



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado Ponente

SP16234-2015

Radicación No. 45835

Aprobado Acta No. 424

Bogotá D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil quince (2015).

VISTOS

Resuelve la Corporación los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Público, la defensa y el doctor *BERNARDO MORALES CASAS* contra la sentencia proferida el 24 de febrero de 2015 por el Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó a cien (100) meses de prisión, multa equivalente a setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de la pena principal, al hallarlo responsable de los delitos de falsedad

ideológica en documento público, prevaricato por acción y por omisión, en concurso heterogéneo y sucesivo.

HECHOS

La Ley 165 de 1948 por medio de la cual “*se promueve la organización de una empresa colombiana de petróleos*” estableció que la compañía tendría la facultad de fijar “*la participación que en el futuro se les reconozca a los trabajadores colombianos en las utilidades de la empresa*”.

El Decreto 2039 de 1956 determinó como una de las funciones de la Junta Directiva “*aprobar o improbar las cuentas, balances y proyectos de distribución de utilidades que le presente el presidente con la firma del auditor fiscal de la Empresa*”.

Mediante Actas “*No. 742 del 30 de marzo de 1962, 797 del 4 de abril de 1966, 850 del 21 de marzo de 1967 y 892 del 29 de enero de 1968*”¹, entre otras, la Junta Directiva aprobó la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa².

A fin de manejar lo relacionado con ese rubro, la Junta Directiva consideró necesario crear bajo su dirección, autorización y reglamentación, la fundación de derecho privado³ denominada ADEUTROL⁴-, entidad que nunca

¹ Cfr. Folio 178 del cuaderno 18, correspondiente al folio 3 de la sentencia del 22 de junio de 2011 de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

² Durante los primeros años el porcentaje correspondió al 3% de las utilidades.

³ Ver actas 822 de 1966 y 860 de 1968.

adquirió personería jurídica, razón por la que los recursos se administraron directamente por ECOPETROL en algunos periodos y, en otros, a través de las firmas POLICOLDA y CAVIPETROL.

En abril 1997 ante la Cámara de Comercio de Barrancabermeja, 28 ex trabajadores de ECOPETROL constituyeron el Fondo Cooperativo Multiactivo de los Ex trabajadores y Trabajadores de Ecopetrol, FONCOECO.

En septiembre de 1997 ante el Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá, a cargo del doctor *BERNARDO MORALES CASAS*, se instauró proceso abreviado de rendición de cuentas por FONCOECO contra ECOPETROL y CAVIPETROL.

Como las demandadas adujeron no estar obligadas a rendir cuentas, luego de adelantarse el trámite pertinente, el doctor *MORALES CASAS* emitió sentencia el 25 de julio de 2002 desestimando la pretensiones de la demanda por “*falta de legitimación para obrar e inexistencia del derecho alegado*”.

Ante la impugnación de FONCOECO, el 22 de mayo de 2003 la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá revocó dicho fallo, declaró no probadas las excepciones de mérito formuladas, ordenó a ECOPETROL rendir las cuentas

⁴ Administración de la Participación de Utilidades de los Empleados de la Empresa Colombiana de Petróleos.

solicitadas, absolvió a CAVIPETROL y condenó en costas en ambas instancias a la accionada.

Luego de múltiples vicisitudes, el 16 de diciembre de 2005 el doctor *MORALES CASAS* dictó sentencia y resolvió el incidente propuesto por la parte demandada, declarando que la deuda asciende a \$393.645'899.707 por capital y por intereses a \$148.187'786.064, para un total de \$541.833'685.771, más costas.

Esa determinación es calificada en la acusación como manifiestamente contraria a la ley por cuanto el juez *MORALES CASAS* no articuló el análisis de la prueba pericial con los documentos revisados por el perito y la normatividad relativa a *ECOPETROL*, de manera que no resultaba procedente incluir porcentajes fijos del 3% sobre las utilidades del año 1962 hasta la época de la presentación de la demanda, pues la participación en las utilidades era producto de la liberalidad de la empresa en el porcentaje dispuesto por la junta directiva con posterioridad al ejercicio operativo y con variantes anuales sobre los valores después del año 1975.

También se aduce la concreción del punible de falsedad ideológica en documento público porque el juez afirmó que “*de cara a la objeción que en torno a las cuentas rendidas presentó la demandante, ECOPETROL*”, se encuentra “*Fuera de Tiempo*”, aseveración mendaz porque la objeción por error grave fue radicada oportunamente. De

esta manera, el funcionario rehusó dar curso al incidente de objeción y a decretar la nulidad propuesta, incurriendo en el punible de prevaricato por omisión.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 5 de agosto de 2010 la Fiscalía radicó escrito de acusación ante el Tribunal Superior de Bogotá en contra del doctor *BERNARDO MORALES CASAS* por los delitos de prevaricato por acción, prevaricato por omisión y falsedad ideológica en documento público⁵, cumpliéndose la audiencia en sesiones del 8 de septiembre de 2010, 3 de marzo de 2011; la diligencia preparatoria se surtió el 14 de septiembre del mismo año, oportunidad en la cual se resolvieron las postulaciones probatorias; el juicio se realizó en sesiones del 27 de febrero, 20 de marzo y 30 de abril de 2013. El sentido del fallo de carácter condenatorio fue anunciado el 20 de septiembre de 2013 y la sentencia se dictó el 24 de febrero de 2015.

SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal inicia explicando que las cuentas solicitadas por FONCOECO a ECOPETROL se derivaban de una decisión de la Junta Directiva de la entidad estatal proferida en el año 1962 que dispuso entregar anualmente una porción discrecional de utilidades al fondo especial que

⁵ La imputación se realizó el 6 de julio de 2010.

los trabajadores de la firma debían constituir para recibir y disfrutar de esa participación.

Como la donación fue dispuesta libremente por la junta directiva con posterioridad al ejercicio operativo y con variantes anuales sobre los valores después del año 1975, en la cuantificación de saldos no resultaba procedente incluir porcentajes fijos del 3% sobre las utilidades del año 1962 hasta la época de la presentación de la demanda, máxime cuando la no constitución oportuna del fondo de empleados, determinó que la junta resolviera hacer otro tipo de inversiones y concesiones en favor de los trabajadores.

Requerida ECOPETROL para que rindiera cuentas, el perito designado en el proceso determinó la suma de \$3.221.987,56 con arreglo a las actas de la junta directiva de la empresa año tras año en las correspondientes fracciones económicas y en los periodos con exigibilidad jurídica. Dicho valor fue objetado por la accionante suscitándose un nuevo incidente dentro del cual intervino un segundo perito que conceptuó, con sujeción a las pretensiones de la demanda, incluyendo una tasa del 3% de la utilidades netas por un periodo de 22 años, dictamen acogido por el doctor *BERNARDO MORALES CASAS*.

Encuentra sofisticada la argumentación del juez *MORALES* para atender el dictamen porque genéricamente se refiere al concepto doctrinal de dictamen pericial, a los requisitos para su existencia y validez, a las reglas de

apreciación, al deber judicial de examinarlo y compararlo, a la jurisprudencia respectiva, para enseguida descender al caso concreto y afirmar que la experticia rendida por *Luis Ángel Dueñas Gómez* cumple los requisitos de fondo y forma, por lo que “*sin asomo de duda*” las conclusiones del perito son “*claras, firmes y resultan lógicas*”.

Esa determinación desconoció los lineamientos expuestos por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá cuando autorizó la rendición de cuentas al revocar la inicial postura del juez *MORALES CASAS*, según la cual FONCOECO carecía de legitimidad y derecho para esa pretensión, porque en esa ocasión la Corporación indicó que los cálculos debían surtirse, no sobre porcentajes anuales equivalentes al 3% de las utilidades, sino sobre los dineros autorizados por la junta directiva de ECOPETROL. Ese sólo hecho advertía las serias falencias del dictamen que lo tornaban inviable e ineficaz.

En el evento examinado, agrega, el juez *MORALES CASAS* pretermitió las condiciones mínimas exigibles para el análisis y valoración de la experticia, pues simplemente aludió a la naturaleza de la prueba, las condiciones del perito, sin reparar que la demanda había presentado unas cuentas iniciales que aludía a simple liberalidad de la empresa y a la tasa porcentual sólo hasta el año 1975 por orden de la misma ley. A pesar de lo anterior, el acusado acata y acoge el dictamen sin referirse a las situaciones de hecho y de derecho que lo soportaban.

Y aunque la defensa y el Ministerio Público pregonan la ausencia de dolo en el proceder de *MORALES CASAS*, el Tribunal considera que el funcionario actuó con intención proterva porque en un principio estimó que FONCOECO no tenía derecho a exigir las cuentas, pero ante la orden del superior que revocó su decisión, debió tener una especial acuciosidad y preocupación cuando de cuantificar valores tan cuantiosos se trataba, por manera que no es posible que se mostrara tan *“distráido con la prueba pericial y tan generoso para fallar más allá de lo pedido y en las cuantías ya referenciadas”*.

Recuerda que conforme con los artículos 75 y 305 del Código de Procedimiento Civil, no puede condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada, restricción desatendida por *MORALES CASAS*, quien falló *ultra petita*, pues la pretensión era de \$60.576.900.277,19 y la condena ascendió a \$541.000.000.000, en lo cual observa la intención de contrariar la ley.

Rendido el dictamen, debía correrse traslado a la contraparte para que pudiese cuestionarlo en los términos del artículo 238 del C.P.C., aspecto también reprochado al juez *MORALES CASAS* porque aunque ordenó el traslado de la experticia, el estado 153 del 30 de agosto de 2004 mediante el cual se habría concretado, en realidad se

refiere a la expedición de una certificación sobre un remate, fenómeno que razonablemente fortalece la deducción del dolo.

Advierte que el mismo día se emitieron dos providencias para diluir, distraer o inducir en error a la parte demandada, pues separadamente se corre traslado y se comunica la existencia del remate, pero material y realmente se fija un solo estado que corresponde a la certificación del remate sin aludir al traslado del dictamen que era la determinación de mayor trascendencia.

Esa confusión generada por el juzgado evidencia la actitud personal y procesal asumida por *MORALES CASAS*, pues al ser informado y requerido por el apoderado de la demandada sobre la inexistencia de la concreta e independiente notificación por estado del traslado del dictamen, persistió terca y maliciosamente en su postura de que el traslado se había surtido y notificado correctamente, para posteriormente declarar extemporánea la solicitud que posibilitaba su contradicción.

El deber de hacer efectiva la igualdad de las partes y evitar cualquier tentativa de fraude, amén de la facultad oficiosa de decretar pruebas de oficio para aclarar hechos sometidos a su conocimiento, le imponían disponer un específico traslado del dictamen para que pudiera ser controvertido.

Y aunque pudiese pensarse en dejadez o negligencia del secretario del juzgado al anunciar en el estado una certificación cuando supuestamente se trataba de un traslado, la irregularidad se le hizo saber a *MORALES CASAS* a fin de que tomara los correctivos, pero de forma inexplicable, que refleja un ánimo doloso, se limitó a responder que el auto de traslado había sido notificado mediante estado 153 del 30 de agosto de 2004, aseveración mendaz que comporta la comisión del punible de falsedad ideológica en documento público.

La disposición delictiva se infiere también de la actitud adoptada frente a los reclamos del apoderado de *ECOPETROL* de rechazar de plano el incidente de nulidad propuesto con el escueto argumento de la extemporaneidad sin aludir a las situaciones irregulares planteadas y sin considerar que el artículo 140 del C.P.C. reseña que *“cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta de la que admite la demanda, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida”*, resultando inexcusable la negativa de acceder al reclamado traslado, sacrificando el derecho sustancial frente al meramente formal, reticencia que configura el punible de prevaricato por omisión.

LAS IMPUGNACIONES

1. La defensa solicita revocar el fallo condenatorio porque el actuar del doctor *BERNARDO MORALES CASAS* se

ajustó a derecho, lo cual torna atípicas las conductas imputadas.

Reseña que el prevaricato por acción lo radica el Tribunal en que la sentencia del 16 de diciembre de 2005 acogió sin crítica ni examen una prueba pericial alejada de los hechos materia de cuantificación económica y de las normas reguladoras de las cuentas solicitadas en el proceso civil. Con todo, señala, la sentencia no indica por qué el dictamen rendido no tenía el mérito que se le dio y por cuál razón *MORALES CASAS* debía cuantificar de manera diversa los valores resultantes de la experticia, pues el porcentaje del 3% no fue fijado caprichosamente porque fue el perito quien lo determinó luego de analizar la documentación aportada, cifra indicada por la Sala Civil del Tribunal que revocó las determinaciones del acusado.

La Colegiatura *a quo* desconoce la naturaleza y fines del proceso abreviado de rendición de cuentas, pues éste busca establecer una suma desconocida. Por ende, no puede afirmarse que el juez falló *ultra petita*, pues la cifra consignada en el libelo corresponde a una estimación y no a un dato concreto, el cual sólo se obtiene al culminar el proceso, luego de adquirir firmeza el dictamen pericial necesariamente ordenado.

La sentencia dictada por *BERNARDO MORALES CASAS* no puede ser considerada prevaricadora por el único hecho de no acoger la postura de *ECOPETROL*, que no aceptaba el

3% como factor liquidatorio, pues ese planteamiento no es una norma legal sino una posición de una de las partes del proceso, menos cuando el acusado se limitó a cumplir lo ordenado por Tribunal Superior en sentencia del 22 de mayo de 2003, en el sentido de que la empresa petrolera sí debía rendir cuentas por existir un mandato legal y no mera liberalidad patronal.

Además, *MORALES CASAS* no actuó con dolo si se considera la dificultad del proceso a su cargo, pues duró casi 14 años (30 de octubre de 1997 al 22 de junio de 2011) y en su desarrollo se dictaron ocho sentencias.

No se vulneraron los derechos de *ECOPETROL* porque el dictamen pericial fue notificado mediante estado 153 del 30 de agosto de 2004 donde se indicó que se comunicaba la expedición de una certificación y otra determinación denominada “*pone en conocimiento*”, la cual ostentaba la entidad suficiente para generar en el demandado la necesidad de revisar el expediente.

En efecto, agrega, *MORALES CASAS* ordenó mediante auto propio correr traslado del dictamen rendido por el experto *Luis Ángel Dueñas Gómez* y en esa providencia se observa el sello del secretario donde se advierte que fue notificada en estado 153 del lunes 30 de agosto de 2004, de forma que la ausencia de nombre propio del traslado no implica carencia de notificación. Por ello, no hay terquedad y dolo atribuido en tanto la nulidad era extemporánea.

Por último, aduce, el acusado tampoco incurrió en el punible de falsedad porque extendió un documento con pleno convencimiento de que la expresión “*pone en conocimiento*” del estado 153 era suficiente para que las partes entendieran que debían notificarse de una decisión proferida en la actuación, en este caso el traslado del dictamen pericial. Por ello, *MORALES CASAS* no consignó ninguna falsedad en su determinación y, menos aún, actuó con dolo.

2. El doctor *BERNARDO MORALES CASAS* solicita revocar el fallo proferido en su contra y al efecto realiza un recuento de los acontecimientos del proceso y de su intervención en el mismo.

Recalca que el 8 de julio de 2002 emitió sentencia negando las pretensiones de FONCOECO, pues concluyó que no estaba legitimada para exigir cuentas a ECOPETROL; sin embargo, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en proveído del 22 de mayo de 2003, revocó el fallo y ordenó rendirlas, dejando claro que la reserva de utilidades para los trabajadores constituían un mandato legal y no mera liberalidad, tratándose de un derecho adquirido cuyo porcentaje era del 3%.

Reiniciado el proceso, añade, ante la objeción del primer dictamen presentado, el Juzgado abrió el incidente a pruebas y ordenó una nueva experticia que ordenó notificar

mediante auto del 26 de agosto de 2004, comunicado a las partes por estado 153 del 30 de agosto siguiente, sin que ECOPETROL se pronunciara al respecto y por ello el expediente ingresó al despacho para fallo el 8 de septiembre, siendo emitido el 16 de diciembre siguiente.

Aclara que dicho estado fue redactado por Secretaría en los siguientes términos: “*Auto ordena certificación sobre existencia de remanentes – pone en conocimiento*”, para indicar que eran dos los autos comunicados. El 12 de enero de 2005 ECOPETROL optó por darse por notificado de dicho auto, objetar el dictamen por error grave y formular incidente de nulidad a efectos de restablecer o restituir los términos, petición resuelta negativamente en auto del 24 de febrero de 2005 porque el proveído fue notificado legalmente y no existía la irregularidad aducida, decisión confirmada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

A partir del anterior recuento refiere que laboró con honestidad en la rama judicial hasta obtener su pensión de jubilación sin recibir ningún cuestionamiento hasta el reproche de la interpretación jurídica realizada en el proceso de ECOPETROL, lo cual no puede convertirlo en delincuente, máxime cuando se limitó a cumplir los procedimientos consagrados en el Código de Procedimiento Civil.

En tal sentido, agrega, para el Tribunal todo empezó con la idea del juez de engañar a ECOPETROL al permitir

en el estado una descripción de una providencia distinta a la notificada a efectos de impedir la objeción del dictamen pericial, para luego, con fundamento en esa prueba, fallar en contra de la demandada. Sin embargo, la realidad indica que todo se desató a consecuencia de la negligencia del abogado de la firma petrolera en el proceso que no revisó el proceso con la diligencia debida.

Encuentra que el Tribunal obvia que quien elabora los estados no es el juez sino el secretario y que, acorde con el artículo 321 del C.P.P., en el contenido de esos documentos no es obligatorio incluir la descripción o el resumen de la providencia notificada. De igual forma, olvida que fue el Tribunal Superior de Bogotá quien ordenó a ECOPETROL rendir las cuentas en el porcentaje del 3% de las utilidades de la demandada.

De igual forma, el *a quo* olvidó considerar que *MORALES CASAS* de manera oficiosa, a pesar del desistimiento de la parte que pidió la prueba, interrogó al representante de la firma petrolera para obtener orientación sobre la forma de calcular el porcentaje destinado a los trabajadores y sólo obtuvo evasivas.

Además de la inexistencia del tipo objetivo, el subjetivo tampoco se configura, tanto así que el *a quo* construyó el dolo del prevaricato por acción en la falsedad ideológica relacionada con el estado, supuesto erróneo por cuanto el auto de traslado del dictamen fue debidamente notificado.

Además, la nulidad invocada no se fundaba en la inexistencia o equivocada ejecución de la notificación sino en la presencia de dos dictámenes anteriores que tornaban innecesario el que se notificó mediante estado 153, de manera que sólo en la impugnación del auto que negó la nulidad se sugirió la inexistencia de la notificación.

Concluye afirmando que no cometió falsedad ideológica porque el auto que corrió traslado del dictamen fue notificado legalmente. No prevaricó por acción en tanto profirió una sentencia con fundamento en la prueba obrante en el proceso y en acatamiento de lo dispuesto por el superior, fallo motivado y notificado, que si bien pudo ser equivocado como todo acto humano, no es delictivo. Tampoco incurrió en prevaricato por omisión, pues no estaba obligado a declarar la nulidad que el abogado descuidado impetraba, pues no había causal que la sustentara.

3. El Ministerio Público pide revocar la sentencia de condena y, en su lugar, absolver a *BERNARDO MORALES CASAS*, pues aunque le faltó atención y diligencia al expedir la sentencia del 16 de diciembre de 2005, no actuó con dolo y el tipo subjetivo no puede fundarse en el deber ser, pues la responsabilidad objetiva está proscrita en el ordenamiento jurídico nacional.

En ese orden, afirma, la decisión inicial de *MORALES CASAS* de no reconocer a FONCOECO el derecho a reclamar cuentas a ECOPETROL, no evidencia el dolo sino que lo desvirtúa por cuanto la segunda instancia determinó su cambio de parecer.

Tampoco considera acertado afirmar que *MORALES CASAS* decidió en forma *ultra petita* por el hecho de acoger la cifra establecida en el dictamen, pues no fue objetado oportunamente por la parte interesada y la segunda instancia corrigió esa falencia sin señalar la existencia de un comportamiento fraudulento.

Encuentra ausente el tipo objetivo y subjetivo del prevaricato por omisión por cuanto la negativa a resolver la objeción al dictamen se fundó en que *MORALES CASAS* creía firmemente que era extemporánea, motivo por el cual no accedió a la nulidad invocada, apreciación ratificada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá que negó la nulidad propuesta por la parte demandada.

Además, si la Fiscalía acusó al funcionario de proferir una sentencia abiertamente ilegal, no podía al mismo tiempo atribuirle prevaricato por omisión por negarse a repetir el traslado del dictamen pericial y no dar curso la nulidad propuesta, pues para el juez la objeción era extemporánea.

Igual situación pregona del punible contra la fe pública en tanto no se probó que el juez fuese autor de la alteración de la diligencia de notificación, trámite del resorte secretarial y si, en gracia de discusión, el estado no hubiese sido lo suficientemente explícito, ello no impedía al interesado conocer el peritaje y controvertirlo, como lo señaló la Colegiatura civil de segunda instancia.

LOS NO RECURRENTES

1. La Fiscalía pide mantener el fallo de condena porque la errada interpretación de *BERNARDO MORALES CASAS* no obedeció a negligencia o error, como lo pregonan los recurrentes, sino a su intención de desconocer la ley dada su vasta experiencia como juez de la República y las graves inconsistencias del dictamen pericial que acogió sin ninguna crítica o reparo, olvidando su obligación de contrastarlo con la restante prueba acopiada.

Adicionalmente, en la sentencia prevaricadora el acusado consignó una falsedad al declarar extemporánea la objeción al dictamen bajo el argumento de que fue notificado por estado, supuesto ajeno a la realidad. Con ese mismo argumento, *MORALES CASAS* rehusó darle trámite a la objeción por error grave y a la petición de nulidad radicada, con lo cual actualizó el tipo penal de prevaricato por omisión.

2. El apoderado de la víctima propone confirmar el fallo confutado en tanto la postura de los impugnantes se

basa en la afirmación sofística de que una providencia judicial había establecido como derecho adquirido que los trabajadores de ECOPETROL debían recibir el 3% de las utilidades de la empresa.

Por el contrario, la realidad probatoria señala que *BERNARDO MORALES CASAS* de manera consciente argumentó el reconocimiento del derecho del demandante en una afirmación abiertamente diferente al tenor literal de la prueba, pues la lectura sistemática de ella invitaba a reflexionar sobre la existencia o no de derechos adquiridos.

En tal sentido, la afirmación de la sentencia según la cual el Acta 850 del 29 de enero de 1968 sustenta el derecho adquirido del reparto de utilidades en el 3%, es falaz la tergiversación del contenido de ese documento, con mayor razón cuando los demandantes en la audiencia de conciliación reconocieron la imposibilidad de cobrar el mencionado porcentaje.

La supuesta orden de segunda instancia para considerar el aludido porcentaje como valor de la participación de las utilidades tampoco encuentra comprobación, pues si ello fuera así el Tribunal no habría revocado el fallo del procesado.

El prevaricato por omisión se configura en la negativa de tramitar el incidente de nulidad propuesto por ECOPETROL una vez que tuvo conocimiento de la maniobra

habilitosa que deslizó la supuesta notificación del auto de traslado del dictamen. En ese tópico ninguna argumentación se ofreció por los impugnantes y por ello pide que se declare desierto el recurso. Igual petición formula respecto a la impugnación de la condena por el delito de falsedad ideológica en documento público.

CONSIDERACIONES

La Sala es competente para resolver la alzada de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, pues la acción penal es ejercida contra un juez de la República, juzgado en primera instancia por el Tribunal Superior de Bogotá, por actos realizados con ocasión del cargo desempeñado.

La labor de la Corte se contraerá a examinar los aspectos sobre los cuales se expresa inconformidad, incluyendo los temas inescindiblemente vinculados al objeto de la censura.

Para mejor comprensión de la decisión, dado que las impugnaciones se dirigen a plantear la inexistencia de los delitos atribuidos al doctor *BERNARDO MORALES CASAS*, la Sala revisará por separado los hechos en que se fundan los cargos y la naturaleza de los delitos imputados.

i) Del prevaricato por acción

Los hechos relevantes para el juzgamiento del juez *MORALES CASAS* son los siguientes:

1. Mediante Actas 742 del 30 de marzo de 1962, 797 del 4 de abril de 1966, 850 del 21 de marzo de 1967 y 892 del 29 de enero de 1968, la Junta Directiva de ECOPETROL aprobó la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa.

2. A fin de manejar ese rubro, la Junta Directiva dispuso la creación, bajo su dirección, autorización y reglamentación, de una fundación de derecho privado; sin embargo, como la entidad no obtuvo personería jurídica, los recursos se administraron directamente por ECOPETROL y en algunos periodos por POLICOLDA y CAVIPETROL.

3. En abril 1997 ante la Cámara de Comercio de Barrancabermeja 28 ex trabajadores de ECOPETROL constituyeron el Fondo Cooperativo Multiactivo de los Ex trabajadores y Trabajadores de Ecopetrol, FONCOECO.

4. En septiembre de 1997 FONCOECO demandó a ECOPETROL S.A. y a CAVIPETROL⁶ para que rindieran cuentas sobre el manejo del capital y los rendimientos financieros de los dineros autorizados según acta No. 742 del 30 de marzo de 1962, para constituir el fondo de participación de utilidades de los trabajadores. En

⁶ Corporación de Trabajadores de la Empresa Colombiana de Petróleo.

consecuencia, impetró el reconocimiento de \$60.576'900.237,19 correspondientes al período comprendido entre el 30 de marzo de 1962 y la fecha de la demanda.

5. Como las demandadas adujeron no estar obligadas a rendir cuentas, luego de adelantarse el trámite pertinente, el Juzgado 23 Civil de Circuito de Bogotá a cargo del doctor *BERNARDO MORALES CASAS*, a quien por reparto le correspondió el asunto, emitió sentencia el 25 de julio de 2002 desestimando la pretensiones de la demanda por *“falta de legitimación para obrar e inexistencia del derecho alegado”*.

6. Ante la impugnación de FONCOECO, el 22 de mayo de 2003 la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá revocó dicho fallo, declaró no probadas las excepciones de mérito formuladas, ordenó a ECOPETROL rendir las cuentas solicitadas, absolvió a CAVIPETROL y condenó en costas en ambas instancias a la accionada⁷.

7. Contra esta determinación ECOPETROL instauró acción de tutela, la cual fue resuelta el 6 de agosto de 2003 por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, quien amparó los derechos alegados al considerar que la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá configuraba una vía de hecho.

⁷ Contra esta sentencia ECOPETROL instauró recurso extraordinario de revisión, resuelto por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia el 29 de agosto de 2008 negando las pretensiones de la demanda.

Lo anterior porque i) ni la ley ni las convenciones disponen la creación de un fondo específico para el manejo y administración de las utilidades de los trabajadores; ii) está en cabeza de ECOPETROL conducir esas utilidades; iii) no hay base legal para considerar que un fondo creado a iniciativa de algunas personas con eventuales derechos puedan exigir la rendición de cuentas; iv) no hay disposición legal ni convencional que vincule al fondo creado por particulares con ECOPETROL. Argumentos éstos que en lo esencial coinciden con los plasmados por el doctor *MORALES CASAS* en la sentencia del 25 de julio de 2002.

5. A su vez, este proveído fue impugnado por FONCOECO ante la Sala Laboral de la Corporación, colegiatura que sin analizar el fondo del asunto, mediante fallo del 17 de septiembre de 2003, revocó la sentencia de tutela de la Sala Civil porque el amparo no procedía contra decisiones judiciales. En consecuencia, negó la protección deprecada y dejó con plena vigencia el fallo del Tribunal Superior de Bogotá.

6. En razón de lo anterior, el Juzgado continuó con la actuación, ECOPETROL rindió cuentas⁸ y, objetadas por FONCOECO, se surtió trámite incidental donde se ordenó el dictamen pericial rendido el 28 de julio de 2004 por el experto *Luis Ángel Dueñas Gómez*. Mediante auto del 26 de

⁸ ECOPETROL rindió cuentas de la siguiente manera:

Aportes de la empresa 1962-1975	\$55'854.897,86
Rendimientos generados	\$24'232.878,16
Participación al personal 1964-1998	\$76'865.788,46
Saldo a 30 de octubre de 2003	\$ 3'221.987,56

agosto siguiente el juez ordenó correr traslado del peritaje, decisión notificada por Estado 153 de 30 de agosto del mismo año, sin que las partes se pronunciaran al respecto.

7. El 16 de diciembre de 2005, el juez *MORALES CASAS* profirió sentencia declarando la prosperidad de las objeciones formuladas por la actora a las cuentas presentadas por ECOPETROL y, con base en el dictamen acopiado, estableció que la deuda actualizada por concepto de capital e intereses equivalía a \$541.833'685.771.

8. ECOPETROL apeló y el 22 de junio de 2011 la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá revocó la sentencia de primera instancia⁹, declaró no probada la objeción formulada a las cuentas, impartió aprobación a las mismas y ordenó a la demandada pagar a la demandante la suma de \$6'640.949,82, como saldo de los balances rendidos.

La Colegiatura *a quo* radica el prevaricato por acción en que el doctor *MORALES CASAS*, al emitir la sentencia del 16 de diciembre de 2005, argumentó en forma sofisticada para atender el dictamen, pues si bien refirió las características y requisitos de la prueba pericial a partir de lo cual coligió que las conclusiones del perito eran “*claras, firmes y resultan lógicas*”, desconoció los lineamientos expuestos por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá cuando autorizó la rendición de cuentas porque allí indicó que los

⁹ Contra esta determinación FONCOECO elevó recurso extraordinario de revisión, el cual fue declarado infundado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 1 de noviembre de 2013.

cómputos debían surtirse, no sobre porcentajes anuales equivalentes al 3% de las utilidades, sino sobre los dineros autorizados por la junta directiva de ECOPETROL.

Conforme al artículo 12 del Código Penal, “*Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva*”. De esta manera, el ordenamiento jurídico nacional proscribe la imposición de sanciones basadas en el simple acontecer fáctico alejado del querer, de la voluntad de las personas.

Así mismo, de acuerdo con el artículo 9º de la Ley 599 de 2000, “*para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable*”, texto del cual se desprende que la acción (activa u omisiva) debe pasar por el tamiz de las referidas categorías dogmáticas para que revista condición delictiva.

En cuanto al componente tipicidad, la Corporación ha indicado que, de una parte, la conducta debe adecuarse a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo), tales como sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento, y de otra, debe cumplir con la especie de la conducta (dolo, culpa o preterintención) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo), en el entendido de que, acorde con el artículo 21 del Código Penal, todos los tipos de la parte especial

corresponden a conductas dolosas, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales.

Ahora, el delito de prevaricato por acción atribuido a *BERNARDO MORALES CASAS* precisa de una resolución, dictamen o concepto ostensiblemente contrario a la legislación, es decir, que su contenido torna notorio, sin mayor dificultad, la ausencia de fundamento fáctico y jurídico, y su contradicción con la normatividad, así como la arbitrariedad y capricho del servidor público, en cuanto producto de su intención de contrariar la ley.

En ese orden, el juicio de tipicidad de la conducta que se predica prevaricadora, involucra una labor compleja, por cuanto no basta efectuar una constatación objetiva entre lo que la norma manda, permite o prohíbe y lo que con base en ella se decidió, pues, además, debe adelantarse un juicio de valor a partir del cual se establezca si la ilegalidad denunciada resiste el calificativo de ostensible y si se realizó con el conocimiento y la intención de infringir la ley¹⁰.

Pues bien, la Corte encuentra que el fallo proferido el 16 de diciembre de 2005 por el doctor *MORALES CASAS* se aparta del ordenamiento jurídico porque acogió el dictamen pericial rendido por *Luis Ángel Dueñas Gómez* sin contrastarlo con la reglamentación expedida para regular la participación de los trabajadores en las utilidades de

¹⁰ Cfr. CSJ SP del 13/07/06 Rad. 25627 y 19/06/13 Rad. 40940, entre otras.

ECOPETROL, como lo exigen las reglas de valoración probatoria consagradas en el ordenamiento procesal civil, específicamente en el canon 187, acorde con el cual *“las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica...”*.

Si lo hubiese hecho, se habría percatado de la inexistencia de un porcentaje fijo de participación, por manera que resultaba erróneo liquidar el 3% de las utilidades netas de la empresa en todo el periodo reclamado, como lo hizo el perito.

Además, habría advertido que la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá ordenó a ECOPETROL rendir cuentas *“sobre el manejo del capital y los rendimientos financieros de los dineros autorizados por su Junta Directiva,..., durante el periodo comprendido entre el 30 de marzo de 1962 hasta el 30 de octubre de 1997 fecha de presentación de la demanda”*¹¹ y no sobre el aludido porcentaje. Dicha falencia interpretativa comportó que se emitiera sentencia de condena en contra de ECOPETROL por la suma de \$541.833'685.771,00, sin que legalmente estuviese obligada a transferir a la demandante esa cuantía.

Importa destacar que si bien en dicho fallo la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá dispuso rendir cuentas respecto de *“los dineros autorizados por su Junta Directiva”*, en la parte considerativa señaló que la participación de los

¹¹ Cfr. Folios 32 y 33 sentencia Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, mayo 22 de 2003.

trabajadores en las utilidades no obedecía a la liberalidad de la empresa, pues constituía un derecho adquirido¹². De igual forma mencionó, en múltiples ocasiones, que las actas revisadas referían un porcentaje de participación del 3%¹³.

Esas razones pudieron llevar al doctor *MORALES CASAS* a creer que el Tribunal consideraba que ese era el porcentaje a reconocer a los demandantes y, por ello, sin profundizar en el tema, acogió el dictamen pericial que liquidaba de esa manera la participación en las utilidades de los trabajadores.

Y si bien el acusado debió realizar el examen conjunto de la prueba para extraer sus propias conclusiones, apoyarse en las consideraciones del *ad quem* no configura proceder doloso sino un actuar precipitado orientado a acompasar su determinación con las afirmaciones *obiter dicta*¹⁴ contenidas en el fallo de segunda instancia,

¹² Cfr. Folio 59 cuaderno 18: "...no puede hablarse que tales partidas fueran otorgadas a título de donación y, mucho menos que el Fondo demandante esté buscando un reconocimiento económico a título gratuito, pues como bien se dejó consignado en párrafos anteriores, en el mismo momento en que la demandada dispuso de esas partidas para los trabajadores, dichos dineros salieron de su patrimonio y entraron al de los trabajadores, estando estos en todos su derechos legal a reclamarlos, máxime si se tiene en cuenta que se está frente a un derecho adquirido con antelación a la entrada en vigencia de la nueva Carta Política".

¹³ Cfr. Folios 49 y 50 cuaderno 18: "Tomando en consideración la prueba documental que se ha reseñado en precedencia y analizada la misma en conjunto, se advierte que la Junta Directiva de Ecopetrol con apoyo en la Ley 165 de 1948 y los Estatutos de la Empresa tomó la decisión en el año 1962 de hacer una reserva del total de las utilidades obtenidas por Ecopetrol para participación de los trabajadores de la empresa, **reserva que corresponde al 3% del total de utilidades**, procediendo de tal manera a aprobar el correspondiente reglamento de participación de utilidades y la creación del Fondo de Participación de Utilidades el cual se encargaría de manejar todos los aportes que por ese concepto entregara Ecopetrol". (negrillas fuera de texto).

¹⁴ Según la Corte Constitucional (SU 1300/01) respecto de la obligatoriedad de los precedentes judiciales deben tenerse en cuenta los conceptos de *Decisum*, *ratio decidendi*, y *obiter dicta*. *Decisum* es la resolución concreta del caso y tiene efectos *erga omnes* y fuerza vinculante; la *ratio decidendi* es la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general; los *obiter dicta* o "dichos de paso", no tienen poder vinculante, sino una "*fuerza persuasiva*" y dependiendo de la Corporación que lo emita puede constituir criterio auxiliar de interpretación.

olvidando que la fuerza vinculante se encuentra en la *decisum* y en la *ratio decidendi*.

De esta manera, aunque objetivamente la sentencia del doctor *MORALES CASAS* se aparta del ordenamiento jurídico, no alcanza la connotación de delictiva en tanto no se concretó el tipo subjetivo, pues las circunstancias del proceso que tramitó y su comportamiento en la dirección del mismo indican que actuó sin la intención de infringir la ley, guiado por la pretensión de acatar las directrices que erróneamente extractó del fallo de segunda instancia.

Ahora, el Tribunal *a quo* considera que el funcionario actuó con intención proterva porque en un principio estimó que FONCOECO no tenía derecho a exigir las cuentas, no obstante lo cual, cuando el superior revocó su decisión, no desplegó acuciosidad y preocupación al cuantificar los valores a reconocer. Sin embargo, el dolo no puede fincarse en la revocatoria de su determinación, pues precisamente esa decisión dispuso la rendición de cuentas que forzó al doctor *MORALES CASAS* a tramitar el incidente, cuando la parte demandante objetó los balances del demandado.

En ese orden, a pesar de considerar que ECOPETROL no debía rendir cuentas a FONCOECO, porque la demandante no estaba legitimada para exigir las ni ostentaba el derecho aducido, el juez *MORALES CASAS* debió, por orden del superior jerárquico, tramitar la rendición de cuentas.

Por otra parte, debe reconocerse que la demandada estimó la cuantía en \$60.576'900.237,19 y el fallo censurado determinó una suma muy superior¹⁵; no obstante, ese supuesto configura el tipo objetivo y no el subjetivo, pues en ello se materializa la contrariedad manifiesta de la decisión con el ordenamiento jurídico.

Sobre la naturaleza de este tipo de procesos, en sentencia C-981 de 2002 la Corte Constitucional señaló:

El trámite del proceso inicia con la presentación de la demanda. En ella el demandante hace una estimación de la cantidad o cargo a su favor y solicita que se rindan las cuentas de la gestión encomendada, la demanda es notificada y se corre traslado de ella al demandado por el término de 10 días (artículo 409 CPC).

El demandado puede ejercer las siguientes conductas: allanarse. Si el demandado no se opone a rendir las cuentas, ni objeta la estimación hecha bajo juramento por el demandante, ni propone excepciones previas, el juez ordenará pagar lo estimado en la demanda mediante auto no susceptible de recursos (artículo 418 numeral 2 CPC). En este evento, contrario a lo que afirma el demandante, el legislador previó que el demandado pueda ejercitar sus derechos, pues precisamente con su silencio acepta tanto la obligación de rendir cuentas, como el monto o la cantidad señalada en la demanda y termina el proceso sin necesidad de sentencia, sino con un auto de naturaleza inapelable.

Puede también, existir una actitud de oposición, es decir que el demandado, al contestar la demanda, puede aceptar la gestión

¹⁵ \$541.833'685.771.

realizada y por ende su obligación de rendir cuentas. Sin embargo, no está conforme con la estimación hecha en la demanda, ya sea en cuanto a su monto o bien respecto de quien resulta deudor, caso en el cual, el juez dicta un auto ordenando que el demandado rinda las cuentas que él considere pertinentes, y le da un término prudencial para ello. Aquí, bien puede suceder que: a) el demandado rinda las cuentas, o, b) que el demandado no las rinda.

Si el demandado para que las rinda no lo hace dentro del término señalado para ello, el juez dicta un auto aprobando las cuentas presentadas en la demanda, si las rinde, se corre traslado al demandante para que se manifieste en relación con las cuentas presentadas. El demandante puede no objetarlas, el juez las aprueba y ordena el pago de la suma que resulte a favor de cualquier parte, si formula objeciones, se tramitarán como incidente que se decidirá mediante sentencia. (subrayas fuera de texto).

En ese orden, tratándose de un proceso de rendición de cuentas como el examinado, la cifra inicial consignada en la demanda corresponde a un estimativo susceptible de modificarse con la controversia suscitada al objetarse las cuentas rendidas y, por ende, no puede hablarse de un fallo *ultra petita* porque precisamente la cuantía hacía parte del debate.

El Tribunal considera doloso que *MORALES CASAS* no aceptara la tesis del apoderado de *ECOPETROL* sobre la ausencia de notificación del auto que ordenó el traslado del dictamen. Sin embargo, ese argumento carece de fundamento porque la evidencia documental acopiada

señala que sí se concretó la notificación, pues el proveído ostenta la constancia impuesta por el secretario del juzgado, donde se consigna su inclusión en el estado 153 del 30 de agosto de 2004¹⁶, selló y firma que no han sido cuestionadas o tachadas de falsedad material o ideológica.

De esta manera, el juez debía atender lo consignado por su secretaría, con mayor razón cuando el estado correspondiente señalaba, aunque no con la claridad deseada, la notificación de providencias emitidas en el citado proceso, circunstancia que obligaba su revisión por parte de los interesados.

Con todo, si se considera que se incurrió en una falencia en la elaboración del aviso, la misma no es atribuible al juez sino a la secretaria encargada por disposición legal de esa labor, acorde con lo estatuido en el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil.

De otra parte, la afirmación del *a quo* según la cual, el juez emitió dos decisiones el mismo día para inducir en error a la parte demandada, no tienen soporte probatorio quedando como una especulación sin fuerza demostrativa.

Por demás, es corriente que cuando hay varios asuntos pendientes de resolver, el juez los decida simultáneamente, aunque en autos separados, a efectos de aprovechar su dedicación al examen del expediente. En ello

¹⁶ Cfr. Folio 343 del cuaderno No. 18.

no hay irregularidad ni la instancia señala elementos probatorios que sustenten su tesis.

También se ubica el dolo en que el doctor *MORALES CASAS*, pese a ser informado de la inexistencia de la concreta e independiente notificación por estado del traslado del dictamen, persistió terca y maliciosamente en afirmar que el traslado se había surtido y notificado correctamente.

Esa postura procesal tampoco demuestra el dolo, pues se explica en la convicción del funcionario sobre la adecuada notificación del proveído, razón por la cual en auto del 24 de febrero de 2005 se abstuvo de dar trámite a la objeción por considerarla extemporánea¹⁷.

Aún más, esa determinación fue cuestionada por la parte demandada ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, Colegiatura que no halló ninguna irregularidad en el trámite del proceso y al efecto señaló: *“remitidas las copias del expediente a esta Corporación, mediante auto del 16 de marzo de 2006 se admitió la alzada. Sin embargo, como se propuso la nulidad de todo lo actuado en el proceso, se le dio trámite a la misma, despachándose en forma adversa. Providencia contra la que se interpuso el recurso de súplica, que finalmente se decidiera el 15 de agosto de 2007, conformado el auto fustigado”*.

¹⁷ Cfr. Folio 125 cuaderno anexo sin número.

Por demás, el asunto sometido a consideración del doctor *MORALES CASAS* era bastante complejo al punto que perduró por más de trece años, a pesar de tratarse de un proceso abreviado, y en su desarrollo se emitieron ocho sentencias¹⁸, varias de ellas con posturas encontradas lo que denota su dificultad.

De lo anterior se colige que aunque la sentencia del 15 de diciembre de 2005 se aparta en forma ostensible del ordenamiento jurídico, no configura el tipo penal del prevaricato por acción porque no se profirió con la intención de infringir la ley, situación que impone absolver a *BERNARDO MORALES CASAS* del cargo imputado.

ii) La falsedad ideológica en documento público

Acorde con la sentencia, el punible de falsedad ideológica en documento público se concreta porque el doctor *BERNARDO MORALES CASAS* afirmó en la página 11 de la sentencia del 16 de diciembre de 2005, sin ser cierto, que la notificación del auto del 26 de agosto de 2004 se hizo fuera de tiempo.

El artículo 286 del Código Penal tipifica el delito así:

“Falsedad ideológica en documento público. El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o

¹⁸ Cuatro en el trámite ordinario del proceso, dos de tutela y dos de revisión.

calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de 4 a 8 años...”.

Este delito atenta contra el deber de veracidad y se materializa cuando el servidor público, o el particular, en ejercicio de la facultad certificadora de la verdad, hacen afirmaciones contrarias a ella, o la callan total o parcialmente, en un documento que puede servir de prueba¹⁹.

Pues bien, la Sala encuentra que la notificación del proveído del 26 de agosto de 2004, que ordenaba el traslado del dictamen pericial radicado por *Luis Ángel Dueñas Gómez*, sí se concretó porque:

i) El auto ostenta sello de notificación por estado 153 del 30 de agosto de 2004, debidamente rubricado por la Secretaría del juzgado, el cual no ha sido tachado de falso ni se ha demostrado que sea espurio material o ideológicamente;

ii) Objetivamente existe el estado 153 del 30 de agosto de 2004 y en él se anota que se expide una certificación y se *“pone en conocimiento”*;

iii) Ante la queja de la parte demandada, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá revisó la actuación surtida en el Juzgado 23 Civil del Circuito y no encontró

¹⁹ Cfr. SP del 17/10/12, Rad. 34466.

configurada ninguna irregularidad sustancial, motivo por el cual denegó la nulidad deprecada.

En ese contexto, el delito contra la fe pública atribuido a *MORALES CASAS* no se materializa, pues la comunicación del dictamen se ordenó por el juez y se realizó por Secretaría, de manera que la afirmación consignada en el fallo sobre la extemporaneidad de la objeción del dictamen se ajusta a la verdad.

Además, la Colegiatura *a quo* no desarrolló un análisis particular del cargo que permita corroborar su configuración objetiva y subjetiva, pues se limitó globalizar su argumentación como si se tratase de un solo delito, de suerte que omitió referirse a los elementos estructurales de este tipo penal. Tampoco explicó cómo o por qué razón se estructuran sus elementos en el evento bajo examen. En consecuencia, la Sala revocará la condena impuesta por este delito y, en su lugar, absolverá al doctor *BERNARDO MORALES CASAS*.

iii) El prevaricato por omisión

Este delito se configura, según el *a quo*, por la negativa de *BERNARDO MORALES CASAS* a tramitar la objeción al dictamen y la solicitud de nulidad propuesta por la parte demandada con ocasión de la omisión de la notificación del auto que corrió traslado del dictamen pericial.

Acorde con el canon 414 del Código Penal, incurre en prevaricato por omisión “*el servidor público que omite, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones*”; por tanto, se configura cuando se conjuga alguno de los verbos rectores reseñados con el deliberado propósito de apartarse de la ley.

El Tribunal parte de considerar que la notificación del auto del 26 de agosto de 2004, por cuyo medio el juez *MORALES CASAS* ordenó correr traslado al dictamen pericial, es inexistente. Sin embargo, como se dejó sentado en acápites anteriores, ese acto de comunicación sí se materializó, por manera que no configura la omisión denunciada.

En efecto, el dictamen fue radicado por el experto el 28 de julio de 2004²⁰, su traslado fue ordenado mediante auto del 26 de agosto siguiente²¹, siendo notificado en estado 153 del 30 de agosto del mismo mes y año²², según se aprecia en el sello estampado en ese documento y en el aviso correspondiente. Por tanto, la objeción del dictamen, presentada el 12 de enero de 2005, resultaba extemporánea y la nulidad propuesta improcedente, tal como determinó el doctor *BERNARDO MORALES CASAS* en auto del 24 de febrero de 2005.

²⁰ Cr, Folio 1 cuaderno 21.

²¹ Cfr. Folio 127 cuaderno No. 15.

²² Cfr. Folio 348 cuaderno 18.

Es cierto que el estado en cuestión carece de precisión, pues solo señala “*pone en conocimiento*” sin mencionar la existencia del dictamen pericial; sin embargo, esa falencia es atribuible a la Secretaría del Juzgado y no al juez, pues por mandato del artículo 321 del Código de Procedimiento Civil el secretario es el encargado de elaborar la comunicación: “*La notificación de los autos que no deba hacerse personalmente, se cumplirá por medio de anotación en estados que elaborará el secretario*”²³.

Por demás, cuando el estado informa la emisión de una determinación en un proceso, la naturaleza rogada de la jurisdicción civil impone a las partes la obligación de revisar el expediente, carga procesal que en este caso no cumplió el apoderado de la demandada.

De otra parte, al debate probatorio sólo se allegaron copias²⁴ del expediente de rendición de cuentas²⁵, las cuales refieren la materialización de la notificación del auto que ordenó el traslado de la experticia, resultando viable colegir la inexistencia del delito atribuido al doctor *MORALES CASAS*, máxime cuando no se acopió el testimonio de la secretaria del juzgado sobre la razón por la que elaboró el estado en la forma reseñada, cuál fue la causa de las deficiencias detectadas o qué instrucciones recibió del juez frente al asunto, situación que impide formular

²³ Subrayas fuera del texto original.

²⁴ Algunas copias, no todo el expediente.

²⁵ Vale la pena reseñar que toda la prueba documental aducida en el juicio fue estipulada por las partes. Así mismo, que no se solicitó ni decretó prueba testimonial, pericial o de cualquier otra índole, circunscribiéndose el debate probatorio al examen de la documental acopiada.

consideraciones diferentes a la concreción de la notificación certificada en las piezas procesales estipuladas.

En consecuencia, ante las constancias secretariales impuestas en el proceso, el juez *MORALES CASAS* tenía la obligación de actuar en armonía con el ordenamiento procesal civil denegando la objeción por extemporánea y la nulidad por improcedente. Por tanto, no rehusó ejecutar un acto propio de sus funciones, debiéndose revocar la condena impuesta el punible de prevaricato por omisión.

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°. REVOCAR la sentencia del 24 de febrero de 2015 proferida por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

2°. ABSOLVER al doctor *BERNARDO MORALES CASAS* de los cargos formulados en su contra.

Contra esta providencia no procede recurso alguno; comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA

Secretaria

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

ACLARACIÓN DE VOTO

Sentencia segunda instancia 25-11-2015

Radicado. 45835

Procesado: BERNARDO MORALES CASAS

Delito: Prevaricato por acción y omisión y otros.

El suscrito Magistrado, con el habitual respeto que tengo por las decisiones de los compañeros de Sala, procedo a consignar las razones por las que aclaro el voto en el fallo proferido en el proceso de la referencia y que no tienen otro objetivo que el de precisar lo que en mi opinión debe ser hoy la tipicidad del delito de prevaricato.

A partir de la sentencia (CSJ SP, 23 oct. 2014, rad 39538), la Corporación relativizó la tradicional interpretación literal de la conducta prevaricadora por acción, para nutrirla de contenidos constitucionales. Para tal fin, utilizó como baremo el principio de la inviolabilidad e intangibilidad de las decisiones judiciales de los órganos de cierre, para de allí analizar la responsabilidad penal de los demás funcionarios que administran justicia.

Concluyó que para predicar la realización del delito de prevaricato por acción es necesario acreditar que para adoptar el funcionario una decisión manifiestamente contraria a derecho tuvo el propósito definido de realizar, permitir o facilitar un acto de corrupción.

Ahora, con la expresa consagración que de aquél privilegio hizo el artículo 8° del Acto Legislativo 02 de 2015, se hace necesario reafirmar tales criterios hermenéuticos de la conducta descrita en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000.

Con ese norte la Sala abordará los siguientes temas: *i)* consagración normativa y línea jurisprudencial del delito de prevaricato por acción, *ii)* el principio de intangibilidad de las decisiones judiciales de los órganos de cierre y *iii)* el ingrediente subjetivo en el delito de *prevaricato por acción* tratándose de funcionarios judiciales.

I. Del delito de prevaricato por acción (recuento normativo y jurisprudencial)

1.- El artículo 168 del Código Penal de 1936 definía el delito de *prevaricato por acción* como el comportamiento realizado por el funcionario o empleado oficial, o por quien transitoriamente desempeñara funciones públicas, que «*a sabiendas*» profiriera dictamen, resolución, auto o sentencia contrarios a la ley.

La jurisprudencia al respecto destacó que se configuraba cuando el funcionario administraba justicia parcialmente, movido por simpatía o animadversión para con los interesados y con el conocimiento de ello (auto de 4 de septiembre de 1946, Gaceta LXI, pág. 178).

Se identificaban dos elementos para su comisión: *i)* que la decisión fuera contraria a la ley; y *ii)* que el juzgador al infringirla lo hubiera hecho impulsado por un interés, afecto u odio hacia alguna de las partes.

Se precisó que el elemento «*a sabiendas*» era una intención especial necesaria para tener el carácter delictivo. A ese elemento subjetivo de la intención dolosa caracterizada por ese conocimiento deliberado de que con la decisión cometía una «*injusticia flagrante*», se le debían sumar los móviles determinantes de simpatía o animadversión.

Bajo esa perspectiva, no bastaba con demostrar la incorrección jurídica de la decisión, sino que era menester acreditar la «*incorrección moral*»; los factores internos del obrar a sabiendas y el motivo, sentimiento o pasión que hubiera inspirado al servidor judicial para emitir la decisión (auto 25 mayo 1948 LXIV 222).

Se le ubicaba como un abuso de autoridad calificado en el sentido de que el acto arbitrario o injusto consistía en que el funcionario al resolver el asunto puesto a su

consideración lo hacía sin tener en cuenta la ley, lesionando manifiestamente o sin razón la justicia y, por ende, los derechos de las personas.

2.- Ese elemento subjetivo, como especial conciencia por parte del juzgador, desapareció de los proyectos normativos de las comisiones que se integraron en los años 1974, 1978 y 1979 para expedir un nuevo estatuto punitivo. Y evidentemente fue suprimido, ya que el artículo 149 del Decreto-Ley 100 de 1980 definía la conducta prevaricadora como la del proferir resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley por parte del servidor público.

La Corte Suprema de Justicia con base en esa nueva redacción determinó que no era necesario demostrar el móvil específico que se perseguía con el proveído de esa especie, pues bastaba que el sujeto agente lo hubiera proferido con tal conocimiento.

Así, no se requería demostrar los ingredientes adicionales de simpatía o animadversión hacia una de las partes, sólo que se tuviera conciencia de que el pronunciamiento se apartaba ostensiblemente del derecho, sin importar el motivo específico que hubiere tenido el servidor público para actuar así.

Si bien se afirmó que la eliminación del término «*a sabiendas*» resultaba afortunada en cuanto significaba una

reiteración del dolo, sí se insistió en que para catalogar la decisión de prevaricadora debía tener un sentido de injusticia. La ilegalidad manifiesta de la resolución habría de surgir de la sola comparación entre lo decidido y el sentido de la norma jurídica llamada a regular el caso.

En cuanto a la imputación al tipo subjetivo, en ese entonces comprendida dentro de la categoría de la culpabilidad, se dijo que el actuar doloso requería entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la resolución proferida, conciencia de que con tal proveído se vulneraba sin derecho el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del conflicto a la cual estaba sujeto el conocimiento del servidor público, de quien se esperaba que debía dictar un pronunciamiento ceñido a la ley y a la justicia (CSJ SP, 20 may. 1997, rad. 6746).

3.- Tratándose ya de su consagración en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000 —que en lo sustancial no varió con la normativa anterior, pues sólo se incluyó el término «*concepto*» para diferenciarla del «*dictamen*»—, la Corporación ha precisado que el tipo objetivo está integrado por un sujeto activo calificado, al exigirse que sea un servidor público, con el verbo rector de proferir, y con los ingredientes normativos: *i*) dictamen, resolución o concepto, y *ii*) ser manifiestamente contrario a la ley. En cuanto al sujeto pasivo del delito, como está dentro del bien jurídico de la administración pública, tal comportamiento lesiona un interés jurídico cuyo titular es el Estado, siendo posible

que, en ocasiones, pueda catalogarse como pluriofensivo, cuando resulten vulnerados bienes jurídicos de los particulares.

Acerca del segundo elemento normativo la Sala ha indicado que el cotejo de la decisión ha de denotar fácilmente su contrariedad con el ordenamiento, al ser palmaria la ausencia de fundamento fáctico y jurídico o evidente la arbitrariedad o capricho del servidor público producto de su intención de apartarse del imperio de la Constitución o la ley a cuyo mandato ha de estar sujeto (SP 8 oct 2008, rad. 30278, 18 de mar 2009, rad. 31052).

Y como quiera que en la labor de administrar justicia el servidor ha de atender no sólo los aspectos fácticos puestos a su consideración, sino los jurídicos, de la forma cómo aquellos se ajustan a éstos, proceso que ha de estar mediado por las pruebas, se ha clarificado que el prevaricato puede ocurrir en uno o en ambos de esos aspectos, pues al fin y al cabo la función judicial se materializa al determinar cuál es el derecho que corresponde a los hechos (CSJ SP, 8 nov. 2001, rad. 13956; 25 abr. 2007, rad. 27062, 22 abr. 2009, rad. 28745; 16 mar. 2011, rad. 35037).

Respecto al elemento subjetivo, ha enfatizado la Corte que el error, la ignorancia, la negligencia o la equivocación sin voluntad de emitir una decisión manifiestamente ilegal impide la consumación del delito en estudio, ora porque

medie una equivocada valoración probatoria, o una errada interpretación normativa —que puede superarse con el ejercicio de los recursos en las instancias—, sino que ha de ser patente el actuar intencionado o malicioso del servidor al apararse conscientemente de su deber funcional (CSJ SP 17 sep. 2003; 5 Dic. 2009, rad. 27.290).

En relación con la contrariedad manifiesta con la ley, la Corte ha explicado que se refiere a las decisiones en contravía a lo que revelan las pruebas o las disposiciones normativas que permitirían resolver el asunto *«de tal modo que el reconocimiento que se haga resulta arbitrario y caprichoso al provenir de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico»* (CSJ SP. 7 feb. 2007, rad. 25568).

A contracara, ha advertido que no resultarían típicas las decisiones en las que se plasmen fundamentos *«siempre que se erijan en razones atendibles, como tampoco las que versan sobre puntos de derecho o preceptos legales que admiten diversas interpretaciones o criterios, bien por su complejidad ora por su ambigüedad, pues ciertamente no puede perderse de vista que en el mundo jurídico suelen presentarse este tipo de discrepancias»* (CSJ SP 27 nov. 2013, rad. 42049).

La Corte Constitucional en varias oportunidades y por diferentes motivos ha confrontado el aludido precepto (artículo 413 del Código Penal), con el texto constitucional:

En la sentencia CC C-917/01, cuya demanda planteaba que se trataba de un tipo penal en blanco que vulneraba el principio de legalidad, esa Corporación concluyó que contrariamente sí respondía a una descripción inequívoca *«pero ella requiere que se haya proferido una resolución, dictamen o concepto que resulte contrario a la ley, de manera manifiesta, lo que indica claramente que esa conducta constitutiva de delito tiene como referente necesario a la ley, en cada caso concreto, para comparar, luego, la actuación del servidor público al emitir la resolución, dictamen o concepto, de lo que podrá concluirse, por parte del funcionario penal competente, si se ajustó a la ley, o si la quebrantó, y si esa violación, en caso de existir, resulta manifiesta, es decir, ostensible»*.

A su turno, en CC C-503/07, en que se demandaba la expresión “ley” del citado artículo, la Corte se declaró inhibida para fallar de fondo, ya que *«la expresión ‘ley’, única sobre la cual recae la demanda, aisladamente considerada carece de un alcance regulador propio y autónomo que permita llevar a cabo un examen de constitucionalidad. Lo anterior resulta claro si se considera que, de llegar a ser retirada del ordenamiento la sola palabra ‘ley’, el tenor literal del tipo penal de prevaricato por acción resultaría carente de sentido lógico alguno»*.

Finalmente, en la CC C-335/08 en que se demandaba su inconstitucionalidad porque el término “ley” era restrictivo y no abarcaba la Constitución Política, esa

Corporación determinó que los servidores públicos, incluidos los jueces y los particulares que ejercen funciones públicas, pueden incurrir en el delito de *prevaricato por acción* al emitir una decisión manifiestamente contraria a los preceptos constitucionales, la ley o un acto administrativo de carácter general.

Señaló que el artículo 230 del texto superior al referirse a la «ley», alude a las distintas fuentes del derecho que deben ser aplicadas para resolver un caso concreto.

También precisó que la contradicción respecto de los precedentes sentados por las Altas Cortes, *per se*, no da lugar a la comisión del delito de *prevaricato por acción*, salvo que se trate de la jurisprudencia proferida en los fallos de control de constitucionalidad de las leyes o que su desconocimiento conlleve la infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general.

Al referirse al carácter vinculante de la jurisprudencia de las Altas Cortes, dada la función unificadora que les es encomendada, que a la postre garantiza la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos y el principio de seguridad jurídica, indicó que si bien es criterio auxiliar de la actividad judicial, «es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las

altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art. 13)» (CC T-123/95).

A su turno, en la sentencia CC C-836/01, al abordar el tema de la doctrina probable, cuando la Corte Suprema de Justicia adopta tres decisiones uniformes, declaró exequible el artículo 4° de la Ley 169 de 1896, que la consagra, condicionado «*siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión*».

Por último, destacó que al consagrar el artículo 243 del texto superior que los fallos dictados por la Corte Constitucional en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, y que ninguna autoridad puede reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, conduce a que todas las autoridades públicas en Colombia, incluidos los jueces, deben acatar lo decidido por esa Corte en sus fallos propios de ese control.

II. De la inviolabilidad de las decisiones de los órganos de cierre de la administración de justicia.

1. Como ya se advirtió, la Sala con la CSJ SP 23 oct. 2014, rad. 39538, replanteó el análisis del delito de *prevaricato por acción* a partir de una interpretación que se nutre de los valores y principios del texto superior y en virtud del bloque de constitucionalidad analizó, por ejemplo, que en el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando en el artículo 2° le asigna funciones jurisdiccionales a sus jueces, en el numeral 2° del artículo 15 se establece que «*No podrá exigírseles en ningún tiempo responsabilidad por votos y opiniones emitidos o actos realizados en el ejercicio de sus funciones*».

Advirtió que en el derecho comparado tal privilegio también está consagrado, v. gr., en España, en la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, en su artículo 22 establece que “*Los Magistrados del Tribunal Constitucional ejercerán su función de acuerdo con los principios de imparcialidad y dignidad inherentes a la misma; no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones...*”.

La intangibilidad de las decisiones judiciales de los órganos de cierre, cuyo carácter teleológico es asegurar que cuando las Altas Cortes ejerzan la jurisdicción lo hagan en cumplimiento de la independencia y autonomía (obviamente, consultando la imparcialidad y objetividad que

debe comandar la administración de justicia), no es una prerrogativa personal sino institucional en favor de la administración de justicia y del equilibrio y separación de poderes, como manifestación de la democracia, y consecuencia connatural a la función de los máximos órganos de la rama judicial.

Tal dispensa está inmersa en el principio de la naturaleza de las cosas ("rerum natura", "la nature des choses", "données réelles"), dado que los sistemas jurídicos no son cerrados y la solución de los casos se ilustran a través de métodos empíricos para reconstruir la historia y en ese proceso se deben ponderar y adecuar situaciones humanas, sociales y culturales a las proposiciones legales, debiendo los magistrados elegir la hipótesis que realice la justicia, más que el tenor literal de la ley.

De esta forma se realiza la autonomía e independencia en la administración de justicia, reconocida igualmente en el artículo 5° de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia: *«Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias».*

La Corte Constitucional, en el control previo hecho a ese estatuto —que luego se convertiría en la Ley 270 de 1996—, en la sentencia CC C-037/96, tras destacar que el

artículo 5° de esa normatividad al garantizar «*la plena independencia y autonomía del juez respecto de las otras ramas del poder público y de sus superiores jerárquicos*» no afrontaba alguna disposición constitucional, enfatizó en la intangibilidad e inviolabilidad de las decisiones de los órganos de cierre en la administración de justicia, no siendo posible reclamar un error judicial ni siquiera contra el Estado, salvo cuando se advierta un acto de corrupción de los Magistrados.

«Sentadas las precedentes consideraciones, conviene preguntarse: ¿Respecto de las providencias proferidas por las altas corporaciones que hacen parte de la rama judicial, cuál es la autoridad llamada a definir los casos en que existe un error jurisdiccional? Sobre el particular, entiende la Corte que la Constitución ha determinado un órgano límite o una autoridad máxima dentro de cada jurisdicción; así, para la jurisdicción constitucional se ha previsto a la Corte Constitucional (Art. 241 C.P.), para la ordinaria a la Corte Suprema de Justicia (art. 234 C.P.), para la contencioso administrativa al Consejo de Estado (Art. 237 C.P.) y para la jurisdiccional disciplinaria a la correspondiente sala del Consejo Superior de la Judicatura (Art. 257 C.P.). Dentro de las atribuciones que la Carta le confiere a cada una de esas corporaciones, quizás la Característica más importante es que sus providencias, a través de las cuales se resuelve en última instancia el asunto bajo examen, se unifica la

jurisprudencia y se definen los criterios jurídicos aplicables frente a casos similares.

En otras palabras, dichas decisiones, una vez agotados todos los procedimientos y recursos que la ley contempla para cada proceso judicial, se tornan en autónomas, independientes, definitivas, determinantes y, además, se convierten en el último pronunciamiento dentro de la respectiva jurisdicción. Lo anterior, por lo demás, no obedece a razón distinta que la de garantizar la seguridad jurídica a los asociados mediante la certeza de que los procesos judiciales han llegado a su etapa final y no pueden ser revividos jurídicamente por cualquier otra autoridad de la rama judicial o de otra rama del poder público...».

El criterio adoptado por la Sala Penal en la sentencia en comento se hizo frente al modelo de Estado social y democrático de derecho como el consagrado en nuestra Constitución Política, que reconoce la separación e independencia de las ramas del poder público y específicamente establece los artículos 228 y 230 del mismo texto superior que el servidor judicial ha de estar sujeto únicamente a la Constitución y a la ley.

Con esa óptica, se destaca que la ley es sólo uno de los medios que se vale el funcionario judicial para administrar justicia, porque las circunstancias de la persona, de la sociedad, etc., le han de servir para llegar a una justicia

material y real, siempre que su gestión esté enmarcada dentro de la Constitución, como lo dispone el artículo 2° inciso 2°, pues tiene el deber de proteger a las personas en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades, además de dar efectividad y cumplimiento a los fines esenciales del Estado de servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la participación de todos en las decisiones que los afectan y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Lo anterior tiene sentido, ya que la administración de justicia es un servicio esencial del Estado (Ley 270 de 1996, art. 125), su misión no se limita a la aplicación fría de la ley, porque su objetivo es mayor «*alcanzar la convivencia social y pacífica, de mantener la concordia nacional y de asegurar la integridad de un orden político, económico y social justo*» (CC C-037/96), por ello se insistió que el juez en el tráfico jurídico pone a tono al Estado con la sociedad, la familia y el individuo, lo que supera el mero conocimiento de la ley; por ser una función pública sus decisiones deben abreviar no en la política partidista sino en la política de los valores fundantes señalados.

2. La tesis jurisprudencial planteada (CSJ SP 23 oct. 2014, rad. 39538), se ha de perfilar ahora frente al Acto Legislativo 02 de 2015, denominado «*Equilibrio de Poderes y Reajuste Institucional*», que entró a regir a partir del 1 de julio de 2015 y adicionó a la Constitución Política un nuevo artículo, el 178-A, que en su inciso 1° establece que los

funcionarios de altas corporaciones (es decir, los magistrados de Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Comisión Nacional de Disciplina Judicial, al igual que el Fiscal General de la Nación): i) *«serán responsables por cualquier infracción disciplinaria o penal cometida en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de estas»; ii) a ellos «no podrá exigírseles en ningún tiempo responsabilidad por los votos y opiniones emitidos en sus providencias judiciales o consultivas, proferidas en ejercicio de su independencia funcional»; y iii) serán responsables, bien sea ante la justicia penal o la disciplinaria, «por favorecer indebidamente intereses propios o ajenos».*

Este inciso surgió en la ponencia para el primer debate (segunda vuelta) de dicho acto legislativo, *«por medio del cual se adopta una Reforma de Equilibrio de Poderes y Reajuste Institucional»*, como consecuencia directa de la propuesta, orientada a lograr mayor eficiencia en la administración de justicia, de *«poner en marcha un organismo del más alto nivel encargado de derivar la responsabilidad de los magistrados de las más altas Cortes y el Fiscal General de la Nación»* (Gaceta 458 de 2014, exposición de motivos al proyecto de acto legislativo número 18 de 2014-Senado).

En otras palabras, la consagración de un Tribunal de Aforados implicaba la necesidad de asegurar la autonomía en la adopción de decisiones, es decir, que los altos funcionarios no fueran investigados por la interpretación que del derecho hicieran en ejercicio de sus funciones. Así se explicó en el

informe de ponencia para primer debate (segunda vuelta) al proyecto de acto legislativo:

Inevitablemente tendremos que tener las consideraciones propias que sostienen los privilegios del fuero, pero no los privilegios personales sino los institucionales tendientes a la conservación de la independencia de las instituciones, esto con el fin de garantizar que como dignidades del poder del Estado y depositarios de la confianza de la Nación los aforados puedan ejercer sus funciones con la tranquilidad de que no serán coartadas sus decisiones de una manera ligera, y que se investigará y acusará con el respeto de todas las garantías a las que tienen derecho las personas que ostentan cargos de tales dignidades. (Gaceta 138 de 2015, informe de ponencia para primer debate -segunda vuelta- al proyecto de acto legislativo número 18 de 2014-Senado).

El fuero, por lo tanto, partía de la premisa conforme a la cual debía representar, en principio, «una garantía para la autonomía en el ejercicio de las funciones» (ibídem). La propuesta inicial del artículo 178-A quedó de la siguiente manera:

Artículo 178-A-. Los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y el Fiscal General de la Nación son inviolables por el contenido de las providencias judiciales, salvo que se demuestre que estas fueron proferidas con el

propósito de favorecer indebidamente intereses propios o ajenos, o que hayan incurrido en causales de indignidad por mala conducta.

Ya que la regla general consistía en que «los funcionarios aforados son autónomos en la adopción de sus fallos» (ibídem), ello entonces conllevaba que un magistrado de una alta corte o el Fiscal General de ninguna manera podrían «ser cuestionados judicialmente por el contenido de sus decisiones», pero sí «por conductas que resulten en delitos o razones de indignidad por mala conducta». En todo caso, como se dejó constancia en la ponencia, la independencia de la Rama Judicial tenía que ser «absoluta para emitir sus providencias» (ibídem, constancia de la senadora Claudia López Hernández).

Posteriormente, en la ponencia para segundo debate del proyecto, y luego de ciertas objeciones que incluso figuraron en los medios de comunicación, se quiso «precisar el ámbito de protección a las providencias judiciales» con la siguiente propuesta de redacción:

Artículo 178-A. Los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y el Fiscal General de la Nación serán responsables por cualquier falta o delito cometido en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de estas. En todo caso, no podrá exigírseles en ningún tiempo responsabilidad por el contenido de las providencias

judiciales, proferidas en ejercicio de su autonomía y dentro del imperio de la ley, sin perjuicio de la responsabilidad a la que haya lugar por favorecer indebidamente intereses propios o ajenos o por incurrir en causales de indignidad por mala conducta (Gaceta 213 de 2015, informe de ponencia para segundo debate al proyecto de acto legislativo número 18 de 2014-Senado; 153 de 2014-Cámara).

Por último, se planteó «*eliminar la expresión relacionada con los daños causados*», en la medida que «*compromete la responsabilidad patrimonial de los magistrados por el sentido de sus fallos*», así como «*puede significar un riesgo para la autonomía judicial y no es aconsejable si se quiere permitir a las altas cortes funcionar efectivamente como órganos de cierre*». Igualmente, fue propuesto «*sustituir la expresión “autonomía” con “independencia”, que es más precisa para describir el ámbito de libertad con que cuentan los jueces para fallar*»²⁶ y eliminar «*la expresión “dentro del imperio de la ley”, por ser redundante*» (Gaceta 303 de 2015, informe de ponencia para primer debate -segunda vuelta- al proyecto de acto legislativo números 153 de 2014 -Cámara-; y 18 de 2014-Senado).

El texto definitivo quedó así:

Artículo 178-A. Los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del

²⁶ *Ibidem.*

Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y el Fiscal General de la Nación serán responsables por cualquier infracción a la ley disciplinaria o penal cometida en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de estas. En todo caso, no podrá exigírseles en ningún tiempo responsabilidad por los votos y opiniones emitidos en sus providencias judiciales o consultivas, proferidas en ejercicio de su independencia funcional, sin perjuicio de la responsabilidad a la que haya lugar por favorecer indebidamente intereses propios o ajenos.

En este orden de ideas, según la norma constitucional, los magistrados de las altas corporaciones, así como el Fiscal, serán responsables por la realización de cualquier conducta punible, incluida, claro está, la de prevaricato por acción contemplada en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, sin embargo, no podrán ser judicializados por los contenidos (es decir, por los votos, decisiones u opiniones) de sus providencias, a menos que hayan actuado de manera indebida con el propósito de favorecer intereses suyos o de terceros.

Para la Corte el novel artículo 178-A del texto superior introdujo un ingrediente subjetivo distinto al dolo en el tipo del artículo 413 del Código Penal, relacionado con la intención, de ahí que para su configuración deban concurrir circunstancias fácticas distintas a la acción de proferir una

decisión, de favorecer indebidamente intereses propios o ajenos.

Y si ello es así para el Fiscal General y los magistrados de las altas corporaciones, no hay óbice alguno para que los demás jueces y fiscales de la República puedan ser cobijados por tal protección.

Las siguientes son las razones que llevan a la Corte a una tal conclusión:

i) El artículo 5 de la Ley 270 de 1996, o Estatutaria de la Administración de Justicia, consagra, en sentido integral, la autonomía e independencia de la Rama Judicial «en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia» (inciso 1º), de suerte que «ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias» (inciso 2º).

Al respecto, sostuvo la Corte Constitucional que dicha independencia y autonomía debe ser plena en relación con las otras ramas del poder público y sus superiores jerárquicos:

«La independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones o, como lo

indica la norma bajo estudio, a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma Rama Judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales. [...] En igual sentido, debe decirse que la independencia se predica también, como lo reconoce la disposición que se estudia, respecto de los superiores jerárquicos dentro de la Rama Judicial. La autonomía es, entonces, absoluta. Por ello la Carta dispone en el artículo 228 que las decisiones de la administración de justicia “son independientes”, principio que se reitera en el artículo 230 superior cuando se establece que “[l]os jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley”, donde el término “ley”, al entenderse en su sentido general, comprende en primer lugar a la Constitución Política» (CC C-037/96).

ii) Supeditar la configuración del delito de prevaricato por acción en las providencias o decisiones proferidas por los jueces, magistrados y fiscales a la sola valoración (acerca de la manifiesta ilegalidad o no de una providencia) que adelanta un intérprete de la norma, bien sea la Comisión de Aforados o los funcionarios competentes para investigar o juzgar a los demás funcionarios, afecta la independencia judicial, en tanto que los condiciona o determina el riesgo que representaría el ser judicializados solo por adoptar decisiones susceptibles de generar rechazo o repudio en ciertos sectores de la sociedad.

En otras palabras, incide en la independencia del juez la simple eventualidad de que podrá ser investigado, juzgado o condenado tan solo por un criterio jurídico diverso, relativo a que dictó una decisión manifiestamente contraria a derecho.

De ahí que resulte indispensable amparar la autonomía e independencia de todos los jueces, sobre todo para aquellas situaciones en las cuales es necesario la prevalencia de las garantías judiciales a pesar de las opiniones dominantes en la sociedad o propias de ciertos consensos. Por eso, se ha dicho en la doctrina que *«debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos, aunque la mayoría o incluso los demás en su totalidad se unieran contra él; dispuesto a absolver por falta de pruebas aun cuando la opinión general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aun cuando esa misma opinión demandase la absolución»* (Ferrajoli, Luigi, Derechos y garantías: la ley del más débil, Editorial Trotta, Madrid, 2004, pág. 27).

Y, iii) la sola vinculación al órgano de cierre de ninguna manera constituye parámetro objetivo de diferenciación para concluir que en la configuración del delito de prevaricato por acción no concurre respecto de los demás jueces y fiscales el ingrediente de favorecer de manera indebida intereses propios o ajenos.

En efecto, si bien es cierto que las decisiones de las altas corporaciones tienen cierta fuerza vinculante para los jueces, lo cierto es que tanto los magistrados de las altas cortes como los demás funcionarios judiciales conservan su autonomía e independencia para cambiar o no atenerse al precedente, en tanto cumplan la carga argumentativa de explicar tal postura, tal como se reseñó párrafos atrás.

En conclusión, cuando el sujeto activo en la conducta punible de *prevaricato por acción* se trate de un magistrado, juez o fiscal, sin perjuicio de su pertenencia o no a una alta corporación, la conducta punible solo se configurará cuando concurra en el caso concreto circunstancias fácticas distintas a la emisión de la providencia o resolución que apunten a demostrar el ánimo por parte del sujeto agente de favorecer indebidamente intereses propios o ajenos.

III. Estructura dogmática del delito de prevaricato por acción

1. De acuerdo con las precisiones que anteceden y atendiendo la fuerza vinculante de la novel norma constitucional (Acto legislativo 02 de 2015, artículo 8, por medio del cual se introduce a la Constitución Política el artículo 178 A), la Corte concluye que el delito de *prevaricato por acción* se configura de la siguiente manera:

El sujeto activo es calificado. Como se trata de un delito propio en cuanto, únicamente, puede realizarlo un

funcionario público a quien legalmente le esté discernida por ley o reglamento, potestad o facultad decisoria frente a un determinado asunto jurídico.

En efecto, el bien jurídico protegido en Colombia con el delito de prevaricato es de amplio espectro pues se trata de “*La Administración Pública*” (Ley 599 de 2000, Libro Segundo, Título XV), y se afirma lo anterior por cuanto éste, en tratándose de esa específica hipótesis típica, es comprensivo tanto de la actividad jurisdiccional propiamente dicha (administración de justicia) como de todas aquellas funciones decisorias de la administración en general, de suerte que el objeto jurídico de amparo no son solo los litigios judiciales (penales, civiles, laborales, etc.) en los que intervienen partes con pretensiones enfrentadas, sino también los asuntos de jurisdicción voluntaria, y los diversos trámites o procedimientos previstos ante las otras autoridades que integran la administración pública (ramas ejecutiva y legislativa, en asuntos, por ejemplo, mineros, tributarios, fiscales, aduaneros, etc.) en los que la sociedad espera que el funcionario (a semejanza del juez) resuelva con estricto apego al ordenamiento jurídico.

La *imputación al tipo objetivo* consiste en que el sujeto activo «*profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley*», hipótesis descriptiva: *i)* regida por una inflexión del verbo *proferir*, la cual no suscita mayor discusión dado que debe entenderse en su sentido natural y obvio de decidir, resolver, o pronunciarse el

funcionario sobre un asunto jurídico en el que ejerce competencia; y *ii*) especificada en su objeto material por los ingredientes normativos «*resolución*», «*dictamen*» o «*concepto*» que en cuanto a su significado o alcance no entrañan mayor problema pues se entiende que son las formas mediante las cuales el servidor oficial materializa su facultad decisoria en un asunto jurídico, actos funcionales que dentro de la configuración del injusto deben ser en su contenido «*manifiestamente contraria a la ley*».

Respecto de este último ingrediente normativo, dado que es eminentemente valorativo, el criterio dominante tanto en la academia como en la jurisprudencia es que tal inconsonancia de la resolución, dictamen o concepto con el orden jurídico puede ocurrir bien por falseamiento de los hechos ora por distorsión o inaplicación de la norma pertinente, pero en uno u otro caso la contrariedad debe aparecer de tal forma notoria, advertible, inequívoca, ostensible que ni aún el más inexperto operador jurídico habría resuelto o decidido el asunto en los términos reprochados.

Ahora bien, en cuanto a la *imputación al tipo subjetivo*, es allí en donde tiene incidencia la precisión jurisprudencial que se reitera en este pronunciamiento, ya que con ocasión de la fuerza vinculante de la norma constitucional introducida con el Acto Legislativo 02 de 2015, en tratándose de las altas dignidades judiciales citadas en el precepto (artículo 8 con el que se incorpora el artículo 178A

en la Carta Política), y demás funcionarios pertenecientes a la Rama Jurisdiccional (magistrados de tribunal, jueces y fiscales en todos los órdenes) como ya quedó dicho, la intención típica ya no se entiende limitada a la sola constatación del conocimiento de la manifiesta contrariedad de la ley en la toma de la decisión y a la voluntad consciente de resolver en ese sentido, sino que además deben aparecer hechos objetivos con base en los cuales pueda afirmarse que el funcionario obró de tal forma determinado o con la finalidad de favorecer indebidamente intereses propios o ajenos.

La expresión «favorecer indebidamente intereses propios o ajenos» debe aludir a una situación fáctica que no solo sea diferente al proferimiento de la decisión que se reputa contraria a la ley de manera manifiesta, sino que implique la realización de actos de corrupción, motivo por el que la precisión jurisprudencial aquí plasmada exige definir la noción de corrupción, no de manera casuística y en atención a cada caso concreto, sino de modo general y abstracto, de forma tal que sea posible siempre y en todo caso discernir si la providencia que contraviene el ordenamiento jurídico puede calificarse de prevaricadora.

La primera aproximación a la precisión de dicho concepto, la más natural y obvia, es desde luego la gramatical.

Así, se tiene que el diccionario de la Real Academia Española define la expresión «corrupción» como *«acción y efecto de corromper»* y *«en las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores»*.

A su vez, define el verbo «corromper» como *«alterar y trastocar la forma de algo», «echar a perder, depravar, dañar, pudrir»* o *«sobornar a alguien con dádivas o de otra manera»*,

Pero sin dificultad se advierte que la interpretación simplemente gramatical de la noción resulta insuficiente, básicamente por el alcance abierto e indeterminado que se le atribuye.

La organización no gubernamental Transparencia Internacional, por su parte, define la corrupción como *«el abuso del poder encomendado para beneficio privado»*²⁷. Pero esa conceptualización tampoco parece suficiente, pues se ofrece excesivamente general y ambigua.

No obstante, las anteriores dificultades interpretativas son, fácilmente superables, pues desde el mismo Derecho es posible extraer una definición más precisa y concreta de lo que debe entenderse por un acto de corrupción.

²⁷ En World Wide Web, <https://www.transparency.org/glossary/term/corruption>.

En efecto, la Corte Constitucional tiene dicho que *«en el ordenamiento jurídico actual existen elementos de juicio que, a partir de la lectura integral del mismo, permiten determinar al operador jurídico si un hecho punible constituye un acto de corrupción»*²⁸.

La Corporación se refiere expresamente a: i) La Convención Interamericana Contra la Corrupción, incorporada al ordenamiento vernáculo mediante la Ley 412 de 1997; ii) la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, aprobada mediante la Ley 970 de 2005; y iii) el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011.

El artículo 6° del primer instrumento aludido, la Convención Interamericana Contra la Corrupción, prevé como actos de corrupción los siguientes:

a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una

²⁸ Sentencia C – 434 de 2013.

persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y

e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo».

Adicionalmente, la Convención, en los artículos 8° y 9°, expresamente impone a los Estados parte la obligación de tipificar como delito en sus respectivas legislaciones internas las conductas de soborno transnacional y enriquecimiento ilícito.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aunque no contiene una definición de las nociones de corrupción o acto de corrupción, vincula los conceptos con conductas punibles específicas, cuya penalización ordena a los Estados parte, así: A) soborno de funcionarios públicos nacionales; B) soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas; C) malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público; D) abuso de funciones; E) enriquecimiento ilícito; F) soborno en el sector privado; G) malversación o peculado de bienes en el sector privado; H) blanqueo del producto del delito; I) encubrimiento; y J) obstrucción de la justicia.

El artículo 1° de la Ley 1474 de 2011, que de conformidad con lo discernido por la Corte Constitucional en la providencia previamente aludida «*constituye otro criterio normativo de referencia*» para definir el contenido de la categoría de actos de corrupción, refiere a: *i)* los delitos contra la administración pública (peculado en sus distintas modalidades, concusión, cohecho y celebración indebida de contratos, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, entre otros) y *ii)* soborno transnacional.

En conclusión ha de entenderse por acto de corrupción el que está dirigido a materializar, facilitar, promover o lograr la realización de una o más de las conductas punibles definidas en los textos normativos examinados.

La tesis que prohija esta Sala no es extraña en el orden jurídico. En Alemania, por ejemplo, la doctrina en relación con el delito de prevaricato por acción sostiene que en cuanto al tipo subjetivo *«éste debe abarcar tanto el conocimiento de que se dirige o se decide un asunto jurídico como la conciencia de que se tuerce el Derecho y de que se produce, con ello, un efecto perjudicial o beneficioso para una parte»* (Ferrer Barquero, Ramón, El castigo del juez injusto: un estudio de derecho comparado, Florida International University, Miami, 1999, pág. 85, citando a Wessels J/Hettinger, M. Strafrecht Besonderer Teil. 1. Straftaten gegen Persönlichkeits - und Gemeinschaftswerte, pág. 292 y 293).

Ello es así ahora en nuestra legislación porque el espíritu de la reforma constitucional comentada, como puede fácilmente constatarse en los registros de sus diferentes debates, es el de privilegiar la función judicial blindando al máximo la independencia y autonomía de la administración de justicia, la cual puede verse seriamente coartada, y por esa vía el mismo Estado de Derecho, si se acepta la posibilidad de que las decisiones de los jueces sean cuestionadas en la esfera penal por una simple disparidad de criterios entre el destinatario de la decisión y quien la emite, o entre éste y quien postramente esté revestido de autoridad para revisar su conformidad con el orden jurídico.

Puesto en palabras más breves y directas, el advenimiento del artículo 178 A de la Constitución Política implica el enriquecimiento del ingrediente subjetivo del injusto de *prevaricato por acción*, cuando del estudio de tal comportamiento delictivo se trate frente a actuaciones de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, el Fiscal General de la Nación, magistrados de tribunal, jueces y fiscales de todos los órdenes, en procura de garantizar la autonomía e independencia de esos funcionarios en el cumplimiento de sus funciones.

Respetuosamente,

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado

Fecha ut supra