



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

HUGO QUINTERO BERNATE
Magistrado Ponente

AP3862-2026

Radicación No. 58356

(Aprobación acta n.º 189)

Bogotá D.C., diez (10) de junio de dos mil veintiséis (2026).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

La Corte resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora 355 Judicial Penal II contra el auto fechado el 28 de septiembre de 2019¹ (sic), proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, que precluyó la investigación a favor de NICOLÁS BUSTOS SARMIENTO, Fiscal Seccional de la misma sede, por el presunto delito de prevaricato por omisión.

II. HECHOS

¹ Se entiende que data del año 2020, en tanto las actuaciones procesales se surtieron en esta anualidad y fue notificado en audiencia del 6 de octubre de 2020.

2.1. El 8 de agosto de 2017, siendo las 12:30 del mediodía, Habith Enrique Pérez Alvarino, comerciante propietario de la tienda “La fe que vence al mundo”, ubicada en la calle 29 No. 22-162 del barrio Ferrocarril de Soledad (Atlántico), recibió mensajes e instrucciones a través de mensajes de WhatsApp provenientes del número 3017709388, por parte de un interlocutor que manifestó pertenecer a las “Autodefensas Gaitanistas de Colombia”, que le exigía la suma de \$5.600.000, bajo amenaza de atentar contra su vida y la de su familia.

El interlocutor sustentó la exigencia en una supuesta deuda originada en la entrega a Pérez Alvarino de 20 kilos de marihuana por parte de “Jean Carlos”, quien habría sido asesinado días antes, atribuyéndose ese homicidio y un atentado perpetrado contra tres personas en el billar “El Pollo”.

Así mismo, le instruyó que al día siguiente debía consignar \$2.000.000 mediante envío por SuperGiros a nombre de Lorena Patricia Herrera González, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.007.133.234. Sin embargo, luego se le indicó que la mujer iría a su tienda por el dinero.

2.2. El 9 de agosto de 2017, Habith Enrique Pérez Alvarino se presentó ante las instalaciones del GAULA Atlántico de la Policía Nacional y formuló denuncia formal por los referidos sucesos.

Ese mismo día, la unidad implementó un operativo antiextorsión —plan entrega— con su consentimiento. Para ese fin aportó él \$2.000.000 en efectivo, previamente marcado.

En desarrollo del operativo, una mujer se acercó al establecimiento de Pérez Alvarino, dijo la clave previamente acordada en la referida comunicación, «*yo soy Maye y vengo por la plata*», y recibió el dinero de manos de aquél. Por esa razón fue capturada cuando se alejaba del lugar con el dinero en su mochila, a quien se identificó como Lorena Patricia Herrera González.

Al momento de la captura, Lorena Patricia manifestó a los funcionarios del GAULA que había acudido al lugar por solicitud de Daniela Patricia Pertuz Navarro, quien le había pedido que recogiera un dinero a cambio de lo cual le daría \$100.000.

2.3. Con fundamento en lo anterior, el 11 de agosto de 2017, NICOLÁS BUSTOS SARMIENTO, adscrito a la Fiscalía Tercera Especializada GAULA de Barranquilla, en audiencia preliminar ante el Juzgado Primero Penal Municipal con función de control de garantías de Soledad (Atlántico), solicitó la legalización de la captura de Lorena Patricia Herrera González, lo que así declaró el juez; luego le formuló imputación de cargos por el delito de extorsión

agravada²; y, finalmente, solicitó que le fuera impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva.

En la continuación de la diligencia concentrada, el 16 de agosto siguiente, el despacho judicial resolvió imponer la medida cautelar personal pedida en contra de la imputada.

2.4. El 9 de noviembre de 2017, el abogado José Yomis Moreno Cáceres, apoderado de Lorena Patricia Herrera González, formuló denuncia en contra de NICOLÁS BUSTOS SARMIENTO, atribuyéndole los delitos de prevaricato por omisión, prevaricato por acción, falsedad ideológica, falso juramento ante autoridad competente, injuria, calumnia, fraude procesal y abuso de autoridad, porque en su condición de fiscal incurrió en irregularidades durante el trámite de la investigación 080016001055201704057. En particular, por haber imputado cargos a su representada sin investigar suficientemente los hechos.

2.5. Con fundamento en lo anterior, la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Barranquilla, inició la indagación en contra de NICOLÁS BUSTOS SARMIENTO.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

² Artículos 244 y 245-3 del Código Penal.

3.1. El 2 de abril de 2020, la Fiscalía presentó solicitud audiencia de preclusión en favor de NICOLÁS BUSTOS SARMIENTO por los delitos de prevaricato por acción, prevaricato por omisión, falsedad ideológica, falso juramento ante autoridad competente, injuria, calumnia, fraude procesal y abuso de autoridad, objeto de la denuncia.

3.2. En audiencia virtual del 29 de julio de 2020, convocada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, el delegado fundamentó la petición en la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, atipicidad del hecho investigado, respecto de la totalidad de los delitos objeto de la denuncia.

Estructuró su exposición a partir de la descripción de la actuación del fiscal BUSTOS SARMIENTO en el aludido proceso radicado 2017-04057 por extorsión agravada, identificó los elementos materiales probatorios disponibles al momento de las audiencias preliminares y concluyó que ninguno de los tipos penales mencionados en la denuncia se configura.

Sobre el delito de falsedad ideológica señaló que el único documento público que el fiscal BUSTOS SARMIENTO elaboró fue la solicitud de audiencias preliminares ante el juez de garantías de Soledad (Atlántico), documento que se ajustó fielmente a los elementos materiales probatorios que *«le presentaron los investigadores del Gaula y los investigadores de la Policía Judicial para que llevara a cabo*

*sus audiencias preliminares»*³. Ningún acto del fiscal involucró la consignación de hechos contrarios a la realidad en documento público alguno.

En relación con el supuesto delito de «falso juramento ante autoridad competente», puntualizó que el fiscal BUSTOS SARMIENTO no rindió declaración jurada ni intervino en calidad de testigo en ninguna actuación relacionada con el proceso seguido a Lorena Herrera González.

En el mismo sentido, para descartar los delitos de injuria y calumnia, sostuvo que en ningún momento el fiscal denunciado profirió expresiones deshonrosas o atribuyó delitos falsos al abogado denunciante ni a su representada, más allá de la imputación legal que correspondía al caso.

Sobre el fraude procesal, el delegado argumentó que BUSTOS SARMIENTO en ningún momento introdujo documentos falsos, alterados o contrarios a la realidad dentro del proceso judicial. La totalidad de los elementos incorporados a la audiencia preliminar correspondía exactamente a los recibidos de los organismos de policía judicial.

En cuanto al abuso de autoridad, destacó que el ejercicio de las facultades del fiscal BUSTOS SARMIENTO se circunscribió estrictamente a lo que la Constitución y la Ley

³ Registro audiovisual de audiencia de solicitud de preclusión del 7 de julio de 2020.

906 de 2004 le autorizaban en el marco de una captura en flagrancia, sin extralimitación alguna.

Así mismo, argumentó que el delito de prevaricato por acción no se configuró porque la actuación del fiscal indiciado no estuvo guiada por malicia, ni por la intención de contrariar el ordenamiento, sino por los elementos materiales probatorios que le fueron entregados por la Policía Judicial y el GAULA.

Al concluir su intervención, el fiscal delegado formuló la solicitud de preclusión en los siguientes términos

(...) Por todas las consideraciones de orden legal, honorable magistrado, y constitucional que devienen hilvanadas y suministradamente (sic), expuestas la Fiscalía General de la Nación...demanda con todo respeto y total deferencia a esta colegiatura, se precluya la presente investigación a favor del doctor Nicolás Bustos Sarmiento, toda vez que no se ha observado en su decisión la intención de contrariar la ley, por lo que de ninguna manera se configura ningún dolo, pero sí la concreta y probada existencia de la atipicidad subjetiva... conforme al artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, numeral 4^a.

3.3. El Ministerio Público se opuso a la solicitud de preclusión al considerar que la Fiscalía no agotó plenamente las posibilidades investigativas exigidas por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal -citó la sentencia SP-023 del 23 de enero de 2019, radicado 50053⁵-, pues no se escuchó en entrevista al señor Habith Pérez, denunciante

⁴ Registro audiovisual de audiencia de solicitud de preclusión del 7 de julio de 2020, récord 00:43:55 - 00:44:24.

⁵ *Ibidem*, récord 01:04:43.

dentro del radicado 2017 04057. No se indagó acerca de las relaciones existentes entre él y Daniela Patricia Pertúz Navarro, y no se investigaron los demás hechos delictivos que emergían de los elementos trasladados⁶.

Aunque reconoció que frente a los delitos de falsedad ideológica, injuria, calumnia, fraude procesal y abuso de autoridad los elementos probatorios podrían no ser suficientes para sostener los cargos, expresó que *«le asalta una duda enorme en lo que tiene que ver con una conducta a la que no hizo referencia el delegado de la fiscalía y es el prevaricato por omisión»*⁷, razón por la cual solicitó negar la preclusión.

3.4. En ejercicio de su defensa material, NICOLÁS BUSTOS SARMIENTO centró su intervención en demostrar que su actuación se circunscribió íntegramente al cumplimiento del mandato constitucional y legal dentro del término de las 36 horas previsto para los casos de captura en flagrancia. Manifestó que lo único que ese término permite hacer es *«buscar cuál es el juez de garantía que le corresponde, hacer la solicitud, trasladarse en este caso al municipio de Soledad, y hacer las audiencias preliminares»*⁸.

⁶ *«No se realizó la actividad investigativa que correspondía para poder llegar a un grado de certeza sobre estos puntos en particular, es posible que los investigadores asignados a ese caso hubiesen realizado las labores correspondientes en punto de esos delitos específicos que venían inmersos dentro de esa denuncia...pero nada de eso conoce esta delegada, por supuesto no podrá conocer la honorable magistratura en el sentido de que dichos elementos no fueron recopilados por el ente acusador»*, récord 01:22:34 - 01:23:50.

⁷ Registro audiovisual de audiencia de solicitud de preclusión del 7 de julio de 2020, récord 01:19:04 - 01:20:03.

⁸ *Ibidem*, récord 01:24:49 - 01:25:11.

Descartó, además, que le fuera exigible incorporar dentro de esa actuación los demás hechos referidos por el presunto extorsionista, advertidos en las conversaciones sostenidas con la víctima a través de la red social WhatsApp, pues *«el código penal señala que por cada acto delictual se inicia una investigación única»*⁹.

Refutó el cargo de prevaricato por omisión interrogando *«¿Qué omitió Nicolás Bustos en esas 36 horas que le daba la Constitución y la ley para legalizar la situación de captura en flagrancia de la señora Lorena Patricia Herrera González, alias La Maye?»*¹⁰; y respondió que *«en manera alguna pudo dentro del término de la actuación preliminar, que fue lo que hice, realizar conductas delictivas por omisión»*.

Destacó que la libertad obtenida por Lorena Herrera González lo fue *«por vencimiento de términos, no la logró por revocación de la medida, no la logró por inexistencia de los elementos que se fundamentaron la medida»*¹¹, siendo que *«esa medida no la impuse yo, la impuso un juez de control de garantías»*.

Calificó la denuncia como un mecanismo atípico, irregular, ilegal de defensa del apoderado de la procesada, concluyendo que *«jamás en este particular caso ni en otro he delinquido, ni por acción ni por omisión»*¹².

⁹ *Ibidem*, récord 01:26:26 - 01:26:57.

¹⁰ *Ibidem*, récord 01:41:19 - 01:41:45.

¹¹ *Ibidem*, récord 01:45:09 - 01:45:40.

¹² *Ibidem*, récord 01:47:07 - 01:47:35.

3.5. El 6 de octubre de 2020, la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, en audiencia virtual, accedió a la solicitud de preclusión.

3.6. El Ministerio Público interpuso recurso de apelación contra dicha determinación.

IV. DECISIÓN RECURRIDA

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla adoptó la decisión de preclusión en torno al análisis de dos conductas punibles.

4.1. Sobre el delito de **prevaricato por acción** partió del texto del artículo 413 del Código Penal y precisó sus elementos, señalando que se trata de «*una conducta delictiva de modalidad eminentemente dolosa, en la que el servidor tiene conocimiento de la ilicitud de su proceder y aun así orienta deliberadamente su voluntad que se materializa en la adopción de la decisión notoriamente irregular con la desvalorada finalidad de favorecer intereses propios o ajenos*»¹³.

4.2. Reseñó los hechos del proceso por extorsión, las llamadas intimidatorias a Habith Pérez Alvarino, la captura de Lorena Patricia Herrera González al recibir el dinero identificándose como “Maye” y la actuación del fiscal

¹³ Registro audiovisual de audiencia de solicitud de preclusión del 6 de octubre de 2020, récord 00:05:23.

BUSTOS SARMIENTO en las audiencias preliminares y concluyó que

(...) cualquier fiscal delegado hubiese solicitado medida de aseguramiento de detención preventiva porque no estaba contrariando el caudal probatorio y las normas legales o la Constitución Política y por ello no se estructura ningún tipo objetivo de prevaricato por acción, y menos subjetivo, o sea una conducta extremadamente dolorosa, porque las evidencias físicas ofrecían la posibilidad de que la señora Lorena Patricia Herrera González podía pertenecer a esa organización criminal¹⁴.

Explicó, además, que «el proceso se encuentra actualmente en la etapa del juicio, es decir, que si la señora sindicada actuó con inocencia, el proceso penal que se le sigue es el indicado para que ella demuestre su inocencia»¹⁵.

4.3. En igual sentido, respecto del delito de **prevaricato por omisión**, previsto en el artículo 414 de la citada codificación, examinó los elementos estructurales del tipo y precisó que «solo admite la modalidad dolosa, lo que supone que solo se configura si el agente obra con el propósito de no cumplir con su deber, de modo que no basta...el mero retardo del funcionario en la tramitación de los asuntos a su cargo, sino que resulta indispensable además la conciencia y voluntad de omitir deliberadamente el acto que está obligado a realizar por mandato legal»¹⁶.

¹⁴ Ibidem, récord 00:13:45.

¹⁵ Ibidem, récord 00:14:23.

¹⁶ Ibidem, récord 00:19:01 - 00:19:30.

4.4. Aplicando esos presupuestos al caso, la Sala *a quo* concluyó que no se puede «*hablar de un prevaricato por omisión en virtud que el fiscal indiciado solo estuvo encargado por el término de dos o tres meses en dicho destino, aunado que él solamente se encontraba con las funciones de realizar las primeras diligencias preliminares y después pasar el proceso al fiscal del conocimiento*»¹⁷.

Agregó, frente a los demás hechos mencionados en las conversaciones extorsivas -homicidio, atentados, narcotráfico-, que cada uno daría lugar a una investigación independiente a cargo del fiscal competente, poniendo en duda que «*ellos hubiesen actuado en esos hechos, en atención que el desenvolvimiento fue de delincuencia común*»¹⁸.

4.5. Con fundamento en ese análisis, la Sala declaró que «*realizado el examen probatorio, legal, doctrinal y jurisprudencial, no encuentra la judicatura que se haya configurado ninguna clase de delito de los contenidos en el Código Penal, en especial del prevaricato por acción y omisión*»¹⁹, por todo lo cual resolvió decretar la preclusión de la indagación preliminar solicitada a favor de NICOLÁS BUSTOS SARMIENTO, con base en el numeral cuarto del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

V. RECURSO DE APELACIÓN

¹⁷ *Ibidem*, récord 00:19:30.

¹⁸ *Ibidem*, récord 00:20:06.

¹⁹ *Ibidem*, récord 00:20:46.

5.1. La Procuradora 355 Judicial Penal II de Barranquilla sustentó su disenso diciendo que el esfuerzo investigativo desplegado por el indiciado fue “nulo”, toda vez que «*la única actividad investigativa realizada en este asunto fue la obtención de la prueba documental*»²⁰ y ni siquiera se optó por realizar un interrogatorio al indiciado con el propósito de acopiar más elementos de juicio.

De los elementos trasladados se desprendían hechos delictivos graves como la presunta participación del extorsionado en actividades de tráfico de estupefacientes, el homicidio de Juan Carlos alias “Nariz”, el atentado en el billar “El Pollo” y una tentativa de homicidio respecto de otro ciudadano, frente a los cuales nada se dijo y respecto de los que no existe rastro de alguna actividad investigativa desplegada, siendo que el fiscal NICOLÁS BUSTOS SARMIENTO tenía el deber de investigarlos por tratarse de hechos «*concomitantes, conexos y además relacionados en el mismo plano supuestamente extorsivo*»²¹.

Cuestionó que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, encargada de la investigación seguida al fiscal BUSTOS SARMIENTO, no hubiera desplegado mayores labores investigativas que permitieran al Tribunal llegar al estándar probatorio del grado de certeza sobre la atipicidad de la conducta, conforme a la jurisprudencia que cita, máxime que tal decisión tendría el alcance de cosa juzgada.

²⁰ *Ibidem*, récord 00:36:16.

²¹ *Ibidem*, récord 00:34:18.

Asimismo, reprochó que la Sala de primera instancia no se hubiese pronunciado respecto de la totalidad de las conductas denunciadas.

Finalmente, circunscribió expresamente el recurso de apelación a la decisión de preclusión respecto del delito de prevaricato por omisión. Solicitó, por tanto, revocar la determinación adoptada en ese específico aspecto.

5.2. Como no recurrente la Fiscalía delegada solicitó confirmar íntegramente la decisión del tribunal, la que calificó justa, ecúanime y ajustada a los actos de investigación con que para ese momento se contaba.

Sustentó su posición en tres ejes argumentativos. Primero, que la Procuradora incurrió en un error al sostener que debía haberse formulado imputación antes de solicitar la preclusión, pues el artículo 331 del Código de Procedimiento Penal es claro en que en cualquier momento el fiscal solicitará la preclusión si no existiera mérito para acusar, habiendo sido la restricción temporal declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-591 de 2005.

Segundo, que la investigación a cargo del fiscal NICOLÁS BUSTOS SARMIENTO se circunscribió exclusivamente a las audiencias preliminares relacionados

con el delito de extorsión y no a los demás hechos graves mencionados por el extorsionista.

Y tercero, que no existió dolo alguno en la actuación del indiciado, toda vez que el juez de control de garantías tuvo a su disposición los mismos elementos materiales probatorios y no encontró irregularidad alguna al legalizar la captura, formularse la imputación e imponer la medida de aseguramiento.

5.3. NICOLÁS BUSTOS SARMIENTO, en calidad de indiciado, como no recurrente también pidió confirmar la decisión del tribunal por considerar que se acomoda a los estándares constitucionales, legales y probatorios exigidos para la preclusión, toda vez que ante la inexistencia del delito la carga probatoria recae sobre quien lo afirma y no sobre el investigado.

Reiteró que actuó dentro del término de 36 horas previsto para una captura en flagrancia; que por cada delito hay una acción penal, por lo que no le era exigible investigar hechos ajenos a la extorsión; y que el juez de control de garantías avaló íntegramente su actuación al legalizar la captura, formular la imputación e imponer la medida de aseguramiento.

Agregó que la denuncia en su contra fue tan abierta, tan general, tan universal, que no identificó ningún acto específico constitutivo de los delitos alegados, por lo que el denunciante, en su condición de abogado, tenía la

carga mínima de precisar en qué documento se habría incurrido en falsedad, cuál fue la injuria, la calumnia o el prevaricato, obligación que nunca cumplió.

Por tal razón, solicitó además que se compulsaran copias contra el denunciante.

VI. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

6.1. Competencia.

Según el artículo 235 numeral 2° de la Carta Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2018, en concordancia con los artículos 176 y 177 de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer el recurso de apelación presentado por el Ministerio Público, contra una decisión dictada, en primera instancia, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla.

Tal competencia la ejercerá con estricto respeto del principio de limitación, que autoriza para pronunciarse sobre los puntos objeto de inconformidad del recurrente y los que estén inescindiblemente relacionados con estos.

6.2. Planteamiento del problema jurídico y estructura de la decisión.

Para lo que aquí interesa, la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla concluyó que la Fiscalía acreditó

los presupuestos del artículo 332, numeral 4º, de la Ley 906 de 2004, para sustentar la pretensión de preclusión por el delito de prevaricato por omisión.

El Ministerio Público, por el contrario, sostuvo que tales requisitos no están satisfechos y que por ese motivo es necesario reanudar la indagación contra el fiscal NICOLÁS BUSTOS SARMIENTO.

A fin de determinar si los argumentos de la parte apelante son atendibles y conllevan a la revocatoria de la decisión de primera instancia o, si, por el contrario, no lo son y debe ser confirmada, se procederá a i) precisar el estándar probatorio aplicable en materia de preclusión conforme a la jurisprudencia vigente; ii) referir los requisitos que deben acreditarse para decretar la preclusión por atipicidad del hecho investigado; iii) aplicar las premisas previas a las circunstancias particulares del asunto en estudio; y iv) exponer la conclusión que se surja de ese análisis.

6.3. Los requisitos legales para la preclusión.

El numeral 5º del artículo 250 de la Constitución Política refiere que la Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de sus funciones, deberá *«solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar»*. (Resaltado fuera del texto original).

En concordancia con lo anterior, el artículo 331 del Código de Procedimiento Penal establece que «*en cualquier momento el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, **si no existiere mérito para acusar***» (Énfasis no original).

Y, el artículo 336 *ibidem* prevé que el fiscal presentará el escrito de acusación «*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*» (Destaca la Corte).

Los artículos 250 numeral 5° de la Constitución Política y 331 de la Ley 906 de 2004 son claros al prever que lo exigido para solicitar la preclusión es la ausencia de mérito para acusar, expresión que consagra «*un umbral negativo de acreditación, claramente distinto de la exigencia de certeza, de plena prueba o de la ausencia de toda duda razonable sobre la configuración de las causales previstas en el artículo 332 ibidem.*»²²

Por consiguiente, el referente a tener en cuenta para evaluar en un evento dado la procedencia de la preclusión «*debe ser la ausencia del estándar exigido para acusar, es decir, la falta de probabilidad de verdad sobre la ocurrencia de la conducta punible y la intervención del*

²² CSJ AP4796-2025, 16 jul. 2025, Rad. 69007.

imputado. Si el material probatorio recaudado no permite sostener, con un grado razonable de probabilidad, que el hecho existió y que el imputado es su autor o partícipe, se cumple el umbral fijado por el legislador para declarar la preclusión.»²³

En ese contexto, el estándar probatorio aplicable a la preclusión se debe corresponder con la fase procesal en la que se solicita y es de carácter negativo en cuanto a la «*insuficiencia probatoria sobre la inferencia razonable de probabilidad de verdad respecto de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado.*»²⁴

6.4. La causal de preclusión prevista en el artículo 332, numeral 4º de la Ley 906 de 2004: atipicidad del hecho investigado.

Esta causal de preclusión se presenta cuando existe «*falta de adecuación del comportamiento a la descripción de un tipo previsto en la parte especial de la ley penal, pues en el proceder cuestionado no concurren los elementos que configuran la conducta punible*»²⁵.

Asimismo, esta Sala ha explicado que la tipicidad implica «*que la identidad entre el proceder investigado y la genérica consagración del tipo sea integral, es decir, que todos los aspectos considerados en la norma concurren en la acción u omisión investigada, pues si falta*

²³ Ídem.

²⁴ Ídem.

²⁵ CSJ AP3329-2017, 24 may. 2017, Rad. 50063.

cualquier elemento de los contemplados en la norma no se concreta el delito y la actuación deviene atípica»²⁶.

En tal virtud, para que el comportamiento sea típico debe ajustarse a las exigencias materiales definidas en la respectiva norma de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo). De otra parte, la conducta se debe adecuar una especie (dolo, culpa o preterintención) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo).²⁷

Deviene lógico concluir, por tanto, que la atipicidad implica un juicio negativo de valor sobre la acreditación integral de los supuestos que integran un tipo penal, tanto en su faz objetiva como subjetiva.

Además, habrá ausencia de tipicidad en los eventos en que a pesar de concurrir los componentes materiales del tipo, no concurre la tipicidad subjetiva pues, en consonancia con el artículo 21 del Código Penal, todos los tipos de la parte especial de la codificación son dolosos, salvo en los casos que se admite la modalidad culposa o preterintencional²⁸.

6.5. Análisis del caso concreto.

La Procuradora 355 Judicial Penal II de Barranquilla, en su condición de recurrente, sostuvo que el fiscal NICOLÁS BUSTOS SARMIENTO no adelantó una

²⁶ CSJ AP875-2016, 23 feb. 2016, Rad. 46664; CSJ AP3329-2017, 24 may. 2017, Rad. 50063.

²⁷ (CSJ AP3329-2017, 24 may. 2017, Rad. 50063.

²⁸ Ver CSJ SP916-2020, CSJ AP1834-2021.

investigación suficiente antes de imputar el delito de extorsión agravada a Lorena Patricia Herrera González. Omitió indagar sobre los nexos entre ella y Daniela Patricia Pertuz Navarro, al igual que sobre la identidad del autor de las llamadas extorsivas recibidas por Habith Enrique Pérez Alvarino, y sobre los demás hechos graves que emergían de los mensajes de WhatsApp -presunto homicidio, atentados y actividades de narcotráfico- que el mismo recibió.

6.5.1. Del prevaricato por omisión.

Según el artículo 414 del Código Penal, en esta conducta punible incurre «*el servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones*».

En sede de tipicidad objetiva se exige: a) un sujeto activo calificado, es decir, una persona que ostente la condición de servidor público; b) la realización de alguno de los verbos rectores alternativos -omitir, retardar, rehusar o denegar-; y c) que dicha conducta implique el desconocimiento de un deber jurídico de origen constitucional o legal derivado de las funciones asignadas al cargo²⁹.

En cuanto a la tipicidad subjetiva, se requiere el dolo, esto es, que el servidor público debe actuar con *conocimiento y voluntad* inequívoca de incumplir un acto

²⁹ En este sentido, ver entre otras, CSJ AP7109-2016, 12 oct. 2016, Rad. 46148; CSJ SP5332-2019, 4 dic. 2019, rad. 53445.

propio de sus funciones. No basta con que se presente una omisión material, sino que esta debe estar acompañada de la intención deliberada de eludir el cumplimiento del deber funcional³⁰.

En el presente, la Corte constata que el único presupuesto típico que concurre es la indiscutida condición de servidor público de NICOLÁS BUSTOS SARMIENTO, quien se desempeñó como Fiscal Tercero Especializado encargado de la Unidad GAULA de Barranquilla y, en tal calidad, conoció del proceso penal CUI 080016001055201704057, seguido contra Lorena Patricia Herrera González por el delito de extorsión agravada.

6.5.2. El marco funcional en el cual actuó el indiciado NICOLÁS BUSTOS SARMIENTO, no era el de fiscal radicado a cargo del caso, sino un fiscal encargado temporalmente, por término de un mes, de la Fiscalía Tercera Especializada GAULA de Barranquilla³¹.

Fue así como recibió, el 9 de agosto de 2017, el informe de policía judicial sobre la captura en flagrancia de Lorena Patricia Herrera González y, por ende, debía actuar dentro del término constitucional y legal de 36 horas previsto en los artículos 301 y 302 de la Ley 906 de 2004 para presentar a la persona capturada ante el juez

³⁰ En el mismo sentido, consultar: CSJ SCP SP5037, 20 nov. 2019, rad. 52107, CSJ SCP SP5332, 14 dic. 2019, rad. 53445 y, CSJ SCP SP449, 8 nov. 2023, rad. 61490.

³¹ Registro audiovisual de audiencia de solicitud de preclusión del 7 de julio de 2020, récord 01:33:22 y Registro audiovisual de audiencia de decisión de preclusión del 6 de octubre de 2020, récord 01:03:06.

de control de garantías, como en efecto consta que lo hizo.

Lejos de haber omitido sus deberes funcionales, el expediente acredita que en ese término el fiscal BUSTOS SARMIENTO contó con elementos materiales probatorios e informaciones contenidas en los reportes de actos urgentes³², todos legalmente recaudados antes de las audiencias concentradas llevadas a cabo el 11 de agosto de 2017, del siguiente tenor.

- (i) Reporte de Iniciación FPJ-1³³;
- (ii) noticia Criminal FPJ-2 con el relato de la víctima Habith Enrique Pérez Alvarino³⁴;
- (iii) pantallazos de WhatsApp del número extorsivo³⁵;
- (iv) informe Ejecutivo FPJ-3 con la narración cronológica del operativo antiextorsión³⁶;
- (v) acta de aporte³⁷ y serialización de los dos millones de pesos moneda corriente (\$2.000.000)³⁸;
- (vi) acta de incautación y devolución del dinero³⁹;
- (vii) acta de incautación celular Nokia Duos⁴⁰, y de fijación fotográfica del dinero y el celular Nokia Duos⁴¹ incautados⁴²;

³²	Expediente	Primera	Instancia	Cuaderno	EMP
	Fiscalía_Cuaderno_2022085948071.				
³³	<i>Ibidem</i> , p. 33.				
³⁴	<i>Ibidem</i> , p. 34-37.				
³⁵	<i>Ibidem</i> , p. 38-50.				
³⁶	<i>Ibidem</i> , p. 52-57.				
³⁷	<i>Ibidem</i> , p. 64.				
³⁸	<i>Ibidem</i> , p. 75-79.				
³⁹	<i>Ibidem</i> , p. 65.				
⁴⁰	<i>Ibidem</i> , p. 86 -87.				
⁴¹	<i>Ibidem</i> , p. 80.				
⁴²	<i>Ibidem</i> , p. 70.				

- (viii) álbum secuencial fotográfico de la captura en flagrancia con 14 imágenes⁴³;
- (ix) acta de derechos del capturado FPJ-6⁴⁴;
- (x) formatos de individualización e identificación PONTAL de Lorena Patricia Herrera González⁴⁵;
- (xi) informe de la DIJIN sobre ausencia de antecedentes de la capturada⁴⁶;
- (xii) consulta web de la Registraduría sobre el documento 1.007.133.234 perteneciente a Lorena Patricia Herrera González⁴⁷;
- (xiii) cotejo decadactilar FPJ-13, mediante el cual el perito estableció que las huellas de la capturada correspondían a Lorena Patricia Herrera González conforme a los registros de la Registraduría⁴⁸;
- (xiv) entrevista ampliada a la víctima, en la que esta reconoció directamente a la capturada como la persona que se identificó con la clave «yo soy Maye y vengo por la plata» FPJ-14⁴⁹;
- (xv) segunda entrevista a la víctima del 10 de agosto de 2017, en la que informó haber sido amenazado para retirar la denuncia⁵⁰;
- (xvi) solicitud de medida de protección para la víctima y su núcleo familiar⁵¹; y,

⁴³ *Ibidem*, p. 83-85.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 60-61.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 62-63.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 66-67.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 82.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 71-73.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 58-59.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 91-92.

⁵¹ *Ibidem*, p. 93-94.

(xvii) garantía de entrevista con defensor público de la capturada conforme al artículo 303 del CPP⁵².

Estos actos urgentes fueron coordinados por el fiscal BUSTOS SARMIENTO en cumplimiento de los artículos 200, 205 y 213 de la Ley 906 de 2004 y del mandato del canon 250 de la Constitución Política.

6.5.3. En lo atinente al objeto de la indagación, véase que el artículo 287 de la Ley 906 de 2004 exige para la formulación de imputación que de los elementos materiales probatorios disponibles «*se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga*».

Este estándar es inferior al de probabilidad de verdad exigido para la acusación, artículo 336 *ídem*, y al del conocimiento más allá de toda duda razonable requerido para la condena, artículo 381 *ídem*, pues la imputación es un acto de comunicación provisional de cargos cuya función es habilitar el ejercicio del derecho de defensa y someter la situación del indiciado al control judicial de garantías, no declarar su responsabilidad, según se ha decantado por la jurisprudencia.

En el presente, es evidente que concurrían varias situaciones idóneas para inferir de manera razonable la ocurrencia de un hecho ilícito y la participación en este de Lorena Patricia Herrera González, por lo cual bien se

⁵² *Ibidem*, p. 69.

solicitó la legalización de su captura; así como para sustentar la formulación de cargos por parte del fiscal BUSTOS SARMIENTO ante el juez con función de control de garantías por el delito de extorsión agravada, a saber.

- (i) su captura en flagrancia a 100 metros del sitio de entrega con \$2.000.000 en su poder;
- (ii) la previa mención expresa de su nombre y número de cédula en las instrucciones de la comunicación extorsiva;
- (iii) el uso por ella de la clave de reconocimiento “*yo soy Maye y vengo por la plata*” al presentarse ante el comerciante víctima;
- (iv) la conducta de vigilancia previa al ingreso al establecimiento documentada en el Informe Ejecutivo.

6.5.4. La delegada del Ministerio Público sostiene que el fiscal omitió investigar los nexos entre la capturada y Diana Pertuz Navarro, identificar al autor de las llamadas extorsivas e indagar sobre los demás hechos graves mencionados en las conversaciones -presunto homicidio de Juan Carlos alias “El Nariz”, atentado en el “Billar El Pollo” y actividades de narcotráfico de la víctima de extorsión-.

Sin embargo, la Corte advierte que ninguno de esos actos constituía un deber jurídico exigible dentro del término de 36 horas subsiguientes a la captura flagrante de Lorena Patricia Herrera González.

Según se expuso en precedencia, los artículos 301 y 302 de la Ley 906 de 2004 imponen la obligación de presentar al capturado en ese término ante la autoridad judicial, como en efecto procedió el fiscal NICOLÁS BUSTOS SARMIENTO.

En ese ámbito, los actos investigativos que echa menos la impugnante, en gracia de discusión serían propios de la fase subsiguiente a la imputación a cargo del fiscal radicado del caso, que en este evento fue una funcionaria diferente, no el fiscal encargado de las audiencias preliminares aquí indiciado.

De ahí que la sola queja acerca de que la investigación fue insuficiente no resulta de entidad para revocar la decisión del tribunal en el entendido que no se identificó ningún acto concreto que el fiscal BUSTOS SARMIENTO hubiera omitido, retardado, rehusado o denegado en el ámbito de las funciones que le correspondían como fiscal encargado de las audiencias preliminares en una situación de persona capturada en flagrancia.

Sin la identificación de ese acto funcional concreto, no se satisface la tipicidad objetiva del artículo 414 del Código Penal.

6.5.6. Finalmente, aun si pudiera sostenerse que la investigación debió ser más extensa, no existe en el

expediente elemento alguno que permita inferir que el fiscal BUSTOS SARMIENTO actuó con *conocimiento* y *voluntad* de incumplir sus deberes funcionales.

Por el contrario, se evidencia que actuó con base en los elementos que le presentó la Policía Judicial, coordinó un operativo antiextorsión complejo, dispuso el recaudo de elementos probatorios e información y presentó en tiempo a la persona aprehendida ante el juez con función de control de garantías para llevar a cabo el correspondiente control judicial de su privación de la libertad. Así mismo, le formuló la imputación de cargos y solicitó para ella la imposición de medida cautelar de detención preventiva.

De manera que, al no acreditarse ninguna de las conductas previstas en el tipo penal -omitir, retardar, rehusar o denegar un acto propio de sus funciones- ni el elemento subjetivo doloso, no se configura el delito de prevaricato por omisión.

Por tanto, la decisión de preclusión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla se ajusta a los parámetros constitucionales y legales aplicables al caso.

6.5.7. Conclusión.

En virtud de cuanto se viene de exponer, la Corte concluye que las presunciones de legalidad y acierto de la

decisión adoptada por la Sala *a quo* no son resquebrajadas con los argumentos de la apelante, lo que conlleva a confirmar la decisión mediante la cual se decretó la preclusión de la indagación preliminar a favor de NICOLÁS BUSTOS SARMIENTO.

VII. DECISIÓN

Por lo expuesto, la **SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,**

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR la decisión proferida el 28 de septiembre de 2019 (sic)⁵³ por cuyo medio la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla precluyó la indagación preliminar a favor de NICOLÁS BUSTOS SARMIENTO.

Segundo: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

Tercero: Contra esta providencia no proceden recursos.

Notifíquese y Cúmplase.

⁵³ Se entiende que data del año 2020, en tanto las actuaciones procesales se surtieron en esta anualidad y fue notificado en audiencia del 6 de octubre de 2020.