



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal



FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado ponente

SP16915-2016

Radicación No. 48079

(Aprobado Acta No. 376)

Bogotá, D.C., noviembre veintitrés (23) de dos mil dieciséis (2016).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán en sentencia del 12 de abril de 2016 declaró penalmente responsable del delito de prevaricato por acción a MARÍA

CLAUDIA ESPERANZA HIDALGO POVEDA, exfiscal Seccional 1º de Caloto (Cauca), condenándola a 48 meses de prisión, a la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 80 meses y a una multa de 66.6 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma decisión, la absolvió del cargo que la Fiscalía le había formulado por falsedad ideológica en documento público.

Contra el aludido fallo, la defensa presentó recurso de apelación, el cual ahora procede a resolver la Sala.

HECHOS:

A través de denuncia anónima recibida en la Contraloría General de la República y que luego se envió a la Fiscalía General de la Nación, se dieron a conocer actos irregulares que presuntamente cometieron varios funcionarios de la administración municipal de Caloto (Cauca), asunto que le correspondió tramitar a la Fiscal 1ª Seccional de esa localidad, MARÍA CLAUDIA ESPERANZA HIDALGO POVEDA, quien mediante resolución del 17 de septiembre de 2007, dispuso iniciar investigación previa contra CARLOS ALBERTO TORRES LUNA, quien fungía para la época del acontecer como alcalde del referido ente territorial, por las conductas punibles de *celebración indebida de contratos*,

*violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y peculado por apropiación*¹.

Abierta la instrucción y vinculada a la misma TORRES LUNA, BERNARDO TORRES SANTACRUZ y MELISSA MARÍA MOSQUERA DAZA, la Fiscal resolvió la situación jurídica con resolución del 29 de marzo de 2008, en la que se abstuvo de afectar la libertad de los procesados; no obstante haber informado a la Dirección Seccional de Fiscalías, mediante oficio del día 28 del mismo mes y año, que se había impuesto medida de aseguramiento de detención preventiva a todos los acusados.

La anterior situación condujo a que se iniciara una averiguación por parte de funcionarios del ente investigador, en torno al motivo de esa contradicción, advirtiéndose que la providencia donde se abstuvo de afectar la libertad de los sindicados carecía de motivación, razón por la cual se dio inicio al presente proceso penal con el objeto de establecer la posible conducta punible en que pudo incurrir la funcionaria al momento de proferir la referida decisión.

ANTECEDENTES:

1. Como consecuencia de la mencionada investigación, se cumplió el trámite de las audiencias preliminares, luego de lo cual el delegado de la Fiscalía

¹ Así se señaló en el escrito de acusación, obrante a folios 44 a 56.

General de la Nación formuló acusación contra la doctora MARÍA CLAUDIA ESPERANZA HIDALGO POVEDA por los delitos de falsedad ideológica en documento público y prevaricato por acción.

2. Una vez adelantadas las audiencias preparatoria y de juicio oral, el Tribunal Superior de Popayán emitió fallo el 12 de abril del año en curso, en el cual resolvió declarar a la acusada responsable penalmente, en calidad de autora, del delito de prevaricato por acción; al tiempo que la absolvió del cargo que por falsedad ideológica en documento público le había imputado el representante del ente acusador.

3. El abogado defensor apeló el fallo de condena, por lo cual ahora procede la Corte a resolver la alzada.

LA SENTENCIA RECURRIDA:

La Sala Penal del Tribunal de Popayán, tras evocar los alegatos de la partes, consideró que el representante del ente acusador logró demostrar la existencia de los elementos requeridos por el tipo penal de prevaricato por acción en la conducta adelantada el 29 de marzo de 2008 por la entonces Fiscal Seccional 1° de Caloto (Cauca), al proferir la resolución de definición de situación jurídica de CARLOS ALBERTO TORRES LUNA, BERNARDO TORRES SANTACRUZ y MELISSA

MARÍA MOSQUERA DAZA, en la que se abstuvo de imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad en contra de los procesados y ordenó su libertad inmediata; las consideraciones del Tribunal se concretan en los siguientes puntos:

(i) Del testimonio de JESÚS ARLES CUELLAR, quien se desempeñó como auxiliar de la aquí acusada, es posible inferir la ocurrencia de los siguientes supuestos fácticos:

Primero, el 28 de marzo de 2008, siendo «*casi las 5 de la tarde*», la decisión proyectada por la Fiscal HIDALGO POVEDA era la de ordenar la detención domiciliaria a los tres investigados; empero, el arribo de los «*memoriales de los abogados defensores*, [en los cuales le solicitaban se abstuviera de privar de la libertad a su prohijados], *la hicieron detener... en notificar*» ese proveído y decidir llevarse a su residencia el archivo de lo hasta entonces proyectado, para dar respuestas a tales peticiones².

Segundo, en el transcurso de los dos días siguientes (sábado y domingo) «*algo sucedió. Sin saber con certeza qué [causó que la Fiscal HIDALGO POVEDA] decidi[era] abstenerse de dictarles medida de aseguramiento al*

² Expresó el Tribunal: «*estando proyectada la decisión desde el 28 de marzo de 2008, los dos memoriales de la defensa al parecer hicieron detener a la señora Fiscal y por ello decidió llevársela copiada en una memoria USB hasta su residencia –entiéndase la decisión–, donde revisaría las peticiones y resolvería qué hacer con ellas.*»

Alcalde y sus colaboradores[, toda vez que] obvió la motivación de una manera no solo caprichosa, sino también consciente.»

(ii) Considera infundada la justificación que aduce la defensa para pretextar que la Fiscal MARÍA CLAUDIA ESPERANZA omitiera motivar su proveído, referida ésta a que una falla técnica en su computador personal causó la supresión de los párrafos de la decisión que ahora se echan de menos, pues luego de analizar el testimonio del ingeniero de sistemas HIDALGO POVEDA, hermano de la aquí acusada, el Tribunal concluye que aun cuando tal avería hubiese ocurrido, la misma fue reparada dos horas antes de que se imprimiera la resolución, un lapso que, en su criterio, es suficiente para que, conforme a las reglas de la experiencia, *«cualquier funcionario y/o empleado judicial – hasta costumbre- [procediera hacer] le[ctura del documento]... en aras de evidenciar cualquier error que pueda corregirse a tiempo, sustancial o de forma»³*, tal como lo es la ausencia de dos o más *«párrafos sustentatorios»⁴*.

Sobre ese mismo eje temático, la Corporación de instancia, luego de reprochar que la defensa no allegó *«soporte técnico alguno que diera fe de la posibilidad que la falla técnica de su computador produjera la supresión de párrafos de un archivo»*, plantea los siguientes interrogantes:

³ Folio 658.

⁴ Folio 659.

«si para aquella época era eso lo que sufría el equipo y si fue con la impresión que se omitieron las frases de fundamentación,¿ Por qué no existe un archivo computarizado que las tenga plasmadas con fecha y hora de creación para el momento de su emisión en marzo 29 de 2008? Es decir, ¿Si la falla fue al instante de imprimir la providencia, dónde está la original que contiene los párrafos sustentatorios insertos?»⁵

Además, adujo que estaba demostrado con suficiencia el elemento subjetivo exigido por el tipo penal previsto en el artículo 413 de la Ley 906 de 2004; enfatizando en que la *«voluntad [de MARÍA CLAUDIA ESPERANZA HIDALGO POVEDA] ha quedado reflejada en la detención de sus actos secretariales de notificación ese 28 de marzo de 2008, por lo que sabía perfectamente que podía variar la decisión al día siguiente y sin un mínimo de sustento dado que los togados ya habían dicho lo suficiente, prefirió liberar a los encausados sin hacer un mínimo de consideración normativa fáctica, aun cuando conocía su deber de hacer bajo el rigor de la Ley 600 de 2000».*

Ahora bien, disímil es la conclusión a la que llegó la Corporación de instancia respecto de la materialidad del delito de falsedad ideológica en documento público en el asunto en estudio, cargo que le imputó el representante del ente acusador a la exfiscal Seccional 1° de Caloto (Cauca) por el supuesto *«acto falsario de haber impreso en el formato único de información de casos connotados con destino a la Dirección de Fiscalías en Popayán»* que dentro del asunto

⁵ Ibidem

seguido en contra del alcalde de Caloto y otros, se había proferido medida de aseguramiento de detención domiciliaria, pues luego de analizar los argumentos defensivos que cuestionaban la naturaleza jurídica de ese documento y los hechos atestiguados por JESÚS ARLES CUELLAR y LILI CONSUELO ORTEGA PLAZA, concluyó:

(i) *«el formato único de información [no]... tiene el carácter de documento público», en razón a que carece de «preeminencia en el mundo fenomenológico y... en el espacio jurídico, ya que se trata de simple información [que se envía] a la Dirección de Fiscalías, [razón por la cual] difícilmente podría decirse que su contenido arremeta contra el bien jurídico tutela de la fe pública.*

(...)

[Es decir, T]al informe no dista de ser un elemento de control entre superior y subordinado, sin que tal información decante en una confusión o una mala imagen de la administración frente a los ciudadanos, puesto que, la misma no alcanzó a hacerse pública».

(ii) El a quo consideró coincidentes la versión de los hechos ofrecida por los mencionados testigos, quienes se desempeñaban como auxiliares en el despacho de la Fiscal HIDALGO POVEDA para el 28 de marzo de 2008, pues estos afirman que si bien es cierto en principio ésta les dio la orden de plasmar en el informe que estaba *«pendiente para resolver situación jurídica»* la investigación seguida contra CARLOS ALBERTO TORRES

LUNA, BERNARDO TORRES SANTACRUZ y MELISSA MARÍA MOSQUERA DAZA, luego cambió de opinión y dispuso se *«dijera que ya estaba hecha la resolución con decreto de la medida de aseguramiento de detención domiciliaria»*.

Así, entonces, a partir de tal reconstrucción de los sucesos que precedieron la elaboración del documento que se tacha como espurio, el a quo deduce que para el instante en que la Fiscal HIDALGO POVEDA elaboró tal *«acto comunicativo»*, en efecto, había decidido privar preventivamente de la libertad a los investigados, razón por la que descarta que en el informe se plasmara un hecho contrario a la realidad. Respecto a este tópico consideró:

«los declarantes Jesús Arles Cuellar y Lili Consuelo Ortega Plaza, ambos son coincidentes en manifestar que cuando pidieron a la señora Fiscal información sobre el mentado proceso para plasmarlo en el oficio, ésta en un principio dijo que le colocaran “pendiente para resolver situación jurídica”... No obstante, la señora Fiscal MARÍA CLAUDIA ESPERANZA, al parecer cambió de opinión y le dijo a Lili Consuelo, que llenara el punto cinco y que dijera que ya estaba hecha la resolución con decreto de la medida de aseguramiento de detención domiciliaria, mientras le solicitaba a Jesús Arles Cuellar, que se la revisara en su asunto formal y sustancial... Si todo ello ocurrió así... No puede ser falsedad ideológica que la misma fiscal informe el estado de un proceso con decisión en algún sentido, y que la tenga proyectada lista en su computador próxima a impresión para su notificación, por manera que... [el 28 de marzo de 2008], en el momento justo del envío del reporte, existía una resolución dictando medida y así lo anunció en el reporte de casos connotados. Que hayan llegado luego

dos memoriales que la hicieron cambiar de opinión, escapa al hecho de que justo cuando dio el informe, se repite, ya había elaborado una decisión dictando medida de aseguramiento de detención domiciliaria, por lo que no era falso el contenido comunicativo»⁶.

Conforme a lo anteriormente reseñado, el Tribunal resolvió declarar responsable penalmente a MARÍA CLAUDIA ESPERANZA HIDALGO POVEDA, en calidad de autora, del delito de prevaricato por acción, imponiéndole la pena privativa de la libertad de 48 meses, 80 meses de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas y multa de 66.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Así mismo, consideró procedente sustituir la prisión carcelaria por la del confinamiento domiciliario al aplicar, por favorabilidad, el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, sin las modificaciones introducidas por la Ley 1453 de 2011 y la 1709 de 2014.

LA IMPUGNACIÓN:

El abogado defensor de la acusada MARÍA CLAUDIA ESPERANZA HIDALGO POVEDA manifiesta su inconformidad con «*la fundamentación de la condena impuesta [a su representada, señalando que la declaratoria de responsabilidad] se edifica única y exclusivamente sobre la ausencia de argumentación o motivación en la providencia cuestionada, [sin que] la Corporación a quo... destacar[a] – en cuanto menos señalara- cuál fue o cuál es la norma legal*

⁶ Folios 659 y 660

respecto de la cual esa ausencia de motivación ostenta o muestra “la contrariedad burda o evidente con las disposiciones llamadas a regular el caso concreto” que el propio Tribunal impone como premisa de su análisis.»⁷

Bajo ese mismo razonamiento, califica de *desacertada*⁸ la interpretación que hizo el *a quo* de los criterios jurisprudenciales expuestos en la sentencia proferida por ésta Sala el 20 de enero de 2016, en la que se consideró que se *«puede prevaricar cuando a través de la carencia de sustento fáctico y jurídico se llega a desconocer de manera burda y malintencionada el marco normativo»*⁹, pues alega el impugnante que *«la mera ausencia de motivación no conduce de manera automática a que la respectiva determinación pueda ser considerada como producto de un prevaricato por acción»*, dado que la omisión debe *«acompañar[rse], precisamente, de [una] disparidad manifiesta entre la norma aplicable y la decisión proferida»*, para poder calificársele

⁷ Folio 689

⁸ Afirmó la defensa al sustentar el recurso de apelación: *«[L]a interpretación que realiza el a quo respecto de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resulta desacertada, en cuanto a la valoración de la “ausencia de motivación de la decisión”, como una circunstancia que per se conduce a la configuración del prevaricato por acción.»*

⁹ El abogado defensor de la procesada alegó: *«Al no señalar del más mínimo modo una burda y grosera contrariedad (ni siquiera leve) entre la abstención de medida y una concreta norma legal, para por esa vía fundamentar el fallo de reproche, el Tribunal creyó encontrar fundamento para emitir sentencia condenatoria en alguna decisión de la Corte Suprema (SP134- 2016, enero 20/ 16 MP Gustavo Malo Fernández), acudiendo para ello a resaltar o destacar algunas afirmaciones en las cuales la Corte estima – obiter dicta- que también se puede prevaricar cuando a través de la carencia de sustento fáctico y jurídico se llega a desconocer de manera burda y malintencionada el marco normativo.»*

como una conducta objetivamente típica. Precisó al respecto el impugnante:

«la mera ausencia de motivación de la providencia, sólo daría lugar a la configuración del prevaricato por acción, si dicha omisión precisamente por ser consciente y caprichosa, conduce a que la correspondiente decisión resulte ser contraria a la ley que es aplicable al caso concreto.

Es precisamente esa la razón por la cual la sentencia de la Corte Suprema hace referencia expresa a que la simple ausencia de motivación no da lugar a la configuración del prevaricato, sino únicamente cuando ésta va precedida de una conducta consciente y caprichosa, que por tal circunstancia deriva en el desconocimiento manifiesto de la ley aplicable.

(...)

No obstante, ahora en la sentencia el Tribunal impone una condena por el delito de prevaricato por acción, porque la procesada adoptó una decisión “manifiestamente contraria a la ley”, sin señalar siquiera cuál es esa ley presuntamente violada, únicamente sobre la base de acoger de manera descontextualizada y parcial una afirmación de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

En esa medida, salta a la vista que a la doctora Hidalgo le fue formulada imputación y posteriormente acusación, porque presuntamente adoptó una decisión manifiestamente contraria a las normas que regulaban la procedencia e imposición de medida de aseguramiento, pero ahora terminó siendo condenada por haber violado otra “ley”- que ni siquiera fue identificada- relativa a la carga de motivar toda providencia judicial».

Conforme a esa perspectiva, el impugnante alega que cuando en la sentencia de primera instancia el a quo reconoce que «el Fiscal del caso de ninguna manera ha referido que difiera de la interpretación de la norma sobre

procedencia de las medidas de aseguramiento que hiciera la doctora HIDALGO POVEDA, para señalar a reglón seguido que el verdadero prevaricato se configura es por la ausencia de motivación», en evidencia queda que se están desconociendo los principios de congruencia y debido proceso, toda vez que el fallo estaría estructurado sobre un reproche que no fue objeto de la imputación y de la acusación, «sobre la base de un presunto desconocimiento de otras normas o leyes, a las que en sentido genérico hace referencia el Tribunal» más no el delegado de «la Fiscalía» General de la Nación.

De otra parte, el impugnante alega la ausencia de dolo en el comportamiento de la procesada, aduciendo que la providencia que se cuestiona como prevaricadora en el asunto en estudio constituye por sí sola una prueba irrefutable de aquello que ocurrió en el *«transcurso de ambos días»*, refiriéndose al sábado 29 y domingo 30 de marzo de 2008, toda vez que, en su decir, en ella se evidencian *«dos tipos de letras en su confección: (i) la que se utilizó del folio 1 al 13 para ocuparse del análisis tanto probatorio como del tipo penal y de la calificación jurídica provisional; y (ii) para pronunciarse sobre la medida de aseguramiento y la libertad, aparte éste que fue incluido ya en su casa de habitación y como respuesta (sí, inmotivada) a los memoriales de la defensa.»*

Con esa misma hipótesis de los hechos, reprocha que el Tribunal concluyera que *«en la resolución que se allegó al*

juicio no se otea enmendadura alguna, ni manchones, daños en máquina o incoherencia.», pese a que es ostensible «el cambio de letra utilizado justamente en la parte relacionada con la medida de aseguramiento y la libertad... [al momento en que la fiscal HIDALGO POVEDA dio] respuesta a los memoriales postreros».

Concluye sus alegaciones afirmando que «se está frente a una conducta abiertamente atípica porque no existe ni fue demostrada en lo más mínimo cuál es a la hora de la verdad la resolución, el dictamen o el concepto manifiestamente ilegal, motivo por el cual se impone la emisión de un fallo absolutorio, previa revocatoria de la sentencia condenatoria».

INTERVENCIÓN DEL NO RECORRENTE:

Ministerio Público

El Procurador afirmó que le asistió desde la formulación de la acusación la inquietud sobre el presunto quebrantamiento de la legalidad que el ente investigador censura, toda vez que su disparidad de criterio frente a la decisión cuestionada no le surgía suficiente para pregonar con validez la existencia de un prevaricato por acción; a tal punto, que al momento de concluir sus alegatos, el representante de la Fiscalía reconoció que la imposición de medida de aseguramiento no era un imperativo para la

funcionaria enjuiciada y ajustó su reproche a la falta de motivación que evidencia la providencia cuestionada.

Afirma, que esa *«precisión fue la que finalmente aceptó la Sala al momento de emitir tanto el sentido del fallo como la sentencia objeto del recurso por parte de la defensa, al estimar que esa manera o forma de redacción del auto cuestionado, al carecer de un sustento explicatorio claro era suficiente para irrogar no solo la materialidad de la conducta sino además el comportamiento doloso de la acusada.»*

En su criterio, ni la Fiscalía en su acusación, como tampoco el Tribunal en la sentencia condenatoria especificaron en dónde radica la manifiesta contrariedad contenida en la resolución del 29 de marzo de 2008 con el ordenamiento jurídico, pues si bien es cierto el numeral 1° del artículo 347 de la Ley 600 de 2000 incluye las conductas que eran materia de indagación por la susodicha fiscal, también lo es que no basta esta circunstancia para la imposición de la medida de aseguramiento, pues para que ello fuera factible era menester realizar un análisis de los fines de la detención preventiva.

Señala, a reglón seguido, que la decisión a tomar por parte de la funcionaria cuestionada se trata de *«aquellas sobre las cuales es válido señalar que... cabe discusión sobre su contrariedad»*, pues conforme al análisis de los elementos

de prueba que refieran la ocurrencia de la conducta o conductas investigadas y los fines esenciales de la medida de aseguramiento, *«ella puede consistir en imponerla o no»*.

Por esa vía argumental concluye así su intervención:

«mal puede pregonarse la existencia material del delito endilgado, por lo que la decisión, con el respeto que se merece la Sala, debió ser absolutoria, como lo reclama la defensa».

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Competencia

A la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le corresponde desatar el recurso de apelación interpuesto, de acuerdo con la competencia que le asigna el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, toda vez que la acción penal es ejercida contra la Fiscal 1° Seccional de Caloto (Cauca), quien fue juzgada en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, por conducta realizada en ejercicio de sus funciones.

2. De la nulidad por la supuesta violación al principio de congruencia.

Aunque nada dijo en el curso del proceso, el abogado defensor de la procesada en el memorial de apelación trae a colación una supuesta vulneración a *los principios del debido proceso y congruencia* en los que incurrieron el delegado de la Fiscalía General de la Nación y el Tribunal, al solicitar el primero condena por un supuesto fáctico diferente al contenido en la acusación y la Corporación de instancia tolerar esa irregularidad al declarar penalmente responsable a su prohijada con base en tal novedosa petición.

De la simple lectura del escrito de acusación, evidente resulta para la Corte que tal alegación del impugnante es infundada, pues en dicho acto de postulación se consagró el supuesto fáctico que ahora pretende la defensa mostrar como novedoso, así:

«14.De la providencia de fecha sábado 29 de marzo de 2008, proferida con posterioridad al Reporte enviado a la Dirección Seccional de Fiscalías de Popayán el día anterior viernes 28 de marzo de 2008, a pesar de estructurar inicialmente toda una argumentación seria en relación con la plena acreditación de los elementos del delito, tales como Tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad respecto de todos y cada uno de los Procesados CARLOS ALBERTO TORRES LUNA, BERNARDO TORRES SANTACRUZ y MELISSA MARÍA MOSQUERA DAZA, y señalando que los punibles de PECULADO POR APROPIACIÓN y CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES objeto de investigación comportarían penas de prisión de 4 a 12 años de prisión respectivamente, finalmente no se esbozó en ella por parte de la Fiscal Seccional MARÍA CLAUDIA ESPERANZA HIDALGO POVEDA la más mínima

argumentación como para explicar por qué razón no resultaba procedente decretar en contra de ellos la Medida de Aseguramiento de Detención Preventiva, cuando dicha Medida de Aseguramiento resultaba imperativa imponer en el caso de autos y en relación con este tipo de delitos, conforme a la preceptiva normativa del Nral. 1º del art. 357 de la Ley 600/00, en concordancia con lo dispuesto en el Nral. 2º del art. 313 y 315 de la Ley 906/04, este último Modificado por el art. 28 de la Ley 1142 del 28 de junio de 2007»¹⁰. (Subraya fuera del texto principal).

Como se observa, la irregularidad alegada por el recurrente no existe, pues la Fiscalía desde el comienzo de la investigación estructuró su hipótesis delictiva de prevaricato por acción en la ausencia de motivación de la resolución que emitió el 29 de marzo de 2008 la Fiscal HIDALGO POVEDA, reprochándole no haber expresado fundamento alguno del por qué resolvió abstenerse de imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad a los indagados, pese a que contra los mismos había librado orden de retención, arguyendo que las conductas delictivas investigadas comprendían *penas de prisión cuyo mínimo era equivalente a 4 años*.

Luego, entonces, la Fiscalía no sorprendió a la defensa en los alegatos de conclusión cuando solicitó se declarara penalmente responsable a la Fiscal MARÍA CLAUDIA ESPERANZA HIDALGO POVEDA como autora del delito de prevaricato por acción al haber omitido motivar el proveído mediante el cual

¹⁰ Folio 47 del cuaderno 1.

resolvió abstenerse de ordenar la detención preventiva del alcalde de Caloto (Cauca), del tesorero de ese ente territorial y de la representante legal de la empresa DISTRIBUCIONES VM LTDA., por la presunta participación de éstos en las conductas punibles de *celebración indebida de contratos, violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y peculado por apropiación*; como tampoco el Tribunal violó el principio de congruencia al emitir fallo de condena conforme a tal solicitud del representante del ente acusador, toda vez que, se itera, siempre hubo claridad sobre que una de las hipótesis delictivas era la ausencia de motivación de la resolución del 29 de marzo de 2008, tanto así que ello permitió el adecuado y proactivo ejercicio de una defensa técnica.

Así, entonces, contrario a lo afirmado por el recurrente, no se observa que el fallo impugnado lesione el principio de congruencia. En consecuencia no prospera la nulidad alegada.

3. Sobre la supuesta atipicidad de la conducta investigada.

Ahora bien, los otros motivos de disenso manifestados por el recurrente se contraen a cuestionar los fundamentos que tuvo la Corporación de instancia para proferir la sentencia de condena, argumentando que la Fiscalía no logró probar dos de los elementos exigidos por el tipo penal de

prevaricato por acción: (i) el ingrediente normativo «*manifiestamente contrario a la ley*» y (ii) el dolo; razón por la cual se impone a la Corte examinar el supuesto de hecho sobre el cual edificó el *a quo* la responsabilidad de la procesada, en orden a verificar si éste aparece acreditado en el grado requerido por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Con el propósito de abordar el análisis del anterior cuestionamiento, resulta necesario tener en cuenta que el tipo penal de prevaricato por acción se encuentra definido en la Ley 599 de 2000, así:

Artículo 413. Prevaricato por acción. *El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.*

En su aspecto objetivo, se ha considerado un ilícito de resultado, eminentemente doloso en el que la descripción típica tiene la siguiente estructura básica: (a) Tipo penal de sujeto activo calificado, para cuya comisión se requiere la calidad de servidor público en el autor, y (b) que se profiera una resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, es decir que exista una contradicción evidente e inequívoca entre lo resuelto por el funcionario y lo mandado por la norma¹¹.

¹¹ CSJ, SP 27 jul 2011, rad. 35656.

Una decisión es «*manifiestamente contraria a la ley*» cuando «*la contradicción entre lo demandado por la ley y lo resuelto sea notoria, grosera o de tal grado ostensible que se muestre de bulto con la sola comparación de la norma que debía aplicarse*»¹². Es decir, no puede ser fruto de intrincadas elucubraciones, debe observarse de bulto con la sola comparación de la norma que debía aplicarse al momento de realización de la conducta cuestionada.

De tal forma que quedan excluidas del objeto de reproche penal, todas aquellas decisiones respecto de las cuales quepa discusión sobre su acierto o legalidad, diferencias de criterio, interpretaciones o equivocaciones despojadas del ánimo de violar la ley.

Respecto a este tópico la Corte ha considerado:

*El delito de prevaricato no se tipifica por la ocurrencia de una simple equivocación valorativa de las pruebas ni por la interpretación infortunada de unas normas, como tampoco puede proyectarse en el acierto o desacierto de la determinación que se investiga, tema restringido al estudio y decisión de las instancias, constituyendo la verdadera esencia del tipo de prevaricato activo tanto la ocurrencia de un actuar malicioso dentro del cual el sujeto agente se aparta de manera consciente del deber funcional que le estaba impuesto, como la existencia objetiva de una decisión abiertamente opuesta a aquella que le ordenaba o autorizaba la ley, lo que implica el análisis retrospectivo de la situación fáctica que debía resolverse*¹³.

¹² CSJ, SP de 15 de abril de 1993.

¹³ CSJ SP 5 Dic. 2009, Rad. 27.290.

No basta la simple contrariedad entre el acto jurídico y la ley, se requiere que haya una evidente «*discrepancia entre lo decidido por un funcionario público y lo que debió decidir, o como tantas veces se ha dicho, entre el derecho que debió aplicar y el que aplicó.*»¹⁴

Fijados de dicha manera los parámetros sobre los requerimientos normativos exigidos en torno a demostrar la existencia de una conducta prevaricadora, procede la Corte a establecer si la acusada incurrió o no en ese comportamiento delictivo al omitir motivar la resolución del 29 de marzo de 2008, decisión mediante la cual se abstuvo de imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad a los investigados, para lo cual se hace indispensable desentrañar en punto de la realización típica, si ese proveído trasluce ruptura patente y grave con el mandato legal.

Así entonces, relevante resulta examinar las preceptivas contenidas en las disposiciones que resultaban aplicables al caso que era objeto de estudio de la Fiscal 1º Seccional de Caloto (Cauca), en orden a verificar si la decisión proferida por la aquí acusada las contradice de manera notoria, grosera u ostensible.

La Fiscalía afirmó en el escrito de acusación que la decisión del 29 de marzo de 2008 contradice de manera manifiesta el mandato consagrado en el artículo 357 de la

¹⁴ CSP, AP 25 de oct 1979.

Ley 600 de 2000, «*en concordancia con lo dispuesto en el Nral. 2º del art. 313 y 315 de la Ley 906/04, este último Modificado por el art. 28 de la Ley 1142 del 28 de junio de 2007*», y en los alegatos de conclusión, explicitó¹⁵, luego de hacer una breve referencia a la sentencia C-774 de 2001 emitida por la Corte Constitucional, que aquel proveído «*es, también, abiertamente contrario a los lineamientos jurisprudenciales*» porque carece de una parte motiva en la que se sustente la decisión de abstenerse de imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad a quienes se les investigaba por su presunta participación en los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, dos conductas típicas que al comportar penas de prisión de 4 a 10 y 4 a 12 años, respectivamente, hacían «*procedente*» tal medida cautelar.

En efecto, el referido precepto prevé:

«ARTICULO 357. PROCEDENCIA. *La medida de aseguramiento procede en los siguientes eventos:*

1. *Cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de cuatro (4) años.»*

¹⁵ Expresó el Fiscal en audiencia de juicio oral: «[ese] lineamiento constitucional que data del 2001... cambió el pensamiento de los administradores de justicia delimitando los casos dentro de los cuales, a pesar de que se presumía la responsabilidad penal del actor, era posible abstenerse de dictarle medida de aseguramiento siempre y cuando no se cumplieran los fines para los cuales estaba dada, como por ejemplo, asegurar la comparecencia del procesado a la investigación, lo cual, aplicando al presente asunto habría sido perfectamente viable tan solo si y solo sí, la acusada hubiese motivado la decisión datada al 29 de marzo de 2008».

Empero, olvida el representante del ente acusador que el transcrito mandato no debe aplicarse de manera automática ni mucho menos aislada del marco normativo al cual se encuentra inserto, pues, precisamente, el precedente jurisprudencial que trajo a colación en sus alegatos conclusivos, esto es, la sentencia C-774 de 2001, exhorta a los funcionarios judiciales para que adelanten una interpretación sistemática de los artículos 28 y 29 de la Constitución Política y 355, 356 y 357 de la Ley 600 de 2000, a partir de la cual verifiquen o constaten en cada caso en concreto, previo al proferimiento de una decisión en la que se impone medida de aseguramiento privativa de la libertad, el cumplimiento de las exigencias formales relacionadas con la determinación de los hechos investigados, su calificación jurídica y los elementos probatorios que sirven de fundamento; a la par que el requisito sustancial relativo a la indicación -al menos- de los indicios graves de responsabilidad que comprometen al investigado, sustentados en las pruebas acopiadas legalmente. Así afirmó en esa oportunidad la Corporación judicial:

« El texto del nuevo Código de Procedimiento Penal, no hace referencia alguna a los requisitos formales que debe cumplir la autoridad judicial para decretar la detención preventiva, pero en aras de garantizar el debido proceso y en armonía con el artículo 28 de la Constitución, esta Corte estima que cuando la norma constitucional impone la necesidad de “...mandamiento escrito de autoridad judicial competente...”, es porque se requiere, para la adopción de la detención preventiva de un providencia interlocutoria, en la cual, para hacer efectiva la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el de contradicción del sindicado, se deben señalar al menos los hechos que se investigan, su calificación jurídica y los elementos probatorios que sirvieron de fundamento para adoptar la medida.

Por lo tanto, se condicionará la constitucionalidad del inciso 2º del artículo 356 del nuevo Código de Procedimiento Penal, bajo el entendido que, para la práctica de la detención preventiva, es necesario, el cabal cumplimiento de los requisitos formales señalados (los hechos que se investigan, su calificación jurídica y los elementos probatorios que sirvieron de fundamento para adoptar la medida), en armonía, con el requisito sustancial consiste en los indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.»(Subraya fuera del texto principal).

Por su parte, esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto a los condicionamientos para la imposición de la detención preventiva conforme a la reglamentación consagrada en la Ley 600 de 2000, estableciendo, entre otros proveídos, en CSJ SP19 Feb 2002, rad. 18592, la siguiente subregla:

«Quiso el garante de la supremacía de la Constitución Política que el juez, acorde con los nuevos postulados legales, no solamente verifique el cumplimiento de los factores objetivos de que trata cada uno de los tres ordinales del artículo 357 del C. de P.P. (monto de la pena, cualificación de algunos comportamientos y vigencia de sentencia condenatoria por delito doloso o preterintencional), sino que establezca, bajo un pronóstico racional, proporcional y, especialmente, motivado, si, en el caso concreto, la detención es o no eficaz, por lo que si concluye que el procesado comparecerá en cualquier tiempo al proceso, bien sea para la instrucción, el juzgamiento o la ejecución de la pena, preservará la prueba, es decir, no ocultará, destruirá o deformará elementos relevantes para el proceso ni entorpecerá su aducción, y que no colocará en peligro a la comunidad, o sea, no incurrirá nuevamente en actividades delictivas, deberá abstenerse de imponerla o revocar la existente.»¹⁶ (Subrayas fuera del texto principal).

Obsérvese que los transcritos requisitos legales y el desarrollo jurisprudencial que respecto a ese tópico existe hasta la fecha actual crean en cabeza de la autoridad judicial

¹⁶ En similar sentido CSJ SP, 18 Jun 2002, rad. 18056

el deber de motivar la decisión por medio de la cual se impone la medida de aseguramiento privativa de la libertad, por ser ésta, precisamente, restrictiva de un derecho fundamental.

De manera que, sin perjuicio del deber que le asiste a los funcionarios judiciales de motivar todas sus providencias, frente al análisis concreto de responsabilidad por el punible de prevaricato, objetivamente la conducta de la Fiscal HIDALGO POVEDA no encuadra en la descripción típica por la cual fue acusada y condenada en primera instancia, toda vez que cuando procedió a emitir la resolución del 29 de marzo de 2008, por medio de la cual definió la situación jurídica de los indagados, realizó una valoración del material probatorio con base en cual dedujo que los hechos objeto de investigación se adecuaban a las conductas punibles de «*peculado por apropiación y celebración indebida de contratos*» y, aunque no consignó de manera expresa el análisis efectuado acerca de los presupuestos consagrados en el artículo 355 de la Ley 600 de 2000, lo cierto es que concluyó que no era procedente la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad en ese caso particular para la consecución de algunos de los siguientes fines:

*(i) garantizar la comparecencia del sindicado al proceso; (ii) la ejecución de la pena privativa de la libertad; (iii) impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria*¹⁷.

¹⁷ En los diferentes debates que se adelantaron en el Congreso de la República del proyecto de Ley 155 de 1998 -por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal-, actualmente conocido como Ley 600 de 2000, se explicó:

El código de Procedimiento Penal que hoy nos rige fue expedido después de la Constitución Política, emitida en el año 1991. Este hecho ha generado que algunas personas se

Claro resulta, que la Fiscal acusada se abstuvo de ordenar la detención preventiva de los procesados por estimar que tal medida no era necesaria para garantizar el buen curso del proceso penal, conforme se encuentra desarrollado en la jurisprudencia constitucional en torno a los motivos que justifica la detención preventiva.

Huelga precisar que el deber de motivación para el funcionario judicial es más riguroso cuando decide imponer

pregunten por qué sería necesario un nuevo Código cuando el actual se encuentra ajustado a las normas constitucionales. Al respecto son varias las respuestas:

Desde entonces ha transcurrido un tiempo apropiado para que en este proyecto de ley se recojan todas aquellas dificultades interpretativas que la práctica en estos ocho años, ha venido mostrando y aquellas situaciones que presentan vacíos normativos... Además... dado que se presentaron también proyectos de Código Penal, Penitenciario y Carcelario, es importante unificar el lenguaje, adecuar la filosofía de lo que se pretende como instrumento vital de la política criminal.

(...)

3. Filosofía del proyecto y aspectos importantes

Este proyecto de Código de Procedimiento Penal se encuentra enmarcado dentro de un equilibrio entre la búsqueda de un proceso orientado por el respeto de las garantías de los sujetos procesales, especialmente del sindicado, y un proceso más ágil. Algunos aspectos que muestran esta filosofía son los siguientes

(...)

Se propone como única medida de aseguramiento, la detención preventiva, y solo para aquellos delitos de considerable gravedad, se busca respetar de esta manera la libertad de las personas, pues solo se impondrá la medida en casos especialísimo y para los siguientes fines:

“Garantizar la presencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga, o la continuación de su actividad delictual o en las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria.” (Artículo 351 del proyecto)

(...)

D. La acusación se convierte en elemento fundamental del proceso. Es en ella y a partir de ella que se inicia el verdadero debate jurídico, lo que implica una mayor cobertura del principio de presunción de inocencia. Tomo 1, página 109, compilación de Gacetas del Congreso.

la medida restrictiva de la libertad, que cuando se abstiene de hacerlo, pues la afectación de derechos fundamentales solo puede hacerse por motivos fundados en la ley y debidamente acreditados.

En el caso objeto de estudio, como la resolución emitida por MARÍA CLAUDIA ESPERANZA HIDALGO el 29 de marzo de 2008 consistió en «*abstenerse de imponer medida de aseguramiento*» a BERNARDO TORRES SANTACRUZ, MELISSA MARÍA MOSQUERA DAZA y CARLOS ALBERTO TORRES LUNA, después de valorar las pruebas recaudadas hasta esa primera fase de investigación, siendo esa una las alternativas de solución jurídica que el ordenamiento prevé, ha de entenderse que la entonces Fiscal 1º Seccional de Caloto (Cauca) actuó bajo el margen de discrecionalidad que la misma normatividad le otorgaba, y amparada por la ley optó por la alternativa que, precisamente, por no ser restrictiva del referido derecho fundamental la exoneraba de abundar en consideraciones respecto de las variables que el artículo 355 de la Ley 600 de 2000 contempla.

De suerte que por las particulares circunstancias del caso concreto, a juicio de la Corte, no es adecuado afirmar que la acusada profirió una decisión «*manifiestamente*» contraria a lo previsto en el numeral «*1º del art. 357 de la Ley 600/00, en concordancia con lo dispuesto en el Nral. 2º del art. 313 y 315 de la Ley 906/04, este último Modificado por el art. 28 de la Ley 1142 del 28 de junio de 2007*».

Luego, entonces, contrario a lo considerado por el a quo, la Corte no advierte en el presente caso la existencia del ingrediente normativo «*manifiestamente contrario en la ley*» exigido por el tipo penal de prevaricato, toda vez que la entonces Fiscal 1º Seccional de Caloto (Cauca) fundó su decisión del 29 de marzo de 2008 en el acervo probatorio hasta entonces recaudado, el cual si bien daba cuenta de la probable participación de los investigados en dos conductas delictivas, también lo es que no le impelía imponer una medida de aseguramiento restrictiva de la libertad por considerarla innecesaria para el cumplimiento de los fines legalmente consagrados en la precitada norma.

Corolario de lo anteriormente expuesto, la determinación tomada por el a quo es desacertada y, por consiguiente, la Corte revocará la sentencia impugnada en la que se condenó a MARÍA CLAUDIA ESPERANZA HIDALGO POVEDA, como autora del delito de prevaricato por acción.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia materia de apelación y, en su lugar, absolver a la doctora MARÍA CLAUDIA ESPERANZA HIDALGO POVEDA del cargo de prevaricato por

acción por el que fuera condenada el pasado 12 de abril de 2016 por el Tribunal Superior de Popayán.

SEGUNDO: CANCELAR toda anotación o requerimiento que con ocasión a este proceso se hubiera emitido contra MARÍA CLAUDIA ESPERANZA HIDALGO POVEDA.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
SECRETARIA