República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
Magistrado ponente

SP16247-2015
Radicación Nº 46688
(Aprobado acta N° 424)

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

I. V I S T O S

La Corte resuelve el recurso de **apelación** formulado por el Fiscal 1º Delegado ante el Tribunal Superior de Valledupar contra la sentencia del 15 de julio anterior por medio de la cual la mencionada Corporación **absolvió** al dr. **Edinson Danilo Charris Bravo** por el delito de prevaricato

por acción, que habría cometido en su condición de Fiscal 12 Seccional de la Unidad de Administración Pública.

II. H E C H O S

El 5 de octubre de 2010, el dr. **Edinson Danilo Charris Bravo**, entonces Fiscal 12 Seccional de la Unidad de Administración Pública de Valledupar, dentro del proceso radicado con el número 200900249 seguido contra Ariel de Jesús Rojas Peraza por los delitos de falsedad material en documento público y peculado por apropiación, suscribió un acta de preacuerdo, el cual fue presentado ante el Juzgado 3º Penal del Circuito con función de conocimiento de la misma ciudad.

En ella se desconocieron precisos mandatos legales, así: **a)** no se precisó cuál de las finalidades de que trata el artículo 348 del C. de P. P. era la que orientaba el preacuerdo; **b)** nada se dijo en el acta del preacuerdo sobre la obligación de reintegrar el 50% de los dineros públicos defraudados y asegurar la devolución del remanente, conforme lo manda el artículo 349 del mismo estatuto, aun cuando fueron inicialmente cuantificados en $500.000.000 y luego, mediante dictamen, se precisaron en $165.781.590; **c)** el preacuerdo consistió en excluir el delito de falsedad material de documento público imputado en audiencia del 17 de septiembre de 2010; no obstante, se violó el mandato del artículo 351, inciso segundo, de la Ley 906 de 2004, toda vez que, como si se tratara de un allanamiento puro y simple, se agregó una rebaja del 40% de la pena imponible,

rebaja que, en todo caso, no podía superar la tercera parte; **d)** omitió tener en cuenta el incremento de la tercera parte de la pena por tratarse el peculado agravado por la cuantía de un delito continuado (artículo 31 del Código Penal), tesis que se venía manejando desde la imputación, pues en lugar de imputar 772 peculados imputó uno solo; **e)** vulneró el artículo 38, numeral 1°, del Código Penal, puesto que acordó para el procesado la prisión domiciliaria, sin que este mecanismo fuera procedente, ya que por ninguna parte se cumplía el requisito objetivo.

El preacuerdo así presentado fue improbado por la juez de la causa, por desconocer lo normado en el artículo 349 del C. de P. P. (obligación de reintegrar el amenos el 50% del incremento patrimonial percibido).

El 3 de diciembre de 2010, el entonces fiscal **Charris Bravo** presentó un nuevo preacuerdo, que intentó ajustar al artículo 349 citado. Adujo que "*en consideración a la justicia consensuada*" fijaba el monto de lo apropiado en $100.000.000, de los cuales el procesado solamente iba a reintegrar $50.000.000. De esta suma, agregó, aquel pagaría $25.000.000 en un depósito judicial y los restantes $25.000.000 en 48 cuotas, cuyo pago garantizaba con la firmeza de la sentencia. La juez de conocimiento rechazó el preacuerdo porque establecía el reintegro del 50% de los $100.000.000, sin que fuera de recibo que la sentencia en firme garantizaría el resto.

El fiscal **Charris Bravo** suscribió un nuevo preacuerdo el 6 de diciembre de 2010. En él dijo que "*en desarrollo de la justicia consensuada*", insistía en que la cuantía de lo apropiado era de $100.000.000, pero que "*en desarrollo de la justicia premial*" determinaba que el valor de lo apropiado por el procesado habría sido del 50% de esa suma; por tanto, reintegra ese valor en dos depósitos judiciales de $25.000.000. Dicho preacuerdo fue presentado el 8 de julio de 2011 ante la juez de conocimiento, quien avaló lo relativo a la cuantía, pero lo improbó porque se concedía un doble beneficio, pues se eliminaba un delito de la imputación y, al mismo tiempo, se concedía una rebaja de la pena del 40%.

La defensa y la fiscalía recurrieron la decisión judicial y el Tribunal, en decisión del 16 de agosto de 2011, la confirmó, al tiempo que compulsó copias para que se investigara al fiscal que suscribió el preacuerdo, toda vez que negoció un bajo monto y permitió un bajo reintegro de lo apropiado, concedió un doble beneficio, otorgó una rebaja del 40% de la pena, cuando este solamente podría ser de la tercera parte, y pactó la prisión domiciliaria, sin cumplir las exigencias legales.

III. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. La actuación penal se inició como consecuencia de la compulsa de copias dispuesta por el Tribunal Superior de

Valledupar en providencia del 16 de agosto de 2011. Así, en audiencia preliminar celebrada el 24 de febrero de 2014 ante el Juzgado 4º Penal Municipal de Valledupar, el Fiscal 1º Delegado ante el Tribunal le imputó al dr. **Edinson Danilo Charris Bravo** el delito de prevaricato (artículo 413 del C. Penal), con pena mínima de 48 meses de prisión y máxima de 144 meses, y multa de 66,66 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes. El imputado no aceptó el cargo.

El escrito de acusación, en similares términos fácticos y jurídicos a la imputación, fue radicado el 31 de marzo de 2014, y su formulación tuvo lugar ante el Tribunal Superior de Valledupar el 23 de abril siguiente. Luego de dos aplazamientos, la audiencia preparatoria se celebró el 13 de agosto de 2014. Allí se realizaron estipulaciones probatorias, entre otras, la calidad de especialista en derecho penal y docente universitario del procesado, y que: "*en la audiencia de imputación del 17 de septiembre de 2010 el fiscal manejó la tesis del delito continuado; así mismo, en esa audiencia cuantificó lo apropiado en principio por lo menos en 500 millones de pesos y le advirtió al imputado que la rebaja que le podía conceder solo sería de una tercera parte*".

El juicio oral se desarrolló entre el 11 de febrero y 15 de abril del año en curso, fecha esta última en que se anunció el **sentido absolutorio de la sentencia**; esta fue dictada el 15 de julio siguiente.

El fallo fue apelado por el fiscal, al tiempo que el defensor se pronunció como no recurrente.

IV. DECISIÓN RECURRIDA

La absolución se fundó en los siguientes argumentos:

1. Luego de indicar que el objeto de este proceso se refiere a una acta de preacuerdo, la del 5 de octubre de 2010, en la medida en que las otras del 3 y 6 de diciembre del mismo año hacen parte del mismo preacuerdo, y de enfatizar el elemento "*manifiestamente contrario a la ley*" que caracteriza el prevaricato, agrega, respecto de la primera cuestión (no precisar el acta cuál era la finalidad del preacuerdo), que el artículo 348 de la Ley 906 de 2004 no consagra la obligación de incluir en el acta la finalidad del preacuerdo, pues en la norma solo se mencionan los criterios orientadores que se deben tener en cuenta.

En todo caso, la omisión echada de menos sí fue cumplida, pues en el acta del 5 de octubre y en las sucesivas se señalaron los fines de la figura, en especial en la audiencia del 8 de julio de 2011, cuando se dijo que los fines del preacuerdo eran humanizar la pena y, al mismo tiempo, lograr le prestigio de la administración de justicia.

2. Sobre la no aplicación del art. 349 del estatuto procesal (reintegro de al menos el 50% del incremento patrimonial percibido, como condición de procedibilidad para el preacuerdo), el Tribunal aprecia que las partes no tenían clara la interpretación del precepto, pues no sabían si el reintegro debía hacerse por todo el detrimento sufrido por la entidad afectada, o bien por lo efectivamente recibido por el agente; así, habiendo optado por esta última interpretación y como el incremento recibido no se pudo cuantificar, entonces lo acordaron en $50.000.000, lo cual fue aceptado por la juez de conocimiento.

Por tanto, la omisión de lo dispuesto en el artículo 349 del C. de P. P. fue corregida, luego de extensas intervenciones del entonces fiscal sobre cómo se debería determinar el monto a reintegrar, interpretación que no era irracional, pues en una decisión anterior la Corte había precisado que la devolución debería ser de lo recibió pro el agente y no todo lo defraudado.

3. En lo que tiene que ver con el mandato de que trata el art. 352, numeral 2°, del estatuto procesal penal (el cambio favorable con relación a la pena constituye la única rebaja compensatoria por el acuerdo), el Tribunal halló que el procesado de verdad lo había desconocido, pues además de conceder la exclusión del delito de falsedad pactó también una rebaja del 40% de la pena a imponer por aceptar la autoría del hecho. Allí radicó, entonces, el doble

beneficio prohibido por la ley, circunstancia que acredita lo objetivo del delito de prevaricato.

4. La Corporación *a quo* no encontró configurado el desconocimiento del artículo 31 del Código Penal (concurso de conductas punibles e incremento de la tercera parte en caso de delito continuado).

Recuerda que según los términos de la acusación dictada en este proceso, como el hoy enjuiciado venía manejando desde la imputación la tesis del delito continuado respecto del peculado agravado por la cuantía (artículo 397, inciso 2º, del C. Penal), entonces ha debido partir del mínimo de la pena prevista para el peculado agravado (8 años de prisión) e incrementarla en la tercera parte, por tratarse de delito continuado.

Por tanto, agrega la fiscalía que aquí acusa, el ex fiscal aquí procesado ha debido partir de una pena de 10 años y 8 meses de prisión. En contraste, lo hizo desde una pena de 8 años de prisión, y sobre ella hizo el descuento de un 40% adicional, para llegar a una sanción definitiva de 57 meses y 18 días de prisión.

Para el Tribunal, el cargo no tiene un fundamento fáctico claro, pues no se sabe si: *i)* la pena de 8 años que determinó el entonces fiscal correspondió a la mínima del delito de peculado agravado por la cuantía, pero sin considerar el incremento de la Ley 890 de 2004, aumentada

en una tercera parte por razón del delito continuado; o bien, *ii)* fue el resultado de no aplicar el parágrafo del artículo 31 del C. Penal (incremento de la tercera parte por tratarse de delito continuado). Por tanto, razona el Tribunal, no puede decirse que se inaplicó el citado artículo 31.

Si bien fue cierto que el hoy procesado mencionó el artículo 31, también lo es que no citó su parágrafo, por lo que no se pude inferir que en la acusación el entonces fiscal hubiera imputado el peculado como delito continuado. Lo cierto fue que al cuantificar la pena por el peculado, no se le dio aplicación al inciso primero del artículo 31 (concurso homogéneo); sin embargo, por esa situación no se le formuló cargo al procesado. En conclusión, no se configuró el prevaricato, por la omisión del artículo 31 del C. Penal.

5. La violación del artículo 38, inciso 1º, del C. Penal el Tribunal la encontró fundada; evidenció que el entonces fiscal acordó la prisión domiciliaria, aun cuando no se cumplía el requisito objetivo para concederla, esto es, que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 5 años de prisión o menos., "*cuando se sabe que el delito de peculado por apropiación está sancionado con pena mínima de 8 años de prisión*".

Concluye la Corporación de primer grado que los cargos reseñados en los puntos 1º, 2º y 4º no se configuraron. Y si bien es cierto admite que los cargos reseñados en los puntos 3º y 5º sí se concretaron en su parte objetiva, también lo es que respecto de ellos no se

configura la tipicidad subjetiva propia del prevaricato, pues además de las naturales dificultades de la entrada en vigencia del sistema procesal acusatorio y la falta de criterios pacíficos sobre ciertos temas, el hoy procesado no dirigió su voluntad a desconocer la ley, sino que violó las normas por desconocimiento sobre su aplicación; trató de acertar en su interpretación y corrigió los errores que le puso de presente la juez de la causa.

Agrega que la actuación de la juez de conocimiento muestra que no se tenía un conocimiento preciso sobre el manejo del preacuerdo; el hoy procesado carecía de capacitación sobre la materia y era este el primer preacuerdo que suscribía, sin que el hecho de que tuviera experiencia como fiscal y título de posgrado permita afirmar que conocía la figura del preacuerdo.

Al sustentar el recurso contra la improbación del preacuerdo, el entonces fiscal demostró que aun cuando tenía una interpretación equivocada de las normas (artículos 350, 351 de la Ley 906 de 2004 y 38 del C. Penal), su intención era la de acertar, en el entendido de que estaba convencido de la procedencia del doble beneficio y la concesión de la prisión domiciliaria.

En conclusión, aun cuando algunos asuntos pactados por el fiscal desconocieron las normas legales (artículos 351, inciso segundo, del C. de P. P. y 38 del C. Penal) y ello se adecuaría objetivamente al delito de prevaricato, lo cierto es que dichas conductas son subjetivamente atípicas.

V. EL RECURSO

El fiscal impugnante sostiene que en el juicio demostró su teoría del caso.

Señala que no es cierto que la norma no le exija al fiscal seguir obligatoriamente las directrices que regulan la celebración de preacuerdos, ni que aquellas sean solamente criterios de orientación; por el contrario, tienen valor al interior de la fiscalía y frente a la política criminal, por tanto son obligatorias al realizar los preacuerdos, aun cuando no vinculen al juez de conocimiento que aprueba o imprueba el preacuerdo, pues el funcionario judicial está vinculado por la ley y no por las directrices de la fiscalía.

En este caso, el hoy procesado celebró el preacuerdo de espaldas a dichas directrices. La sola trascripción del artículo 348 de la Ley 906 de 2004 o bien las frases expresadas por el entonces fiscal en la audiencia del 8 de julio de 2011 no son suficientes para cumplir con la motivación que debe exponer la fiscalía a la hora de preacordar. Allí, aparte de expresiones formales, no se menciona cuál era la finalidad humanista o cómo se aprestigiaría la justicia con el preacuerdo.

Sobre el desconocimiento del artículo 349 de la Ley 906 de 2004 (obligación de reintegrar al menos el 50% del incremento patrimonial y asegurar el recaudo del restante),

el apelante argumenta que el mandato legal fue desconocido, en la medida en que el entonces fiscal, en el acta de preacuerdo del 5 de octubre de 2010, nada dijo sobre esta exigencia, aun cuando en la imputación había dicho que el incremento generado por la apropiación de los dineros correspondientes a la oficina de tránsito municipal de la Paz (Cesar) había sido de $500.000.000 y luego, a través de peritaje, se probó que había sido de $165.781.590, tal como igualmente se consignó en el escrito de acusación del 15 de octubre de 2010.

La lectura del precepto es clara, pues dispone que para celebrar el preacuerdo es preciso reintegrar el 50% del total del incremento patrimonial y asegurar el recaudo de la suma restante, como así mismo lo corrobora la jurisprudencia entonces vigente, sin que el monto de lo apropiado pudiera ser objeto de consenso ni su devolución pactarse de manera parcial.

En la audiencia del 6 de diciembre de 2010, que reanudó la del 5 de octubre anterior, el fiscal insistió en la violación de la norma cuando, a su antojo y desconociendo la cuantía del valor defraudado, estableció que la cuantía de lo apropiado había sido de $100.000.000, los cuales el acusado no reintegraría en su totalidad sino solamente $50.000.000, "*ello basado en una justicia premial*", de modo que consignaba $25.000.000 y garantizaba el pago del resto, en 48 cuotas mensuales, previa ejecutoria del fallo.

Tampoco esta fórmula satisfizo a la juez, quien se abstuvo de tomar una decisión de fondo. Por tanto, en horas de la tarde del mismo día, el fiscal **Charris Bravo** hizo una tercera acta de preacuerdo: mantuvo la cuantía de la defraudación en $100.000.000, pero según una interpretación basada en la justicia premial, concluyó que el incremento del procesado había sido de $50.000.000, pues era difícil saber cuánto dinero tomó cada uno de los involucrados. Por tanto, entendió el fiscal que el dinero quedaba reintegrado en su totalidad con dos consignaciones de $25.000.000 cada una.

La juez no objetó esa "*cuantía consensuada y el reintegro premial*". Dice el impugnante que el fiscal no podía, con el pretexto de un mal manejado concepto de justicia consensuada y premial, acordar o negociar a su antojo y a espaldas de la víctima el monto de la defraudación de los dineros públicos, como si se tratara de intereses de particulares. Califica de equivocada la tesis del Tribunal, según la cual el asunto no reviste irregularidad alguna; lo que ocurrió fue, entonces, que se desconoció el verdadero valor del peculado ($165.781.590), se desconoció que ésa era la suma a reintegrar, se admitió que bastaba con reintegrar el 50% de ese monto y se aceptó que el coprocesado que se apropió de la suma mencionada al final solo restituyera $50.000.000.

Por otra parte, alega que el entonces fiscal **Charris Bravo** dejó de aplicar el artículo 31 del C. Penal. Explica que

como la cuantía del peculado superaba los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, entonces el delito era agravado, y por tanto la pena mínima era 8 años de prisión. Como, además, era un delito continuado que abarcó 772 peculados, era del caso aplicar el incremento de la tercera parte de que trata el parágrafo del mencionado art. 31. De allí se debía partir para empezar a negociar.

Califica como un "*enroque jurídico*" de difícil respuesta el inteligente argumento del Tribunal, según el cual no se sabe si lo que el hoy procesado omitió fue el incremento que consagra la Ley 890 de 2004 o el previsto en el parágrafo del artículo 31, o bien si en el acto de imputación se mencionó dicho artículo para hacer referencia al concurso de delitos, mas no su parágrafo que trata del delito continuado.

Aprecia que desde el 1º de enero de 2008, fecha en que entró a regir en ese territorio (departamento del Cesar) la Ley 906 de 2004, se entiende que las penas para el delito de peculado son las previstas en la Ley 890 del mismo año, sin necesidad de hacer expresa mención de esta última ley. "*En consecuencia -dice el apelante- no vemos en qué se fundamenta el Tribunal para decir que se debió acusar por la trasgresión de la Ley 890 de 2004*".

En todo caso, lo anterior no impide ver que en el proceso que tramitó el entonces fiscal **Charris Bravo**, como así mismo consta en las estipulaciones probatorias, no se

habló de un concurso de delitos, sino que desde la imputación se venía considerando un delito de peculado continuado que incluyó 772 apropiaciones, con el fin de evitar "*7 mil u 8 mil imputaciones*". Fue por eso que, aun cuando no se empleó la palabra *continuado*, lo cierto fue que se dedujo una sola cuantía y así mismo se descartó el concurso de delitos. Por tanto, concluye, no es de recibo la tesis del *a quo* que contradice el mandato del artículo 365-.4º del C. de P.P., en el sentido de que el procesado debe ser absuelto por este cargo porque no se le atribuyó el hecho de no haber deducido en el preacuerdo la figura del concurso de delitos.

Añade que el Tribunal halló objetivamente configurada la tipicidad del prevaricato en lo relacionado con el doble beneficio que prohíbe el artículo 351, inciso segundo, del Código de Procedimiento Penal, por la concesión de la prisión domiciliaria, según el art. 38 del C. Penal. Pero critica que hubiera concluido en la atipicidad subjetiva por ausencia de dolo.

Así, el apelante no niega los problemas inherentes a la novedosa figura de los preacuerdos, pero alega que esta no supone una dificultad tal que impida comprender el tenor literal de las normas, menos aún para **Charris Bravo**, quien era especialista y profesor de la materia desde hacía 12 años; en todo caso, el sistema acusatorio entró a regir en el lugar de los hechos en enero de 2008, de suerte que para el

año 2010 "*ya había corrido bastante agua debajo del puente sobre el sistema acusatorio*".

No es cierto, tampoco, como lo dice el *a quo*, que el entonces fiscal haya querido acomodarse a los lineamientos que le iba trazando la juez de conocimiento, pues lo que se observa es que en la primera acta de preacuerdo nada dijo sobre el obligatorio reintegro de los recursos; en la segunda, la cuantificó en $100.000.000 y señaló que solamente se haría un reintegro de $50.000.000; finalmente, en la tercera adujo que "*se acordaba*" que el entonces procesado solamente había tomado para sí $50.000.000 y esa suma era el total del valor a reintegrar.

Que **Charris Bravo** no hubiera recibido capacitación sobre la materia no era motivo suficiente para predicar su ignorancia sobre el tema. Parece ser, dice el apelante, que ante casos similares el fallador se guía por "*el antecedente del trabajo anterior del investigado para de ello derivar el conocimiento exacto que este tenga sobre el tema y poder decir si aplicó un derecho diferente al que conoce*". Califica de errada esta postura, pues desconoce la afectación del bien jurídico, la cual no se configuraría hasta tanto no se le demuestre al agente que ya hubo una primera vez en la que actuó diferente.

Lo relevante es que si el entonces fiscal tenía un dictamen sobre la cuantía del peculado, por qué –se pregunta el aquí recurrente- se inventó tantos malabares

para desconocerlo; cómo fue que ante una apropiación de casi $166.000.000 se consideró satisfecho con una reintegración de $50.000.000; por qué desconoció que al desestimar el delito de falsedad no podía conceder un beneficio adicional del 40% de la pena a imponer, beneficio que, si acaso fuera procedente, bien sabía que no podía ser sino de la tercera parte.

Tampoco las normas sobre la pena mínima del peculado o el artículo 31 del Código Penal revestían especial dificultad; además, el procesado omitió, entre octubre de 2010 y julio de 2011, hacer claridad sobre el monto del peculado y desatendió las advertencias de la juez de conocimiento sobre la ilegalidad del preacuerdo y, por el contrario, continuaba proponiendo tesis cada vez más absurdas, "*duró en ello 9 meses y no salió de su error*". Por todo lo anterior no puede ser de recibo el argumento del Tribunal, cuando dijo que en una de las audiencias se le escuchó decir al fiscal aquí procesado que el preacuerdo estaba "*aprestigiando la justicia*".

Agrega que no puede afirmarse que su experiencia relacionada de 15 años como fiscal, 12 años impartiendo cátedra, y la capacitación recibida fueran insuficientes para leer y comprender las normas pertinentes, "*porque era su primera vez*"; además el mandato del artículo 349 de la Ley 906 de 2004 no es difícil de entender, de suerte que si la apropiación fue de $165.781.560, era necesario reintegrar ese monto y no apenas $50.000.000, sin que la tesis según la cual "*cada quien paga lo que se coge*" sea de recibo en lo

que tiene que ver con responsabilidad civil derivada del delito.

Tampoco existe la rebaja de pena por aceptar el preacuerdo, ni podía desconocer el procesado que las penas mínimas son fijadas por el legislador y no por las partes. Tales asuntos no eran de tan alta complejidad, como para que aquel los desconociera.

Por tanto, dice el apelante, se cumple el requisito del tipo subjetivo y el dolo directo del prevaricato.

En conclusión, la decisión absolutoria debe ser revocada, con la imposición de la pena que determine la Corte.

VI. ARGUMENTOS DEL NO RECURRENTE

El defensor del procesado plantea, en síntesis, los siguientes razonamientos:

i) Que, según el artículo 348 de la Ley 906 de 2004, no es obligatorio plasmar en el acta cuál es la finalidad del preacuerdo. En todo caso, su asistido sí hizo referencia a ella.

ii) Que era razonable la postura del fiscal **Charris Bravo**, pues el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 permite interpretar que el monto que se debe reintegrar es al menos el 50% de lo que efectivamente percibió el agente, y no la totalidad del valor defraudado. Por tanto, como dicha norma no se refiere a la obligación de indemnizar ni a la solidaridad patrimonial de que trata el artículo 96 del C. Penal, entonces el Tribunal tuvo razón en absolver a su asistido.

iii) Que el apelante en realidad no refutó los argumentos de la Corporación *a quo* relativos a la no deducción en el preacuerdo del delito continuado y el consiguiente incremento punitivo de la tercera parte. Agrega que de la compulsa de copias dispuesta por el Tribunal no se menciona la supuesta violación del artículo 31 del C. Penal, y que la evidencia demuestra que no hubo dolo en el agente en querer omitir el instituto del delito continuado.

iv) Que el fiscal **Charris Bravo** no recibió capacitación en el tema de preacuerdos, y aun cuando es cierto que desde 15 años atrás se desempeñaba como fiscal, también lo es que no lo hacía en el sistema acusatorio, pues este entró en vigencia en el Cesar en el año 2008. Además, como lo afirmó el Tribunal, es razonable que su asistido, quien siempre aceptó las orientaciones de la juez, hubiera estado en error durante 9 meses, pues la audiencia se suspendió y se realizó en varias sesiones.

En conclusión, la sentencia debe ser confirmada, porque "*está a tono con el estándar probatorio sobre la atipicidad subjetiva*", como lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte.

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. A esta Colegiatura le asiste la competencia para resolver de fondo el asunto propuesto a su consideración, pues se trata de un recurso de apelación formulado contra la sentencia emitida en primera instancia por el Tribunal Superior de Valledupar, Corporación de la cual la Corte es su superior jerárquico (artículo 32, numeral 3º, de la Ley 906 de 2004).

2. La decisión absolutoria consideró que de los cinco pilares de la acusación por prevaricato solamente se configuraban materialmente dos de ellos: *i)* el otorgamiento de un doble beneficio (la exclusión del concurso homogéneo del delito de falsedad y la rebaja adicional del 40% de la pena por aceptar el preacuerdo), y *ii)* el reconocimiento de la prisión domiciliaria (artículo 38, inciso 1º, del Código Penal), sin que se cumpliera el requisito objetivo. No obstante lo anterior, dedujo que, respecto de tales conductas, no concurría la tipicidad subjetiva, esto es, la intención manifiesta del agente de violar el ordenamiento legal.

Los demás fundamentos de la acusación, esto es, *iii)* la omisión, por el entonces fiscal, de identificar la justificación del preacuerdo, según los términos del artículo 348 de la Ley 906 de 2004, *iv)* el incumplimiento del artículo 349 del mismo estatuto (necesidad de reintegrar una parte del incremento patrimonial percibido y asegurar la devolución de lo restante), y *v)* la no deducción del incremento punitivo inherente al delito continuado, el Tribunal no los halló objetivamente demostrados.

Frente a dichos argumentos, el apelante alega, en síntesis, que el preacuerdo suscrito por el hoy procesado, en su condición de fiscal, omitió las finalidades que lo justificaban; que es evidente el doble beneficio y la indebida concesión de la prisión domiciliaria, sin que en ningún caso se presentara una explicación razonable para incluir dichas medidas en el preacuerdo; que es claro que en el preacuerdo el fiscal descartó la tesis del delito continuado y deliberadamente desconoció el deber de reintegrar lo apropiado. Todo ello, aduce el impugnante, sin que las normas pertinentes ofrecieran una dificultad importante en su interpretación, además de que la juez de conocimiento de manera reiterada le puso de presente al fiscal hoy procesado las falencias del preacuerdo y aquel se abstuvo de corregirlas.

3. Pues bien, esta Colegiatura anticipa su decisión de revocar la providencia recurrida y, en su lugar, condenar al

procesado por el delito objeto de la acusación. Las razones son las siguientes:

3.1. En lo que tiene que ver con el delito de **prevaricato por acción** -y previo a abordar el análisis del caso concreto- conviene señalar que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal tiene dicho (CSJ, SP, sentencia de segunda instancia del 10 de agosto de 2010, rad. 34175) que para que se materialice la conducta punible de prevaricato por acción se requiere una resolución, dictamen o concepto –en este caso una resolución revocatoria de una medida de aseguramiento– manifiestamente contrario a la ley, es decir, que su contenido torna notorio, sin mayor dificultad, la ausencia de fundamento fáctico y jurídico y su contradicción con la normatividad, rompiendo abruptamente el deber de sujeción al imperio de la ley (artículo 230 de la Constitución Política), que debe guiar la actividad de todo servidor público.

Tal situación se presenta, por ejemplo, cuando las decisiones se sustraen sin argumento alguno del texto de preceptos legales claros y precisos, o cuando los planteamientos invocados para ello no resultan de manera razonable atendibles en el ámbito jurídico, entre otros casos, por responder a una palmaria motivación sofística, grotescamente ajena a los medios de convicción o por tratarse de una interpretación contraria al nítido texto legal.

Con un tal proceder debe advertirse la arbitrariedad y capricho del servidor público que adopta la decisión, en cuanto producto de su intención de contrariar el ordenamiento jurídico, sin que, desde luego, puedan tildarse de prevaricadoras las providencias por el único hecho de exponer un criterio diverso o novedoso y, de manera especial, cuando abordan temáticas complejas o se trata de la aplicación de preceptos ambiguos, susceptibles de análisis y opiniones disímiles (CSJ, SP, sentencias de segunda instancia del 8 de octubre de 2008, rad. 30278 y del 18 de marzo de 2009, rad. 31052).

Es también necesario indicar que respecto de la apreciación de las pruebas no es suficiente con la posibilidad de hallar otra lectura de ellas, en cuanto es menester que la tenida como prevaricadora resulte contundentemente ajena a las reglas de la sana crítica al momento de ponderar los medios probatorios, de manera que denote capricho y arbitrariedad de quien así procede (CSJ, SP, sentencia de segunda instancia del 23 de febrero de 2006, rad. 23901).

Ahora bien, luego de trasladar el análisis de los presupuestos de esta conducta al caso presente, se tiene que al fiscal apelante parcialmente le asiste razón, en el sentido de que se configura, en su materialidad y en su aspecto subjetivo, la conducta de prevaricato por la cual se acusó al procesado **Charris Bravo**.

Es del caso aclarar que la acusación fundó la conducta constitutiva de delito de prevaricato sobre cinco reproches: *i)* la falta de mención de las finalidades del preacuerdo, *ii)* el desconocimiento del mandato contenido en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, *iii)* La deducción de doble beneficio, por concurrir la desestimación del delito de falsedad y agregar una improcedente rebaja punitiva del 40% de la pena a imponer, *iv)* la no inclusión en el preacuerdo de la figura del delito continuado con el correspondiente incremento punitivo (parágrafo del art. 31 del C. Penal) y, *v)* la concesión del sustituto penal de la prisión domiciliaria, sin el cumplimiento del requisito objetivo referente al monto de la pena privativa de la libertad que lo autoriza.

Así las cosas, el delito que se le atribuye al procesado subsistirá mientras se mantenga vigente al menos uno de los reproches reseñados.

3.2. La decisión anunciada por la Corte se funda en que el preacuerdo suscrito por el entonces Fiscal 12 Seccional de Valledupar, dr. **Charris Bravo**, i) desconoció arbitrariamente el mandato del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, ii) admitió un doble beneficio en contravía a lo dispuesto por el artículo 351, inciso 2º, del mismo estatuto, y iii) pactó la concesión del sustituto penal, sin que se cumpliera uno de sus presupuestos objetivos. Sobre tales fundamentos, se deducirá la responsabilidad penal del procesado.

Dicho lo anterior, procede enseguida avanzar hacia el análisis de la materialidad de la conducta de prevaricato.

3.3. Dígase, en este sentido, que en verdad el entonces Fiscal 12 Seccional de Valledupar, dr. **Edinson Danilo Charris Bravo**, al suscribir el preacuerdo por el delito de peculado por apropiación con el procesado Ariel de Jesús Rojas Peraza, desconoció frontalmente el mandato del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, que torna improcedente la celebración de preacuerdos en los casos en que, como consecuencia de la comisión del delito, el agente hubiere obtenido incremento patrimonial, sin que reintegre al menos el 50% del mismo y se asegure el recaudo del restante.

La violación al citado mandato legal es contundente, pues en una primera oportunidad, y a pesar de la claridad del precepto, el entonces fiscal nada dijo sobre el cumplimiento de esta obligación.

Así consta en la respectiva acta de preacuerdo del 5 de octubre de 2010 (presentada ante la juez de conocimiento en la audiencia de formulación de acusación celebrada el 5 de noviembre siguiente).

En dicho documento se mencionan los términos del preacuerdo, así: la exclusión del delito de falsedad en documento público, el acuerdo sobre el monto de la pena correspondiente al peculado que quedaría en 8 años de prisión, el otorgamiento de una rebaja del 40% de la pena a imponer y, por último, la concesión del sustituto de la prisión domiciliaria. Nada más.

Ninguna alusión existe allí sobre la obligación de reintegrar el valor defraudado, no obstante que sobre dicho valor ya existía un elemento de juicio que lo determinaba, cual era el informe contable del 15 de octubre de 2010, elaborado por personal del Cuerpo Técnico de Investigaciones, en el que se estableció que la cuantía de lo sustraído de la entidad territorial durante los años 2008 al 2010 ascendió a la suma de $165.781.590.

Llama doblemente la atención que nada se dijera sobre el deber de reintegrar a que alude el mandato legal, cuando fue el mismo fiscal quien, en la audiencia de imputación celebrada el 17 de septiembre de 2010, le enrostró al imputado en al menos cinco oportunidades –así se escucha en el audio de la audiencia concentrada- que el valor de lo defraudado era superior a $500.000.000.

Improbado por la juez de conocimiento el preacuerdo así formulado, el fiscal, en audiencia celebrada el 6 de diciembre de 2010, convino con el procesado Rojas Peraza -en contra de la prueba obrante en la actuación y aduciendo dificultades probatorias- que el incremento

habría sido solamente de $100.000.000 y que, por tanto, aquel reintegraría efectivamente la mitad de esa suma, y aseguraría el pago del monto restante con la ejecutoria del fallo. Así consta en la extensa y detallada trascripción de esa diligencia, la cual fue leída dentro de la audiencia del 8 de julio de 2011 (fl. 33 y siguientes, carpeta).

En una tercera versión del mismo preacuerdo, realizada en la audiencia del 8 de julio de 2011, el fiscal ahondó e hizo más notorio el desconocimiento del precepto, pues, sin elemento de juicio serio alguno, y alejándose cada vez más de la prueba sobre el verdadero monto de la defraudación, concluyó y pactó que el procesado, según consta en la trascripción de la audiencia, "*precisamente por las dificultades probatorias*" y basadas las partes "*en las prácticas de la justicia premial que caracteriza el sistema acusatorio*", en realidad se había apoderado de $50.000.000, por lo que reintegraría esa suma en dos contados.

Así, no cabe duda que el desconocimiento del artículo 349 de la Ley 906 de 2004 transcurrió desde su total e inexplicable omisión, hasta una interpretación fáctica y jurídica caprichosa y arbitraria.

Esto último, porque si el dr. **Charris Bravo** insistió en numerosas oportunidades en que el valor de lo apropiado se aproximaba a los $500.000.000; si, además, la prueba técnica oportunamente conocida determinó que el valor

defraudado fue de $165.781.590, y si el contenido del precepto (artículo 349 de la Ley 906 de 2004) es claro, en cuanto fija como requisito para preacordar el reintegro de al menos la mitad del incremento patrimonial percibido y el aseguramiento del recaudo del valor restante, no se entiende cómo fue que esa suma terminó preacordada -por no decir, inventada- entre la fiscalía y el procesado en $50.000.000, sin más sustento que una genérica afirmación, según la cual *las prácticas de la justicia acusatoria* así lo permiten, olvidando que la existencia de la prueba pericial sobre el valor de la defraudación descartaba de plano la alegada dificultad probatoria; dificultad que, dicho sea de paso, no tuvo el fiscal a la hora de atribuirle al dr. **Charris Bravo** la defraudación de que fue víctima la secretaría de tránsito de la Paz en la audiencia de imputación y medida de aseguramiento[1].

Allí está configurada, entonces, la frontal y deliberada violación de la norma, pues el hoy procesado no solamente omitió inicialmente el mandato en ella contenido al ignorarlo del todo, sino que más adelante distorsionó los hechos y mal interpretó el alcance del precepto, de modo tal que hizo notoriamente nugatoria la obligación que de él se deriva, pues una desapropiación de recursos públicos,

[1] En ella, el fiscal, dr. Charris Bravo, mencionó la existencia de un interrogatorio rendido el 6 de septiembre de 2010 por una persona comprometida en los hechos, que se allanó a los cargos. La entrevistada expresó, en palabras del fiscal, que: "*yo si voy a hablar lo que pasó aquí, y esa plata la cogió Ariel, esa plata se le entregaba yo a Ariel, él salía con esa plata, se encerraba allá adentro con gente a buscar plata, y a mí me pagaba era él…*" (1hr, 14 min, audiencia concentrada). En la misma diligencia, el fiscal le atribuyó la defraudación al secretario de tránsito, pues fue este quien a través de la apertura de cuentas, de manera personal y valiéndose de terceros, recibió el producto de la defraudación.

calculada al principio de la actuación, en $500.000.000, y luego precisada en $165.781.590, terminó, por obra y gracia de una mal entendida justicia premial, en $50.000.000.

Y aun cuando es cierto que al acogerse el procesado Rojas Peraza a la sentencia anticipada se descartaba la práctica probatoria que habría de tener lugar en una audiencia de juicio oral, no lo es menos que ello no permite que las partes se puedan inventar o suponer los hechos, en contravía de los elementos de juicio existentes.

3.4. Por otra parte, no cabe duda de que el preacuerdo, en sus tres diferentes versiones, pacta con el procesado un doble beneficio prohibido por la ley.

La materialidad de esta circunstancia fue de sobra acreditada por el Tribunal, cuando advirtió que al procesado por peculado Rojas Peraza se le benefició con la exclusión del delito de falsedad, lo que naturalmente redundaría en una pena privativa de la libertad más favorable, y, adicionalmente, se convino la reducción del 40% de la pena a imponer.

Lo anterior surge sin dificultad del propio contenido del preacuerdo del 5 de octubre de 2010. Allí se lee lo siguiente:

> "*La pretensión punitiva de la fiscalía es la de que en el ejercicio de la individualización de la sanción se le imponga a Rojas Peraza una pena de OCHO MESES DE PRISIÓN que es el resultado de excluir el cargo específico de FALSEDAD EN DOCUMENTO PÚBLICO (CP. Art. 287) que se habría imputado en concurso y aceptar el cargo por el delito de PECULADO POR APROPIACIÓN AGRAVADO POR LA CUANTÍA (CP. Art. 398), cuyo rango mínimo está sancionado con ocho años de prisión, equivalente a 96 meses, así las cosas, en ese ámbito punitivo, será el mínimo que se tendrá en cuenta para fijar el mínimo legalmente previsto para ese delito, y respecto del cual se conviene una REBAJA del 40% de la pena imponible, quedando la pretensión punitiva de la fiscalía en 57 meses y 18 días de prisión…*" (sic).

Así las cosas, tuvo razón el *a quo*, cuando argumentó que la exclusión del delito de falsedad material en documento público le representaba al procesado Rojas Peraza un cambio favorable en relación con la pena a imponer, pues de esta manera la sentencia sería condenatoria solamente por el peculado por apropiación agravado por la cuantía. Por tanto, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 351, inciso 2°, el hoy procesado ha debido abstenerse de pactar el otorgamiento de una rebaja adicional del 40% de la pena a imponer.

El Tribunal, aun cuando halló acreditada en el comportamiento anterior la materialidad del prevaricato, no encontró demostrado el elemento subjetivo. Sobre este particular aspecto la Sala se ocupará más adelante; baste lo anterior para concluir, por el momento, que el indebido reconocimiento de un doble beneficio, junto al desconocimiento del mandato del artículo 349 del C. de P.

P., configuran, hasta ahora, dos de los reproches en que se funda la acusación contra el dr. **Edinson Danilo Charris Bravo**.

3.5. Tampoco cabe duda, como así mismo lo dedujo sin dificultad la Corporación de primera instancia, que en el preacuerdo celebrado entre el fiscal **Charris Bravo**, por un parte, y el procesado Rojas Peraza y su defensa, por la otra, se convino el sustituto penal de la prisión domiciliaria (artículo 38 del Código Penal), sin que dicho beneficio fuera procedente, puesto que no se cumplía el presupuesto objetivo, consistente en el monto de la pena privativa de la libertad que lo autoriza.

La norma trasgredida, el original artículo 38, numeral 1°, de la Ley 599 de 2000, disponía que:

> "*La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado... siempre que concurran los siguientes presupuestos: 1°. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco años de prisión o menos. 2°… 3°. …*".

No obstante la claridad del contenido del precepto, en el preacuerdo las partes pactaron que: "*como se ha llegado a un preacuerdo sobre los hechos imputados, también se ha convenido sobre las consecuencias, esto es, se ha preacordado, acordado o negociado, LA PRISIÓN DOMICILIARIA como sustituto de la prisión (CP. Art. 38)*".

De la anterior expresión se evidencia con nitidez que el entonces fiscal **Charris Bravo** advirtió en su momento que ya había acordado o negociado el episodio fáctico de manera favorable al imputado y que, adicional a ello, agregaba un beneficio más: el sustituto penal de la prisión domiciliaria. Dicho beneficio era a todas luces improcedente por el factor objetivo, esto es, el relativo a la cantidad de pena privativa de la libertad, pues la correspondiente al peculado por apropiación agravado era de mínimo 8 años de prisión, cifra que excedía los 5 años que, como límite máximo, permitía el beneficio.

Así las cosas, para la Sala la conducta del procesado **Charris Bravo** consistente en omitir y distorsionar la obligación de reintegrar el producto del incremento patrimonial recibido, la deducción de un doble beneficio y haber convenido el sustituto de la prisión domiciliaria, todo ello en el acta de preacuerdo que se confeccionó a lo largo de 9 meses, entre el 5 de octubre de 2010 y 8 de julio de 2011, dentro de la actuación por el delito de peculado por apropiación seguida contra el secretario de tránsito de La Paz (Cesar) Ariel Jesús Rojas Peraza, configuró el delito de prevaricato por acción, por violación de los artículos 349 y 352, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal, y artículo 38 del Código Penal.

3.6. La violación normativa –insiste la Corte- se evidencia sin dificultad, pues de la sola lectura de las normas que regulan el alcance de los preacuerdos, se

desprenden a las claras, sin necesidad de profundas elucubraciones o el complemento de la jurisprudencia, los siguientes lineamientos:

El texto de la ley establece que desde la audiencia de formulación de la imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación, obtenido el cual, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación. Lo anterior comporta una rebaja "*hasta de la mitad de la pena imponible*", bien porque el imputado se declare culpable por el delito que se le endilga, o bien por relacionado, sancionado con pena menor, a cambio de que el fiscal elimine de la acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico; o, tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena. Así lo consagran claramente los artículos 350 y 351 de la Ley 906 de 2004.

A su turno, el art. 351, incisos 2º y 3º, del mismo estatuto dice literalmente que el fiscal y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias, y si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, este constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Además, según el inciso 3º de la misma norma, en el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la

imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación.

El artículo 352 del C. de P. P. consagra claramente que también proceden los preacuerdos una vez presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, caso en el cual, según el inciso 2º de la norma, la pena imponible se reducirá en una tercera parte.

Finalmente, el inciso 4º del artículo 351 consagra que los preacuerdos celebrados entre la fiscalía y el imputado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales. El inciso 5º del mismo artículo dispone que aprobado el preacuerdo por el juez, procederá este a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente (CSJ, SP, 24764, 1º de junio de 2006).

Tal era el entendimiento que, sin necesidad de profundas disquisiciones o con la disculpa de encontrar el espíritu de la ley, el fiscal podía encontrar claramente en el texto legal. No obstante lo anterior, se mantuvo e insistió en apartarse de su contenido, y es así como elabora un preacuerdo manifiestamente ilegal.

3.7. Los restantes hechos deducidos en la acusación como constitutivos de prevaricato no se configuran:

El relativo a la no inclusión en el preacuerdo de la figura del delito continuado y el consiguiente incremento punitivo (parágrafo del artículo 31 del Código Penal) carece de sustento.

Ello es así porque una atenta escucha a la audiencia de imputación realizada el 17 de septiembre de 2010, permite concluir que el fiscal no dedujo esa figura.

Es cierto que en dicha diligencia el hoy procesado citó el artículo 31 del C. Penal; también lo es que identificó unas cuantas de una multiplicidad de defraudaciones, y aclaró que imputaba un solo delito de peculado para no imputar miles de ellos, circunstancia que sugiere el presupuesto fáctico del delito continuado, de que trata el parágrafo del artículo 31 del Código Penal.

Pero también lo es que por parte alguna consta que el entonces fiscal hubiera precisado la consecuencia punitiva de esta modalidad, que no era otra que el incremento de la tercera parte de la pena; tampoco aparece con nitidez que hubiera indicado la mayor gravedad de la conducta cuando se comete de manera continuada, menos aún citó textualmente (aunque esto no fuera estrictamente necesario) el fenómeno del delito continuado como modalidad de concurrencia de conductas punibles, ni el parágrafo del artículo 31 de la Ley 599 de 2000.

Lo que de allí se infiere es la elaboración de una imputación imprecisa y descuidada, al menos en el aspecto

relativo a la modalidad de comisión del hecho, lo que impide deducir con certeza que la omisión en el preacuerdo del delito continuado y sus consecuencias constituyera una irregularidad.

Dicha conclusión se refuerza por el hecho de que la mención, por el fiscal **Charris Bravo**, del artículo 31 del estatuto penal sustantivo tuvo por objeto precisar el fundamento jurídico del concurso de delitos, integrado por la falsedad material en documento privado y el peculado por apropiación, sin que hiciera alusión alguna al parágrafo de la norma, que trata del delito continuado.

Obsérvese, además, que en acta del preacuerdo se menciona que el procesado Rojas Peraza "*admite su culpabilidad frente a la imputación fáctica y jurídica que le hiciera la Fiscalía… el 17 de septiembre del presente año*". Pues bien, la Corte reitera que en dicho acto procesal nada se dijo de la imputación jurídica del delito continuado, y su deducción fáctica resulta dudosa, pues no se evidencia que el fiscal hubiera exteriorizado claramente su intención de imputar esa modalidad de concurrencia de conductas punibles.

Y aun cuando es cierto que en esta actuación procesal se estipuló (al punto No. 8) que: "*en la audiencia de imputación del 17 de septiembre de 2010 (se) manejó la tesis del delito continuado…*", tal afirmación puede entenderse en el sentido de que el fiscal, al hacer referencia

a las innumerables defraudaciones y a su decisión de imputar un solo delito de peculado, pudo haber sugerido el instituto del delito continuado; no obstante lo anterior –insiste esta Colegiatura- la imputación jurídica, así como sus consecuencias, evidentemente no se configura.

Por otra parte, dígase que el acusador -hoy parte apelante-, en escrito radicado el 31 de marzo de 2014, le atribuyó al procesado **Charris Bravo** haber desconocido "*el artículo 348 de la Ley 906 de 2004, pues no se dijo por qué se preacordaba, no se dijo cuál de esas cinco finalidades de ese instituto se daba con el fin de aprestigiar a la justicia*".

Al respecto, es preciso decir que en verdad el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal consagra los principios orientadores que deben guiar la elaboración de los preacuerdos.

El fin de los preacuerdos, así lo enseña el mencionado precepto, es humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, en armonía con los principios constitucionales y fines perseguidos con el sistema procesal penal de tendencia acusatoria.

Tales lineamientos no son solamente un catálogo de buenas intenciones, sino que deben verse reflejados en los términos, alcance, aplicación y efectos del preacuerdo; su cumplimiento no se satisface con la sola mención del contenido de la norma que los consagra, ni con la cita vacua y apenas formal de una u otra de las finalidades previstas en la norma.

Aun cuando, naturalmente, un preacuerdo elaborado de manera prolija y rigurosa debería expresar de manera precisa sus finalidades, lo relevante es que de su contenido material se deriven elementos de juicio que permitan ver de qué manera se concreta y aprestigia el valor justicia, en qué forma se consigue la humanización de la pena, cómo con el preacuerdo en verdad se soluciona el conflicto social generado por el delito y se provee eficazmente a la reparación integral de los perjuicios ocasionados por este, o, en fin, de qué manera con esta modalidad de la justicia premial el procesado logra participar en la definición del caso.

Dicho lo anterior, lo que se observa en el caso presente es que el fiscal **Charris Bravo**, aparte de enunciar las finalidades reseñadas en el artículo 348 de C. de P. P., mencionó que el monto de la pena se compadecía con la gravedad del comportamiento, reiteró que una de las finalidades de los preacuerdos es humanizar la pena, y que con los puntos del preacuerdo la administración de justicia y la administración pública salían aprestigiadas.

Así lo expresó el hoy procesado, al sustentar la presentación del preacuerdo ante la juez de conocimiento. En esa oportunidad expresó lo siguiente:

> *"Entonces así está redactado en el documento que por su venia y por su sugerencia, para evitar suspicacias, efectivamente hay que evitar suspicacias en esto, porque los fines de los preacuerdos es humanizar, pero también lograr el prestigio de la administración de justicia y de la administración pública en términos generales, este es el objeto, porque no es irnos a un juicio cuando tenemos la posibilidad de hacer este tipo de negociaciones dentro de un marco de legalidad (…) quedando la pretensión punitiva de la fiscalía acordada de manera definitiva en 57 meses y 18 días de prisión , monto de la pena que se compadece con la gravedad del comportamiento concreto, no solo por su expresión objetiva sino porque refleja el sometimiento del imputado a la justicia e implica menor reprochabilidad en el ámbito de la discrecionalidad racional de la pena… Puede que no sea el preacuerdo perfecto, pero en algo estamos logrando la finalidad de la figura del preacuerdo, la justicia negocial como tal, hemos humanizado, actuamos dentro de la actuación procesal no sería fácil, sería una tarea dispendiosa, porque es caso por caso, usuario por usuario a fin de establecer el monto… con esto qué queremos, una pronta y cumplida administración de justicia … pero lo que corresponde al señor Ariel de Jesús Rojas Peraza considera la fiscalía que están dados los presupuestos para que este preacuerdo se finiquite " (fls. 47, 36 y 48, carpeta de pruebas).*

Así las cosas, se tiene que -aunque de manera superficial y escasamente desarrollada- el entonces fiscal hizo referencia a la finalidad del preacuerdo, cual sería, en líneas generales, el aprestigiamiento de la justicia y de la administración pública, así como la humanización –sin especificar qué fue lo que se humanizó mediante el preacuerdo.

De manera, entonces, que esta particular conducta atribuida por la fiscalía al hoy procesado no se configura, pues la mención de la finalidad del preacuerdo, aun cuando bien deficiente, se deduce del escrito. Pero lo relevante, insiste la Corte, no es que en casos como este se enuncie la finalidad del preacuerdo, a través de la expresa mención de alguna, varias o todas las finalidades que consagra el artículo 348 de la Ley 906 de 2004, sino que tales propósitos asomen de manera implícita de los propios términos del preacuerdo.

Esto último evidentemente no ocurrió en el caso presente, pues, paradójicamente, el aprestigiamiento de la justicia es la finalidad de los preacuerdos que aquí más salió lesionada. Ello es así porque el preacuerdo en estudio no configura otra cosa que el desconocimiento y la burla a cualquier intento de solucionar el asunto de manera justa, en la medida en que se desarrolló sobre una sumatoria de improcedentes beneficios que desconocieron la gravedad de los hechos objeto de acusación, y sus nocivas consecuencias.

No obstante lo anterior, reprochar genéricamente el incumplimiento de las finalidades de los preacuerdos configuraría en este momento un doble juzgamiento, puesto que las particulares conductas en que se plasma ese desconocimiento (la violación de los artículos 349 y 351, inciso 2º, del C. de P. P. y el 38, numeral 1º, del C.

Penal), fueron deducidas en la acusación y son ahora precisamente las que fundan la responsabilidad del dr. **Charris Bravo** por el delito de prevaricato por acción.

Queda así, entonces, acreditada la materialidad de las conductas que configuran el delito de prevaricato por acción.

3.8. Resta por determinar si, al contrario de lo que concluyó el Tribunal en primera instancia y pregona la defensa, el elemento subjetivo de la conducta encuentra acreditación.

La respuesta a dicha cuestión es positiva.

Lo que los hechos demostrados dejan ver es la insistencia del entonces funcionario judicial por elaborar un preacuerdo al margen de los mandatos legales. Ello es evidente, porque aun frente a las advertencias de la juez de conocimiento, el entonces fiscal insistió tercamente en mantener los términos del desatinado preacuerdo, en especial en lo que tiene que ver con el requisito del reintegro de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

En efecto, en medio de un extenso intercambio de opiniones sobre este particular tema, la juez, en el intento de comprender el alcance de los exóticos términos en que se haría el reintegro, acotó lo siguiente:

> "*Pero es que, perdón doctora, lo que pasa es que las partes no pueden hacer el acuerdo por fuera de la norma, si la norma me dice que el reintegro es del cincuenta por ciento de lo apropiado, es del cincuenta por ciento de lo apropiado, entonces ustedes están diciendo, -no es que nosotros convinimos un reintegro del cincuenta por ciento de la mitad de lo apropiado- eso ya es una posición de usted que no está dentro del marco legal, la norma dice que reintegren el cincuenta por ciento de lo apropiado y debe ser el cincuenta, perdón doctor ya lo leímos, me parece que la norma es clara, me parece que el artículo 349 no ofrece duda cuando dice que no se podía celebrar el preacuerdo con la fiscalía hasta tanto se reintegre el cincuenta por ciento…*" (fl. 41, carpeta de pruebas)

No es, pues, que en la elaboración del preacuerdo la parte acusadora se hubiera acogido el mandato del artículo 349 de la Ley 906 de 2004 y que la discusión se hubiera centrado solamente en el monto a reintegrar. No. Si se mira el contexto de la situación, no se puede perder de vista que inicialmente el fiscal, dr. **Charris Bravo**, hizo caso omiso de la norma, no obstante que en la audiencia concentrada de imputación dijo, en cinco oportunidades, que el monto de lo apropiado era cercano a los $500.000.000 y la prueba científica, oportunamente conocida, precisó ese valor en $165.781.590.

Tampoco se puede olvidar que la advertencia reseñada en precedencia sobre la improcedencia de los términos del reintegro fue realizada por la juez de la causa en la audiencia de verificación del preacuerdo celebrada el 6 de diciembre de 2010, y que para el 8 de julio de 2011 el fiscal hoy procesado no solamente la desatendió, sino que,

en lugar de tratar de acertar -como lo asegura el Tribunal- ahondó en ella, al consignar en el preacuerdo que la totalidad de lo percibido ya no era de $100.000.000, sino de $50.000.000.

Lo anterior, no corresponde a un simple y eventualmente comprensible mal entendimiento de la norma o de la institución jurídica, sino a una manifiesta intención de apartarse de su texto, pues lo que sugiere tan benévolo conjunto de beneficios pactados, y la insistencia del entonces fiscal en apartarse cada vez más del precepto legal, es que el procesado por el delito de peculado, Ariel de Jesús Rojas Peraza, solamente habría estado dispuesto a reintegrar $50.000.000, de manera que el preacuerdo se elaboró de forma tal que se confeccionó un amañado y arbitrario cálculo del incremento patrimonial percibido, para así asegurar a toda costa el éxito del preacuerdo.

Que la juez de conocimiento al final hubiera declarado superado el *impasse* no convierte en legal lo que evidentemente no lo fue.

Ahora bien, sin desconocer las interpretaciones normativas a las que naturalmente puede dar lugar la aplicación de un novedoso instituto procesal (en este caso el de los preacuerdos, como modalidad de la justicia premial), ni que el sistema acusatorio entró a regir en el departamento del Cesar, sede territorial del fiscal **Charris Bravo**, en el año 2008, no se puede perder de vista que el

tema de los preacuerdos no era novedoso en la jurisprudencia de la Corte para los años 2010 y 2011, pues del mismo se viene tratando de manera continua desde al menos los años 2006 y 2007.

En todo caso, lo cierto es que, al margen de la jurisprudencia que ha desarrollado el tema de los preacuerdos, en este caso la violación no consiste en el desconocimiento de uno u otro precedente, sino del propio texto literal de las normas que regulan el tema.

Por tanto, no es del caso admitir que por ser el primer preacuerdo que habría celebrado el fiscal, no saberse con exactitud en cuál rama del derecho penal ejercía la docencia, o no haber tenido una capacitación específica sobre ese tema, entonces se hace comprensible la inaplicación y desconocimiento normativo, pues tal no puede ser la consigna a seguir por un servidor judicial, sujeto a especialísimos deberes de sujeción que lo obligaban a ejercer su función de la mejor manera posible, al margen de deleznables excusas que de ninguna manera le imposibilitaban acogerse a los preceptos legales.

Y no se diga que sería justificable que el fiscal no conociera las normas pertinentes al caso, pues es la mínima preparación que se le exige a quien cumple el rol acusador en el procesado penal si aspira a presentar exitosamente un preacuerdo a la judicatura; y si acaso se aceptara -en gracia a discusión- que la enorme

complejidad del asunto, unido a falta de capacitación del funcionario (afirmación esta última que se opone a su ponderada intervención en la audiencia concentrada y a su trayectoria de más de 10 años como profesor universitario en derecho penal), sobrepasaban con creces sus posibilidades de entendimiento, lo cierto fue que dispuso de más de nueve meses -desde el 5 de octubre de 2010 hasta el 8 de julio de 2011- para actualizar el conocimiento de los preceptos, pero, en lugar de ello, se mantuvo y ahondó en las falencias del ilegal preacuerdo.

Por otra parte, la prueba permite concluir que el hoy procesado, cuando fungió como fiscal del caso contra el secretario de tránsito de La Paz, Ariel de Jesús Rojas Peraza, conocía perfectamente el contenido de la norma que regula la concesión de rebajas por aceptación de cargos, y sabía que si dicha acción se realizaba con posterioridad a la acusación la rebaja de la pena sería de la tercera parte y no del 40%.

Así lo expresó el dr. **Charris Bravo** en el minuto 49 de la audiencia de formulación de imputación:

> *"El artículo 351, señor Rojas Peraza, prevé un descuento punitivo. Si usted acepta que cometió la conducta punible usted se verá beneficiado con un descuento de hasta con el 50% de la pena a imponer, eso lo dice la norma, y yo debo hacer uso de la norma, artículo 351. Eso lo puede obtener desde ahora hasta antes de que se presente el escrito de acusación. Si usted deja vencer este momento procesal no tiene ese 50% de descuento, sino una tercera parte, va disminuyendo de acuerdo al momento*

procesal en que quiera aceptar los cargos, si lo hace allá en el juicio es de una sexta parte…".

Lo anterior permite concluir, insiste la Corte, que el hoy procesado no desconocía la norma que regula las rebajas, ni el contenido del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, al cual, según dijo en la audiencia concentrada, "*debo hacer caso*". Por tanto, si el fiscal, dr. **Charris Bravo**, mostró que tenía ese conocimiento, entonces resulta claramente deliberado y arbitrario que a la hora del preacuerdo hubiera convenido y consignado una rebaja bien distinta y superior a la legal.

Lo propio sucede con el convenio sobre el sustituto penal de la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38 del Código Penal, pues frente a la claridad del requisito objetivo que la hace procedente, el fiscal, sin mayor argumento serio y de manera deliberada y caprichosa, lo desconoció. De esta manera se configura el ingrediente doloso de la conducta, pues conociendo el agente la normativa que debía regir el caso se abstuvo de acogerse a ella para así presentar a la judicatura un preacuerdo claramente ilegal.

Razón tuvo el Tribunal de Valledupar cuando, en providencia de segunda instancia del 16 de agosto de 2011, llamó la atención de la fiscalía, toda vez que "*de acuerdo con el criterio ordinariamente usado para los preacuerdos o negociaciones, se observa que es en exceso dadivosa con la defensa y el procesado, otorgando enormes*

concesiones y como ha quedado visto, superando la legalidad".

No era aceptable, entonces, desde ningún punto de vista, semejante cúmulo de beneficios, como los fijados por el Fiscal 12 Seccional de Valledupar en el preacuerdo suscrito con la defensa del procesado Ariel de Jesús Rojas Peraza.

Dicha conclusión se funda en que ya desde mucho antes de la confección del aludido documento en sus tres variaciones, la jurisprudencia de la Corte (CSJ, SP, 12 de septiembre de 2007, rad. 27759) tenía dicho, a propósito del estudio de un preacuerdo celebrado en época tan remota como septiembre de 2005 (lo que, de paso, descarta la supuesta novedad del tema que alegan la defensa y el Tribunal), que en casos como este, una vez establecida la imputación, se procedería según los siguientes lineamientos:

> "*Podrá -el fiscal- de manera consensuada, razonada y razonable excluir causales de agravación punitiva, excluir algún cargo específico o tipificar la conducta dentro de la alegación conclusiva de una manera específica con miras a morigerar la pena y podrá –la defensa, la fiscalía, el Ministerio Público y las víctimas- mensurar el costo / beneficio del preacuerdo".*
>
> *"Todo ello dentro de la legalidad, dentro de márgenes de razonabilidad jurídica, es decir, sin llegar a los extremos de convertir el proceso penal en un festín de regalías que desnaturalizan y desacreditan la función de Administrar justicia, en un escenario de impunidad, de atropello a la verdad y al derecho de las víctimas de conocer la verdad*".
>
> "*El parámetro de la negociación de los términos de la imputación no es la impunidad; el referente del fiscal y de la*

defensa es la razonabilidad en un marco de negociación que no desnaturalice la Administración de justicia".

En estas condiciones, surge nítida no solamente la materialidad de las conductas atribuidas y su correspondencia con el delito de prevaricato, sino la lesión a la administración de justicia, bien jurídico protegido por el artículo 413 del Código Penal, puesto que la administración pública, en su faceta atinente a la solución de los conflictos sociales, la cual se plasma en el deber estatal de la recta impartición de justicia, se vio afectada, en la medida en que, con su conducta, el hoy procesado promovió un preacuerdo ajeno a las finalidades que deben guiar su implementación, indiferente ante a los principios rectores del proceso penal acusatorio de transparencia, legalidad y restablecimiento del derecho (artículos 5º, 6º y 22 de la Ley 906 de 2004) y, por lo mismo, desconocedor del orden justo, como una de las finalidades esenciales del Estado.

4. **Punibilidad**

La fiscalía, en el escrito de acusación y su posterior formulación, le atribuyó al procesado la comisión del delito de prevaricato por acción (artículo 413 del C. Penal), con pena mínima de 4 y máxima de 12 años de prisión (48 a 144 meses), y multa de 66,66 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo que permite concluir que incluyó el

incremento punitivo introducido por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Así las cosas, comoquiera que no se dedujo ninguna causal de mayor punibilidad de las previstas en el artículo 58 del Código Penal y se reconoció la de menor punibilidad consagrada en el 55, numeral 1° (carencia de antecedentes penales), del mismo estatuto, no cabe duda que la pena principal de prisión habrá de ubicarse en el cuarto mínimo de punibilidad (artículo 61 del C. Penal, inciso 2º), que abarca desde los 4 hasta los 6 años de prisión, toda vez que el ámbito punitivo de movilidad es de 8 años y, por consiguiente, cada uno de los cuartos de punibilidad tiene una duración de dos años.

Determinado lo anterior, la Corte, con fundamento en los criterios plasmados en el inciso 3º del artículo 61 del C.P., acogerá el límite inferior y, en consecuencia, fijará la pena privativa de la libertad en 4 años de prisión. Lo anterior, por cuanto no se puede afirmar que la conducta desplegada hubiera generado un importante impacto en la sociedad y, además, lo cierto fue que la presentación ante la judicatura de un preacuerdo irregular, aparte de la mora que supuso prolongar innecesariamente la fase de la verificación del preacuerdo, al final fue advertida por el Tribunal de Valledupar, que dispuso la correspondiente compulsa de copias.

Por iguales motivos, la pena principal de multa habrá de ser individualizada en el mínimo, esto es, en el valor equivalente a 66,66 salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena, también principal, de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, establecida por el artículo 413 de la Ley 599 de 2000 -precepto modificado por el art. 14 de la Ley 890 de 2004- entre un mínimo de 80 hasta un máximo de 144 meses, será fijada en el límite inferior, esto es, 80 meses, con los efectos consagrados en el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución Política, modificado por el artículo 4º del Acto Legislativo No. 1 de 2009 (CSJ, SP. 9 de junio de 2013, rad. 36511).

Ahora bien, en virtud de lo normado en el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, el procesado, dr. **Charris Bravo**, no tendría derecho al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni al sustituto penal de la prisión domiciliaria, pues dicho precepto, que modifica el artículo 68A del Código Penal, contiene expresa prohibición en ese sentido: "*No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley… Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública…*".

No obstante lo anterior, para la época de los hechos, los cuales acaecieron entre el 5 de octubre de 2010 y el 8 de julio de 2011, no estaba vigente dicho precepto; pero sí lo estaba el artículo 28 de la Ley 1453 del 24 de junio de 2011, también modificatorio del 68A del Código Penal, que contenía una prohibición similar: "*No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión… cuando haya sido condenado por uno de los siguientes delitos: …prevaricato por acción y por omisión…*".

Por tanto, en atención a lo dispuesto en el artículo 68A del C. Penal, con la modificación introducida por el artículo 28 de la Ley 1453 de 2011, la Corte no concederá a favor del procesado el subrogado de la ejecución condicional de la sentencia ni el sustituto de la prisión domiciliaria.

A través de la Secretaría de la Corte expídase la **orden de captura** contra el procesado, para el cumplimiento de la condena.

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

R E S U E L V E

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia de fecha 15 de julio de 2015, por medio de la cual el Tribunal Superior de Valledupar absolvió al dr. **Edinson Danilo Charris Bravo**, en su condición de Fiscal 12 Seccional de Valledupar, por el delito de prevaricato por acción.

2. Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** al dr. **Edinson Danilo Charris Bravo** a las penas principales de 4 años de prisión, multa equivalente al valor de 66,66 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término de 80 meses, con las previsiones consagradas en el artículo 122, inciso quinto, de la Constitución Política, como autor penalmente responsable del delito por el que fue acusado.

3. **NEGAR** al procesado dr. **Edinson Danilo Charris Bravo** el subrogado de la ejecución condicional de la sentencia y el sustituto penal de la prisión domiciliaria.

4. **EXPÍDASE** la **orden de captura** contra el procesado, para el cumplimiento de la condena.

5. Comuníquese esta decisión a las autoridades competentes, conforme el mandato legal.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
Presidente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

ACLARACIÓN DE VOTO

Sentencia segunda instancia 25-11-2015

Radicado. 46688

Procesado: EDINSON DANILO CHARRIS BRAVO

Delito: Prevaricato por acción.

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 8º 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 contario 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 hacía 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.

A***cerca 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 4º 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 inexequible 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 realza 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 afrentaba 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 2º inciso 2º, 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 abrevar 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 1º 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*»[2] 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).

[2] Ibídem.

El texto definitivo quedó así:

Artículo 178-A-. Los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del 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*»[3]. 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.

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*»[4].

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.

[3] En World Wide Web, https://www.transparency.org/glossary/term/corruption.

[4] Sentencia C – 434 de 2013.

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 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 Internacional University, Miami, 1999, pág. 85, citando a Wessels J/Hettinger, M. Strafrecht Besonderer Teil. 1. Straftaten gegen Persönlichkeits - und Gemeinschaftsweete, 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 postreramente 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