha rápida, de las usadas habitualmente por narcotraficantes, con 280 kilogramos de cocaína.
2. En la misma operación se capturó en total a cinco personas y se incautó un total de 547 kilogramos de cocaína.
3. La persona liberada pertenecía a una organización criminal dedicada al tráfico de estupefacientes desde Tumaco hasta Estados Unidos (de eso dan fe los testimonios de los investigadores Nelson Reyes Mateus y Yenny Astrid Rojas Peña).
4. El fiscal procesado entregó definitivamente la suma de once mil cuarenta dólares americanos (US\$11.040) al

⁶³ López Moreno, Santiago. La prueba de indicios. 1980. Pag. 200

defensor de todos los procesados desconociendo deliberadamente las reglas del comiso.

5. Entregó todos los dólares a una sola persona, el defensor de todos los procesados y de Carlos Javier Cortés Quiñones -individuo supuestamente ajeno a los restantes capturados- y quien tenía en su poder exclusivamente siete mil novecientos noventa dólares (US\$7.990), olvidando que el dinero le fue incautado a las siguientes personas y en las siguientes cantidades: Eusebio Euclides Betancour Valencia, mil novecientos noventa dólares (US\$1.990); Ignacio Márquez Girón, cuatrocientos noventa (490) dólares ; Eduardo Angulo Borda, cuatrocientos noventa (490) dólares; y Segundo Fidel Orobio Cortés ochenta (80) dólares.
6. En las interceptaciones telefónicas se habla de la devolución del dinero incautado el día 15 de diciembre de 2015. Fijese que se habló de partir el dinero “miti-miti”, cuando se escucha perfectamente *“Háblele al abogado y dígame que parta la mitad, sino vamos a tener problemas.”*
7. BURBANO BURBANO reconoció a los imputados la circunstancia punitiva consagrada en el artículo 56 del Código Penal, sin que tuvieran tal calidad.
8. En las interceptaciones telefónicas está demostrado que el fiscal que llevaba el caso se comprometía a dejar una persona en libertad y a rebajar una pena de aproximadamente 21 años y 4 meses para dejarla en cuatro (4) años. Esto se desprende del audio número 1: *“¿Y de cuanto hablan, de cuánto tiempo? H- Hablan de,*

eran totalidades de 21 años, entonces ahí pagamos una plata y entonces lo bajaron a 4 años, ahí es donde viene después la rebaja por el buen comportamiento y estudios salen ahí como por dos años y pico.”.

9. Las escuchas dan fe de que por realizar todos esos actos ilegales se cancelaría la suma de noventa millones de pesos (\$90.000.000). Obsérvese: *“H- Por eso, por rebajarles dos años y por dejar a mi loco pagamos 90 millones de pesos”.*
10. Las interceptaciones son producto de una investigación que venía realizándose desde octubre de 2015, y los audios donde se advierte el pago del dinero a cambio de la libertad de uno de los capturados y de rebajarle la pena a los demás imputados fueron del 16 de diciembre de 2015. Carlos Javier Cortés Quiñones fue dejado en libertad el 17 de diciembre de 2015 y la audiencia de formulación de imputación se llevó a cabo el mismo día.

Se tienen diez hechos indicadores que están debidamente probados en la actuación. Ahora debe mirarse si se acoplan entre ellos para después saber si realizando una inferencia se llega a una conclusión razonable que excluya la casualidad y nos lleve a la causalidad necesaria para establecer que los mismos son hechos accesorios al hecho principal que se quiere dilucidar en el presente caso, que no es otro que conocer si JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO realizó o no la conducta punible de *Cohecho Propio*.

Para tal fin deben analizarse en conjunto los hechos indicadores y no de manera aislada y el proceso por medio del cual se arriba a la certeza que se requiere para saber si se condena o si no se concatenan los hechos para absolver ha sido desarrollado por la Corte en varias decisiones. Recientemente, se indicó en sentencia SP5451-2021 (radicado 51920) que:

“Operaciones indiciarias y su vigencia en la Ley 906 de 2004

“Con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Penal de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte, en forma pacífica y reiterada ha sostenido que las inferencias lógico-jurídicas fundadas en operaciones indiciarias, hacen parte del sistema probatorio colombiano, a pesar de no aparecer taxativamente consagradas, tal como sucedía con el indicio en el estatuto procesal penal regulado por la Ley 600 de 2000 en sus artículos 233 y 284 a 287, erróneamente clasificado como medio de prueba autónomo.⁶⁴

*“El sistema procesal acusatorio regido por la Ley 906 de 2004, por el contrario, intentó perfeccionar la metodología para la apreciación probatoria. Así, en el título IV del Libro III del Código Penal, más exactamente en las reglas aplicables a la práctica probatoria en el juicio oral, al referirse en el artículo 375 a la pertinencia de la prueba, indicó que la misma «(...) deberá referirse directa o **indirectamente** a los hechos o circunstancias relativas a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias (...)\”, desarrollando seguidamente que «También es pertinente, cuando sólo sirve **para hacer mas probable o menos probable** uno de los hechos o circunstancias mencionados (...)\”, de donde se deduce, la*

⁶⁴ Entre las providencias más representativas, entre otras, CSJ, sentencia de 30 de marzo de 2006, Rad. 24468; sentencia de 24 de enero de 2007, Rad. 26618; recientemente, SP4126-2020, de 28 de octubre, Rad. 55641.

posibilidad de acudir a la metodología de las operaciones indiciarias en el análisis de las pruebas legalmente introducidas en el juicio.

“Al mismo tiempo, ha señalado la Corte –siguiendo la doctrina clásica– que el indicio es todo hecho o circunstancia conocida, del cual se infiere, por sí sólo o conjuntamente con otros, la existencia de otro hecho desconocido, mediante una operación lógica y/o de raciocinio.⁶⁵

“Entonces, para construir un indicio, debe existir un hecho indicador, una regla de la experiencia que le otorga fuerza probatoria al indicio y un hecho indicado o conclusión.

“El primero (hecho indicador) se refiere a una circunstancia o suceso debidamente demostrado. Si no se cuenta con pruebas del hecho indicador o existiendo no se les da credibilidad, el hecho indicador no puede declararse probado y, por ende, tampoco puede intentarse la construcción de inferencia lógico-jurídica alguna.

“El segundo, remite a la máxima de la experiencia, el principio de la lógica o el postulado científico, concretos, que permiten conectar al primero con una conclusión.

“Y finalmente, el hecho indicado, que no es más que la consecuencia extraída como resultado de la deducción hecha a partir de una regla de experiencia y un hecho indicador.

“En este orden, enunciado el hecho indicado, habrá que emprender su valoración, en concreto y en conjunto con los demás medios probatorios, en aras de concluir qué se declara probado.

“Ahora bien, aunque no todo hecho o circunstancia debidamente demostrado puede ser cobijado por el juicio de raciocinio escogido (llámese regla de la experiencia,

⁶⁵ Entre otros, *Dellepiane, Antonio*, Nueva teoría de la prueba, Bogotá, Ed. Temis, 1972, pág. 57.

*principio lógico o ley de la ciencia), no puede asumirse que tales hechos o circunstancias carezcan de importancia en el proceso de determinación de la verdad en materia penal. En tales casos, ha enseñado la Corte, **la fuerza argumentativa emanada de las máximas de la experiencia puede suplirse por la relación, convergencia y concordancia de los hechos demostrados**, al punto que de esa forma puede alcanzarse el estándar de conocimiento consagrado en el ordenamiento procesal penal para emitir un fallo condenatorio. Interconexión que debe ser lógica, surgir de la realidad y no de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador. Al respecto ha ejemplarizado esta Corporación:*

«[...] si tres meses después de ocurrido un homicidio a una persona se le encuentra en su poder el arma utilizada para causar la muerte, sería equivocado pretender, a partir de este hecho aislado, concluir con un alto grado de probabilidad, en virtud de una supuesta máxima de la experiencia, que es el autor del delito, porque no se trata de un fenómeno de observación cotidiana, que además ocurra siempre o casi siempre en un mismo sentido y que, por tanto, permita extraer una regla general y abstracta que garantice el paso del dato a la conclusión.

Sin embargo, no cabe duda de que ese dato (el hallazgo, tres meses después, del arma homicida), sumado a otros que apunten en idéntica dirección, pueden dar lugar al nivel de conocimiento necesario para emitir la condena, verbigracia cuando se aúna a que el procesado fue visto cuando huía del lugar de los hechos segundos después de la agresión, a que éste había amenazado de muerte a la víctima, entre otros».⁶⁶

“Así, en ocasiones se presentan casos en que existiendo dos hechos indiciarios que ponderados independientemente carecen de fuerza probatoria, al ser

⁶⁶ CSJ, SP-1467-2016, de 12 de octubre, Rad. 37175.

*unidos la adquieren tan considerablemente a raíz de su lógica complementación, que en ausencia de pruebas en contrario, resultan concluyentes.*⁶⁷

*“De igual forma, la práctica judicial indica, que habitualmente es casi improbable que un solo indicio tenga la fuerza suficiente para probar con contundencia un hecho delictivo. Cada indicio, resulta ser un fragmento de prueba que debe ser complementado con otros elementos, ya sean directos o indirectos. Y en este contexto, tal como lo señalaba Glaser desde finales del siglo XIX, «cuantos más hechos concuerden, menos deben ser atribuidas esas relaciones a un juego engañoso del azar».*⁶⁸ *En este sentido, el grado de probabilidad estará dado por la convergencia de distintos indicios, que examinados lógicamente en su integralidad, deben permitir desentrañar la relación entre procesado y el delito.*

*“En estos casos, ha razonado la Sala, los hechos o circunstancias debidamente demostradas, aisladamente consideradas, no permiten arribar a la conclusión en un nivel alto de probabilidad, pero **ese estándar de conocimiento puede lograrse por la convergencia y concordancia de los mismos, esto es, porque todos apuntan a la misma conclusión y no se excluyen entre sí.***⁶⁹

“Han sido entonces identificados por la Corte, dos formas diferentes de argumentación jurídica frente a las operaciones indiciarias:

“La primera, que adopta la forma de un silogismo, donde la máxima de la experiencia, el principio lógico o la ley de la ciencia, permite explicar la conexión entre el hecho indicador y la conclusión en un evento particular.

“Y la segunda, estructurada sobre la concepción de que los hechos o circunstancias debidamente

⁶⁷ Bentham, J., Tratado de las Pruebas Judiciales, citado por Jauchen Eduardo, Tratado de la Prueba Penal en el Sistema Acusatorio Adversarial, pág. 543.

⁶⁸ Glaser Julios, Beweis, T. I, pág. 744, citado por Gorphe François, Ed. Temis, 2004, pág. 283; cfr. también Glaser Julios, Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess, 1883, Ed. Duncker & Humblot, págs. 188 y ss.

⁶⁹ *Ibidem.*

demostradas, si bien aisladamente considerados no tienen la entidad suficiente para arribar a una conclusión altamente probable, analizados en conjunto pueden permitir ese estándar de convencimiento más allá de toda duda razonable, exigido por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.”

Por eso resulta importante en el caso concreto, destacar que en los 10 hechos indicadores coinciden circunstancias de tiempo, modo y lugar, cuestión que permite pregonar la concordancia requerida para acercarnos el hecho principal.

Los hechos indicadores concuerdan en circunstancias de tiempo, pues la captura en altamar fue el 15 de diciembre de 2015 en horas de la noche, los aprehendidos se dejaron a disposición del Fiscal el 16 de diciembre de 2015 y el 17 de diciembre de 2015 se dejó en libertad una persona y se imputó a los restantes capturados. En las interceptaciones telefónicas se habla de la devolución del dinero incautado el día 15 de diciembre de 2015.

También concuerdan frente al lugar de acontecimiento (i) las capturas y las incautaciones se dieron en el área denominada Candelilla de la Mar, del municipio de Tumaco; (ii) la liberación de Carlos Javier Cortés Quiñones se dio en la Unidad de Reacción Inmediata de Tumaco; (iii) la devolución del dinero se dio en la misma URI; (iv) las audiencias de legalización de captura, de imputación y de medida de aseguramiento se verificó en el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Tumaco; (v) las interceptaciones telefónicas realizadas por las

Fuerzas Armadas refieren una organización dedicada al tráfico de narcóticos que operaba en el departamento de Nariño.

Frente a las concordancias modales debe decirse que todo encuadra perfectamente; fijese que en virtud a las interceptaciones telefónicas se logró la captura de 5 personas que se trasportaban en dos lanchas con motores rápidos, donde se incautaron 547 kilogramos de cocaína y 11.040 dólares americanos. Esas mismas interceptaciones telefónicas lograron evidenciar que se entregaría la suma de noventa millones de pesos por liberar a uno de los líderes de la organización criminal que venían investigando y por rebajar las penas de manera considerable al resto de los capturados. Efectivamente, eso fue lo que pasó posteriormente, el Fiscal del caso dejó libre a Carlos Javier Cortés Quiñonez, devolvió el dinero incautado y realizó una imputación reconociendo circunstancias que no concurrían en los imputados.

Todos esos hechos indicadores convergen a un punto inequívoco, las actuaciones ilegales realizadas por el fiscal JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO. Entonces, si bien es cierto no existe prueba directa que permita establecer que recibió materialmente los noventa millones de pesos (\$90.000.000), los mismos hechos permiten de manera natural llegar a la conclusión de que realizó los tres (3) prevaricatos por acción, motivado por una promesa remuneratoria. Lo que castiga la ley en el tipo penal de

Cohecho Propio (artículo 405 C.P.), no es el haber recibido dinero efectivamente, sino el ejecutar actos contrarios a sus deberes oficiales aceptando promesa remuneratoria.

Si se toma cada una de las circunstancias indiciarias de manera aislada pues difícilmente puede arribarse a esa conclusión. Sin embargo, lo que olvidaron recurrente y el propio agente del Ministerio Público, que solicitó absolución por este cargo, es que el grado de convencimiento más allá de toda duda razonable para demostrar la responsabilidad penal del acusado se obtiene de apreciar en conjunto los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, como lo dispone el artículo 380 C.P.P. de 2004.

La conclusión a la que arribó el Tribunal en torno a la materialidad de la conducta y la responsabilidad de BURBANO BURBANO en el punible de *Cohecho Propio* no se hizo con base en “*endebles construcciones indiciarias*” como lo afirmó el recurrente. Se hizo valorando cada uno de los hechos indicadores de manera conjunta, e igualmente valorando, para sumar a aquellos, los elementos probatorios estipulados con la defensa, y también con base en las pruebas que se practicaron en la audiencia de juicio oral.

Los hechos estipulados y la valoración de las pruebas permitieron al A Quo manifestar que existían indicios, entre ellos la “*capacidad física o de oportunidad para delinquir*”, y el “*indicador de móvil*”, términos que si bien son antiguos en

la teoría de la prueba que antes realizaron la doctrina y la jurisprudencia, también resulta cierto que le permitieron sustentar de forma coherente la condena por el punible de *Cohecho Propio* y concluir, como lo respalda a Sala en grado de certeza que para proferir todas las decisiones contrarias a derecho medió promesa remuneratoria.

Importante es resaltar que si bien en las interceptaciones telefónicas no se menciona directamente al funcionario BURBANO BURBANO, si se hace alusión al apoderado de los capturados, resultando incuestionable que ocurrió así, dada la evidente conexión causal entre el ofrecimiento de dinero que el defensor propondría al funcionario y los actos manifiestamente ilegales realizados por el entonces fiscal.

De ahí que no quepa duda acerca de la tipificación del delito, dado que la situación fáctica se ajusta al supuesto de hecho definido por el legislador para el punible de *Cohecho Propio* previsto en el artículo 405 de la Ley 599 de 2000.

Así las cosas, las alegaciones del apelante no logran derruir la argumentación y solidez de la sentencia recurrida lo que impone su confirmación.

En conclusión, la Corte estima que objetiva y subjetivamente JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO incurrió en las conductas típicas endilgadas.

VIII. OTRAS DETERMINACIONES.

Ordénese la compulsas de copias con destino a la Fiscalía General de la Nación para que se investigue, si aún no se ha hecho, la conducta punible en la que pudo haber incurrido el abogado José Ovidio Navarrete Martínez, abogado defensor de los señores Carlos Javier Cortés Quiñones, Eusebio Euclides Betancour Valencia, Ignacio Márquez Girón, Eduardo Angulo Borda y Segundo Fidel Orobio Cortés, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.

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. CONFIRMAR la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2018 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, mediante la cual condenó a **JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO**, en su condición de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales Municipales de San Andrés de Tumaco, Nariño, por los delitos de prevaricato por acción agravado y *Cohecho Propio* en calidad de autor.

2. COMPULSAR copias con destino a la Fiscalía General de la Nación para los fines indicados en las motivaciones de esta providencia.

Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.



FABIO OSPITIA GARZÓN

Presidente



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

C.U.I. 11001600071720160000401
Radicado 54153
Segunda Instancia
JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

C.U.I. 11001600071720160000401
Radicado 54153
Segunda Instancia
JOHNNY ORLANDO BURBANO BURBANO



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria