



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

JORGE EMILIO CALDAS VERA
ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrados Ponentes

SEP 096-2022
Radicación N° 00383
Aprobado mediante Acta No. 81

Bogotá, D. C., tres (03) de agosto de dos mil veintidós
(2022)

ASUNTO

Cumplidas las previsiones de la ley 906 de 2004, y una vez ha cobrado firmeza el auto de aprobación del preacuerdo, mediante el cual se produjo la aceptación de cargos, procede la Sala a dictar sentencia en contra de RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR, ex magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba, como coautor del delito de prevaricato por acción y autor del delito de prevaricato por omisión, con las circunstancias de agravación punitiva referidas en los numerales 9 y 10 del artículo 58 del Código Penal.

IDENTIDAD DEL PROCESADO

RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR, identificado con la cédula de ciudadanía número 8.317.541, expedida en Medellín (Antioquia), nació el 3 de junio de 1951 en San Marcos (Sucre), hijo de Elvira Dumar y Ramón Jaller, de 71 años de edad, estatura 1.70 metros, estado civil casado, con grado de instrucción universitario de abogado, residente en la Carrera 1ª N° 70-40 apto 1002 Edificio Río Ventó del Barrio El Recreo de Montería (Córdoba).

LOS HECHOS

La imputación fáctica respecto de la cual el procesado aceptó cargos es la siguiente:

RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR, como magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba, en compañía del también magistrado Miguel Alfonso Mercado Vergara – quien es investigado por separado –, dispuso sin fundamento legal y probatorio el archivo de la investigación disciplinaria que se seguía en contra de la Juez Civil del Circuito de Lorica, Isabel Loreley Montes Oyola mediante auto del 31 de agosto de 2011.

En un escrito presentado al Ministerio de Educación por la entonces gobernadora de Córdoba, Martha Sáenz Correa, se puso en conocimiento que, a través de decisiones judiciales, el Juzgado Civil del Circuito de Lorica estaba concediendo derechos pensionales a personas que no cumplían los requisitos exigidos por la ley para ello. Por esta razón, los recursos del departamento

- administrados por la Fiduciaria La Previsora S.A. - habían sido embargados, causando un daño patrimonial al ente territorial. Este escrito fue remitido al Consejo Seccional de la Judicatura para lo de su competencia.

Mediante auto del 1° de abril de 2011, el aquí imputado asumió el asunto, dispuso abrir indagación y decretó, como única prueba, requerir a la investigada para que enviara un informe sobre los hechos por los cuales se iniciaba dicho proceso. Con base exclusivamente en este elemento, se emitió el auto de archivo el 31 de agosto posterior.

En la actuación - desde el 1° de abril hasta el 31 de agosto de 2011 -, RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR omitió declararse impedido para conocer el asunto, pues no sólo su esposa, Catherine Carine Cogollo Reina, había participado como apoderada en uno de los procesos cuestionados, sino que entre la Juez Isabel Loreley Montes Oyola y él existía una estrecha amistad, lo cual le impedía actuar con la imparcialidad debida.

ANTECEDENTES

1. Actuación procesal

El 19 de noviembre de 2020 el Fiscal 11° Delegado ante esta corporación formuló imputación en contra del ex magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura, RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR, como presunto coautor del delito de prevaricato por acción y como autor del delito de prevaricato por omisión, junto

con las causales de mayor punibilidad consagradas en los numerales 9 y 10 del artículo 58 del Código Penal.

A través de escrito radicado en esta Corporación el día 22 de febrero de 2021, la Fiscalía puso en consideración el preacuerdo celebrado con el acusado y la defensa técnica, en virtud del cual JALLER DUMAR acepta los términos de la imputación fáctica por los delitos de prevaricato por acción y prevaricato por omisión, con las circunstancias de mayor punibilidad consagradas en los numeral 9 y 10 del artículo 58 le fueron endilgadas – la doble agravante únicamente respecto del primer punible –. En virtud de ello, recibe como único beneficio la concesión de la prisión domiciliaria como sustituto de la pena de prisión.

Es preciso advertir que este preacuerdo también lo suscribió la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, que ha sido reconocida como presunta víctima.

2. Términos del preacuerdo

En desarrollo de la audiencia celebrada el 26 de agosto de 2021, la Fiscalía y la defensa ratificaron los términos expresados en el acta de preacuerdo suscrita.

Indicaron que, en la audiencia en la que se imparta legalidad al preacuerdo, el procesado deberá pedir perdón a la sociedad colombiana, al departamento de Córdoba y a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. Además de expresarlo en la audiencia, hará llegar un escrito que contenga esas

manifestaciones de arrepentimiento al despacho del Gobernador y a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

El ente acusador puso de presente que de la investigación no se estableció incremento patrimonial como consecuencia de la comisión de las conductas punibles objeto de preacuerdo, acorde con las exigencias del artículo 349 de la Codificación Procesal de 2004.

En cuanto al monto de la pena a imponer, se advirtió que el mismo no hizo parte de la negociación, quedando a discrecionalidad de la Sala, únicamente se acordó el de la sustitución de la pena de prisión intramural en establecimiento carcelario por la modalidad de prisión domiciliaria, como beneficio por la aceptación de cargos.

3. Audiencia de verificación y aprobación de la aceptación de cargos

En sesión de 29 de marzo de 2022, luego de verificar que el acusado RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR aceptó los términos del PREACUERDO en forma libre, consciente y voluntaria, debidamente informado y asesorado por su defensor, dentro del marco de observancia pleno de sus garantías fundamentales, le impartió aprobación al mismo, decisión que cobró firmeza, habida cuenta de la conformidad que frente a ella expresaron las partes.

En dicha decisión, la Sala consideró cumplidos los presupuestos consagrados en el título segundo del libro tercero

de la Ley 906 de 2004, exigidos para la aprobación del preacuerdo, correspondientes a la identificación de los hechos jurídicamente relevantes que enmarcan los delitos de prevaricato por acción y por omisión y los soportes probatorios que permiten inferir la autoría o participación en las conductas punibles aceptadas, así como su tipicidad, acreditan el grado de conocimiento requerido para condenar¹.

Finalmente, todas las partes manifestaron estar de acuerdo y consideraron que efectivamente se dio cumplimiento a lo pactado en el preacuerdo.

4. Traslado del artículo 447 Ley 906 de 2004

En sesión del 29 de marzo de 2022, se surtió el traslado del artículo 447 a los intervinientes, quienes expusieron los siguientes planteamientos:

4.1.- La Fiscalía

Manifiesta que el procesado padece de una serie de afecciones cardíacas, las cuales le generan un síndrome coronario agudo secundario, según lo referido por el médico tratante.

Señala que JALLER DUMAR es padre cabeza de familia de dos menores hijos de aproximadamente 8 años de edad, quienes dependen económica y afectivamente de él, mientras que su

¹ Ley 906 de 2004 Artículo 327 La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

cónyuge indica que se encuentra en prisión domiciliaria y presenta cuadro psiquiátrico delicado conforme lo concluyen sus galenos.

Agrega que el acusado no podrá colocar en riesgo a la sociedad, ni obstruir el ejercicio de la justicia, ni tampoco reiterar los comportamientos por los que está siendo procesado, en tanto que hace más de 6 años dejó el cargo que ostentaba como magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura de Montería y el mismo no cuenta con antecedentes penales ni de carácter disciplinario.

Por último, estima que las relaciones individuales, sociales y familiares del procesado, soportan el único beneficio producto del preacuerdo que es la prisión domiciliaria, concesión que es razonable y legal, dejando al justo criterio de legalidad la tasación de la pena a la Sala.

4.2.- Apoderado de la presunta víctima Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Ratifica estar de acuerdo con lo expuesto por el ente acusador y que no es su deseo agregar algo más.

4.3.- La Defensa

Indica que su prohijado es una persona de la tercera edad, con múltiples y graves afectaciones a su salud, ya que padece de una enfermedad coronaria de tronco principal y adicionalmente sufre de un tumor maligno en la pared lateral de la vejiga,

patologías que han impactado de forma negativa en su salud mental impidiéndole desarrollar sus actividades de forma funcional.

Manifiesta que, en cuanto a las circunstancias familiares, su prohijado tiene dos hijos de 8 años, los cuales se encuentran a su cuidado y dependen económicamente de él, en tanto que su esposa padece de depresión, como consecuencia de la pena privativa de la libertad impuesta en su domicilio.

Menciona que la Fiscalía le imputó a su prohijado dos circunstancias de mayor punibilidad consagradas en el artículo 58 del Código Penal; la primera, consignada en el numeral 9 que hace referencia a *"la posición distinguida que el sentenciado, ocupa en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración poder, oficio o ministerio"*, frente a la cual indica que resulta improcedente su configuración, toda vez que la condición de su cargo se encuentra contenida en el tipo penal del prevaricato, razón por la cual su aplicación podría vulnerar el principio de *non bis in idem*.

La segunda, la del numeral 10 consistente en *"obrar en coparticipación criminal"*, expresa que el ente acusador le imputó a su prohijado el delito de prevaricato por acción a título de coautoría, lo que constituye a su criterio una indebida imputación al admitir su comisión, toda vez que se trata de un delito de los que se denominan infracción al deber o de propia mano. La Corte Suprema de Justicia ha indicado que un tipo penal recoge una conducta de propia mano, cuando solo el sujeto agente está en condiciones de ejecutarla personal y materialmente sin que otra persona pueda realizarla en su lugar.

Señala que en el actuar del procesado se predicen dos circunstancias de menor punibilidad previstas en el numeral 1° y 10 del artículo 55 del Código Penal, toda vez, que su procesado no cuenta con antecedentes penales, fiscales, ni disciplinarios; por ello, sugiere que al momento de tasar la pena se establezca en el primer cuarto punitivo y se fije en 51 meses, teniendo en cuenta dichas circunstancias, la aceptación de cargos y que la conducta que se está sancionando sucedió aproximadamente hace 10 años, que la misma no configuró un incuantificable deterioro a la confianza de la ciudadanía hacia la judicatura.

Agrega que su proceder no generó un impacto a nivel regional o nacional, ni se configuró un daño inconmensurable a la comunidad o a los parámetros normativos que la orientan, sin que exista riesgo de reiteración de la conducta, habida cuenta que estando pensionado no ostenta el cargo en desarrollo del cual se le endilgan las conductas punibles y que no volverá a ejercer cargos públicos de ningún tipo.

Solicita se le aplique la rebaja del 50% de acuerdo a la etapa en la que iniciaron las conversaciones para la aceptación y su materialización antes de la presentación del escrito de acusación, aclara que no sería un doble beneficio, en tanto que la rebaja que prevé el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal es por ley y no acordada por la Fiscalía.

Por lo anterior, sugiere que la pena privativa de la libertad a imponer sea de 25 meses y 15 días y que para el cumplimiento de ella sea concedida la prisión domiciliaria en la ciudad de Montería,

dadas las condiciones de salud del acusado y lo pactado en el preacuerdo.

4.4.- El Procesado

Alude que coadyuva en su totalidad la petición realizada por su abogado defensor.

4.5.- El Ministerio Público

Manifiesta que se encuentra de acuerdo íntegramente con la solicitud presentada por el ente acusador.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De la competencia

La Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, es competente para proferir sentencia dentro de este proceso seguido contra RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR, de conformidad con el artículo 235-5 de la Carta Política, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018, que radica en ella la competencia para juzgar previa acusación del Fiscal General de la Nación, entre otros funcionarios, a los magistrados del Consejo Seccional de la Judicatura, cargo que desempeñaba el procesado al momento de ocurrencia de los hechos materia de pronunciamiento.

2. De los delitos objeto de acusación

Se imputó a **RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR** *"como coautor del delito de prevaricato por acción y autor del delito de prevaricato por omisión, con las circunstancias de agravación punitiva referidas en los numerales 9 y 10 del Artículo 58 del Código Penal."*

3. Del prevaricato por acción

El artículo 413 del Código Penal, consagra el delito bajo el siguiente tenor literal:

"Artículo 413. Prevaricato por acción. *El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) Salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses".*

Teniendo en cuenta las tres categorías mencionadas, respecto al delito de prevaricato por acción, se exigen los siguientes elementos del tipo: (i) un sujeto activo calificado (servidor público), (ii) que obre en ejercicio de sus funciones, (iii) que expida resolución, dictamen o concepto, y, (iv) que lo último resulte manifiestamente contrario a la ley. Con este entendimiento, respecto de tales elementos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado (sentencia 39.751 del 21 de agosto de 2013):

"i) El sujeto activo del delito de prevaricato por acción es calificado, para cuya comisión se requiere la calidad servidor público

en el autor, aspecto que no ofrece ningún tipo de controversia en el sub judice.

ii) Que aquel servidor público en ejercicio de sus funciones emita la resolución, dictamen o concepto; entiéndase por resolución aquella que no es solamente la providencia emitida por autoridad judicial sino también por funcionario administrativo, en ejercicio uno u otro de sus respectivas atribuciones; y no necesariamente ha de presentar los caracteres formales de auto interlocutorio o de sentencia, lo que importa es que en ella el empleado oficial decida algo en ejercicio de su función.

iii) Que la decisión adoptada bien sea resolución, dictamen o concepto sea "manifiestamente contraria a la ley" es decir que aquella tenga una notoria discrepancia entre lo decidido por un funcionario público y lo que debió decidir, o como tantas veces se ha dicho, que exista una contradicción evidente e inequívoca entre lo resuelto por el funcionario y lo mandado por la norma".

El entendimiento del concepto "manifiestamente contrario a la ley", apunta a que lo decidido carezca de raciocinio, o que, existiendo éste, se muestren conclusiones opuestas a lo que evidencian las pruebas o la ley aplicable al caso, de manera tal que el reconocimiento hecho derive en arbitrario y caprichoso, pues proviene "de una deliberada y malintencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico"; así, la "palmaria ilegalidad de la decisión surge cuando de manera sencilla y puntual es posible verificar que lo decidido es opuesto a la solución que el ordenamiento jurídico prevé para el asunto analizado" (Corte Constitucional, sentencia C-335 de 2008, en donde cita fallo del 11 de abril de 2007 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal).

Sobre ese aspecto, la Sala de Casación Penal ha resaltado que lo manifiestamente ilegal comporta que la determinación del servidor no admita ninguna justificación razonable, esto es, que sea patente, evidente a simple vista, pues no estructura

prevaricato lo que pueda tenerse como una decisión desacertada, si esta responde a un análisis razonado de la prueba y de la ley, pues lo delictivo es lo que responda al simple capricho, a la arbitrariedad, en tanto obedece al *"desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo"* (sentencia 19.303, 13 de agosto de 2003).

La Corte igual se ha referido a que el agente debe actuar con una *"finalidad corrupta"*, concepto que debe entenderse así (sentencia 52.454, 16 de mayo de 2018):

"La finalidad corrupta se verifica cuando la decisión ilegal es proferida con el propósito consciente de favorecer ilícitamente a un tercero, o como consecuencia de un pago, dádiva o promesa, o en conexión con un ilícito subyacente que determina al funcionario a apartarse del orden jurídico, pero también cuando éste último, de manera arbitraria, caprichosa o injusta resuelve autónomamente adjudicar en contra del derecho aplicable o las pruebas a cuya valoración está compelido, así en esa conducta no concurra el ánimo protervo de beneficiar ilícitamente a otra persona..."

En esas condiciones, cuando el funcionario judicial en ejercicio de sus funciones resuelve apartarse tozudamente del orden jurídico, desconocerlo por un acto deliberado de poder o quebrantarlo por la única razón de ser esa su voluntad, obra también con una finalidad corrupta, pues por esa vía está alterando, trastocando o depravando la función jurisdiccional misma, que no debe estar orientada por propósitos personales o egoístas, sino por la realización de la justicia material."

Para el caso que nos ocupa, debe advertirse que se le imputó al ex magistrado RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR la coautoría del delito de prevaricato por acción, pues junto a su compañero de Sala Miguel Alfonso Mercado Vergara – quien no está siendo investigado dentro de esta actuación procesal –, sin fundamento legal dispusieron el archivo de la investigación disciplinaria que se llevaba en contra de la Juez Civil del Circuito de Lorica, Isabel Loreley Montes Oyola.

De los elementos materiales probatorios arrimados a la actuación, se advierte que el acusado al emitir la providencia de archivo del 31 de agosto de 2011 en favor de Isabel Loreley Montes Oyola, no cumplió con los principios de legalidad e imparcialidad, ni tampoco con el deber de motivación adecuada de las decisiones judiciales, por lo que violó el debido proceso y el ordenamiento jurídico.

En este sentido, dentro del plenario se tiene que RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR no desplegó ninguna de las facultades probatorias con las que contaba para intentar esclarecer los hechos materia de investigación. Es así, pues aun cuando era su deber ordenar la recolección de diversos elementos de juicio que le permitieran establecer y comprender la situación fáctica por la cual se cuestionaban las actuaciones de Isabel Loreley Montes Oyola, se limitó únicamente a requerir a la investigada para que contara su versión de lo sucedido.

En el auto del 1º de abril de 2011 – por medio del cual se abrió la indagación preliminar – se observa que la única prueba ordenada por el acá procesado fue la de solicitar a la Juez de Lorica que rindiera un informe en el que explicara lo ocurrido y las circunstancias por las cuales era indagada disciplinariamente. A pesar que era necesario desplegar un sinnúmero de actividades investigativas en el proceso disciplinario a su cargo, RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR consideró que, para el establecimiento de la *verdad real*, era apenas suficiente con que Isabel Loreley Montes Oyola expusiera por escrito su versión de lo acaecido.

El radicado No. 2011-000105² – con el cual se origina la indagación disciplinaria – no contenía suficientes fundamentos valorativos que permitieran dilucidar el asunto denunciado, por lo que era deber del funcionario encargado de la instrucción llevar a cabo una averiguación completa, tal y como lo ordenan los artículos 128 y 129 de la Ley 734 de 2002.

Según esta normativa, es clara la obligación de que todo fallo disciplinario sea fundado en pruebas legal, regular y oportunamente aportadas, bien a petición de parte o de manera oficiosa. Más aún, el artículo 128 precitado establece expresamente que la carga de la prueba le corresponde al Estado que, para este caso, estaba representado por el procesado, en su condición de magistrado ponente.

A su vez, el siguiente precepto del mismo cuerpo normativo estipula la obligación que recae sobre el funcionario de buscar la verdad real de los hechos. Para eso, indica también que este tiene que investigar con *rigor* todo aquello que demuestre la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del encartado, así como las circunstancias que evidencien su inocencia o la inexistencia del acontecimiento. Igualmente, este artículo resalta la facultad del decreto oficioso de pruebas, atribución que se constituye en un valioso instrumento para cumplir los trascendentales cometidos de la labor judicial.

De lo acreditado en la actuación, resulta patente la intención del ex magistrado de conducir las diligencias hacia un desenlace

² Folio 42 Cuaderno Anexo Fiscalía 1. "Auto mediante el cual se ordena la indagación preliminar conforme al Artículo 150 de la Ley 734 de 2002"

propuesto desde el comienzo de las mismas, el cual no era otro que el de emitir una decisión que descartara la responsabilidad disciplinaria de la investigada. Prueba de lo anterior es que, dentro del fallo proyectado por él y finalmente emitido por la Sala del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba que presidía, resalta la conclusión a la que se llegó, en la cual se expresa que "*con observancia de las pruebas aportadas*" se decide que la Juez del Circuito de Lórica no incurrió en falta disciplinaria alguna.

Todo esto, a pesar de que del contenido de la decisión deviene evidente que no hubo actividad probatoria de oficio ni a petición de parte que permitiera esclarecer la situación fáctica que gobernaba el caso y colegir con tal firmeza que la encartada no incumplió los deberes funcionales que le impone la ley.

De acuerdo con la denuncia que dio pie a que se iniciaran aquellas pesquisas, la Juez Isabel Loreley Montes Oyola estaba reconociendo, a través de sus pronunciamientos judiciales, derechos y acreencias económicas a personas que no cumplían los requisitos establecidos en la ley, de los cuales la Gobernación de Córdoba era el sujeto pasivo. Así, en la denuncia se cuenta que la entidad territorial estaba pagando importantes sumas de dinero, y que recursos de la Fiduprevisora que le pertenecían habían sido embargados por órdenes de ese despacho.

Dichos acontecimientos tenían incidencia penal y disciplinaria. Había tantos indicios de la irregularidad que la allí investigada – Isabel Montes – aceptó la imputación que le fuera hecha por la Fiscalía por la resolución ilegal de tales demandas, razón por la que fue condenada.

En esencia, lo que la situación exigía era que se indagara acerca de los procesos judiciales cuestionados por la Gobernación, averiguar si existían o no fundamentos jurídicos para conceder los derechos que, según la queja, estaban siendo reconocidos y constatar si las personas involucradas – los demandantes, sus apoderados y sobre todo la juez investigada – estaban actuando de acuerdo con el ordenamiento legal. Estos hechos eran los que RAMÓN DE JESUS JALLER DUMAR estaba en la obligación de esclarecer.

El ex magistrado, contrario a su deber, decidió que una averiguación de tal naturaleza y alcances no era necesaria, y que solo bastaba con que la Juez implicada explicara la perspectiva de su actuación. Es decir, el ponente consideró que, para entender y dilucidar el asunto, era suficiente con enfrentar las dos versiones de los hechos: la queja presentada por la Gobernación y las explicaciones rendidas por Montes Oyola. En su parecer, la situación fáctica no requería un escrutinio más profundo, criterio en el que coincidió el magistrado Miguel Alfonso Mercado Vergara compañero de Sala, quien no solo no reclamó el adelantamiento de una práctica probatoria suficiente, sino que junto con JALLER DUMAR emitió la decisión de archivo que se considera prevaricadora.

En el auto que emite el archivo de la actuación se observa que la argumentación del mismo se basa en una larga y descontextualizada transliteración de extractos de las sentencias SU-014 de 2002 y T-146 de 2008 que versan sobre los límites de la potestad disciplinaria frente a la autonomía e independencia de los funcionarios judiciales, sin que dicho análisis se realizara de

cara a los hechos que dieron lugar a la queja y a la investigación que era imprescindible realizar. Es decir, nunca se adelantó un estudio cuidadoso del caso en concreto.

De lo anterior, es posible concluir que RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR obvió los ordenamientos que propugnan por la prevalencia de la justicia y la búsqueda de la verdad material, desconociendo los principios de legalidad, imparcialidad y el de motivación suficiente de la providencia judicial en la que dispuso el archivo de las diligencias. Asimismo, queda claro que vulneró el ordenamiento jurídico, en especial el artículo 73 de la Ley 734 de 2002 que dispone expresamente que una investigación se puede archivar cuando resulte ***“plenamente demostrado que el hecho atribuido no existió, que la conducta no está prevista en la ley como falta disciplinaria, que el investigado no la cometió, que existe una causal de exclusión de responsabilidad o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse...”*** (negrilla fuera del texto).

Nuestro ordenamiento jurídico tiene prevista la conducta punible de prevaricato por acción, bajo la modalidad exclusivamente dolosa, por lo que el servidor público que incurra en ella deberá contar con conocimiento y voluntad para llevarla a cabo.

Bajo ese supuesto, resulta claro para la Sala que RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR actuó conscientemente, sabedor de que con su comportamiento estaba realizando la conducta punible por la que fue imputado, a pesar de lo cual quiso el resultado de disponer el archivo de la investigación disciplinaria que cursaba contra la Juez Civil del Circuito de Lorica, sin haber

adelantado labor investigativa alguna, con evidente abuso de sus funciones.

Los principios de derecho y mandatos legales citados,³ los cuales fueron trasgredidos abiertamente por el magistrado, ilustran con absoluta claridad los deberes que estaba obligado a observar en el adecuado cumplimiento de su función de administrar justicia, al decidir respecto de la acción disciplinaria a su cargo.

Vale destacar que el 31 de agosto de 2011, momento de realización de la conducta calificada como prevaricadora, el procesado ostentaba la condición de magistrado de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba – posesionado desde 1993 – por lo que contaba con la experiencia y el conocimiento necesarios para saber que su deber era adelantar una investigación rigurosa y recaudar los medios de prueba que le permitieran dilucidar con claridad la verdad sobre la situación fáctica del asunto que le correspondía definir, conforme la queja disciplinaria en contra de la juez Montes Oyola, y que la carga de la prueba la soportaba él en su calidad de director del proceso judicial.

Con todo, la Sala entiende que la conducta desplegada por el imputado fue realizada con dolo y pleno conocimiento de la ilicitud, toda vez que las circunstancias que rodearon al caso permiten entrever que la intención de archivar el proceso disciplinario nació desde que fue iniciado su trámite. No se pretendió nunca desarrollar una actuación imparcial, objetiva y

³ Ley 734 de 2002, artículos 73, 128 y 129.

adecuada, sino que, por el contrario, la actividad del procesado se direccionó de forma consciente y voluntaria a lograr el fin prevaricador, el cual era el de cerrar el proceso lo más pronto posible y evitar las pesquisas que pudieran llegar a presentarse, contrariando flagrantemente las disposiciones normativas que gobernaban el trámite, emitiendo una decisión arbitraria y caprichosa.

Con esta decisión, resultó evidente que se vulneró efectivamente el bien jurídico protegido de la administración pública. Las diligencias disciplinarias resueltas sin fundamento normativo tuvieron la entidad necesaria para que la Administración Pública – concretada en este caso en la rama jurisdiccional – sufriera un menoscabo que afectó su correcto funcionamiento, la confianza en sus determinaciones y la justa toma de decisiones.

De los elementos materiales probatorios aportados a la actuación, se evidencia que el procesado gozaba de la capacidad de comprender la ilicitud de su proceder y de la facultad de autodeterminación frente a tal comprensión, concluyéndose su condición de persona imputable. Además, en virtud de su amplia experiencia profesional y el alto cargo que ocupó en la administración permiten concluir que tenía conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

A su vez, su tarea diaria en la instrucción y decisión de procesos disciplinarios demandaba que abordara el que se adelantaba contra la Juez Civil del Circuito de Lorica acorde con las normas que regentan esta clase de trámites, persiguiendo

como derrotero fundamental el esclarecimiento de la verdad, para lo cual resultaba necesario hacer uso de sus facultades de decreto oficioso de prueba, en lugar de apresurarse a emitir un archivo de las diligencias, lo que evidencia que le era exigible un comportamiento diferente al que desplegó, con evidente interés de resolver el asunto de forma arbitraria y caprichosa, alejándose de los intereses de la justicia, todo lo cual conduce a erigir en su contra un juicio de reproche.

Todo lo anterior nos permite arribar a la conclusión que JALLER DUMAR es responsable del delito de prevaricato por acción al haber emitido, junto con su compañero de Sala Mercado Vergara la decisión de archivo de investigación disciplinaria en favor de Isabel Loreley Montes Oyola, sin el agotamiento de la actividad investigativa requerida para el pleno esclarecimiento de los hechos materia del trámite sancionatorio.

4. Del prevaricato por omisión

El artículo 414 del Código Penal, consagra el delito bajo el siguiente tenor literal:

Artículo 414. Prevaricato por omisión. *El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) Salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses”.*

Conforme al delito de prevaricato por omisión, se requieren los siguientes elementos del tipo: (i) un sujeto activo

calificado (servidor público), (ii) una conducta de omitir, retardar, rehusar o denegar; y, iii) que una de estas conductas recaiga sobre un deber constitucional o legal propio de las funciones del cargo. Respecto de tales elementos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado:

"i) El sujeto activo del delito de prevaricato por omisión es calificado, en cualquiera de sus diversas modalidades, ya que se trata de uno de los denominados por la doctrina y la jurisprudencia como delitos especiales, en los cuales sólo puede ser autor de la conducta típica quien cumpla las condiciones especiales previstas en la norma".

"ii) Se trata de un tipo penal de conducta alternativa susceptible de ejecutar mediante uno de los verbos rectores en él contenidos, esto es, omitir, retardar, rehusar o negar algún acto comprendido dentro de las funciones que debe realizar el funcionario, bastando, en consecuencia, para que la conducta típica se entienda ejecutada, la constatación material de una cualquiera de ellas, con independencia de las otras.

"iii) Es condición necesaria establecer la norma legal que asigna al sujeto activo la función que omitió, rehusó, retardó o denegó, y/o el plazo para hacerlo, al igual que su preexistencia al momento de la realización de la conducta, con el fin de poder constatar el cumplimiento del tipo penal objetivo.

El significado de "delito por omisión", se traduce siempre a la negación de una acción que el sujeto está obligado a realizar, o en el incumplimiento de un deber jurídico que le ha sido impuesto, y en tales condiciones, la omisión no existe *per se*, sino sólo en la medida en que preexista un mandato que obliga a una determinada acción, en otros términos, debe suscitarse dentro de la órbita funcional del sujeto⁴.

⁴ "C.S.J., Segunda Instancia 22639, sentencia de 27 de octubre de 2004; Única Instancia 27695, auto de 26 de septiembre de 2007; Segunda Instancia 28428, sentencia de 17 de septiembre de 2008, entre otras."

La Sala de Casación Penal, ha enfatizado que el bien jurídico protegido lo constituye la administración pública, ya que cuando el servidor incumple un acto propio de sus funciones, no solamente infringe el deber de servicio y el compromiso de lealtad, sino que perturba el correcto funcionamiento de la administración pública y frustra las expectativas que tienen los administrados, afectando su legitimidad y la confianza en sus instituciones.

De otra parte, atendiendo a su estructura subjetiva, se clasifica como un tipo penal esencialmente doloso, exigencia que entraña la confluencia de sus dos componentes, el cognitivo, que exige que quien realiza la conducta tenga conciencia de que es objetivamente típica, y el volitivo, que comporta querer realizarla, lo cual implica que el servidor público debe saber que la ley le impone la obligación de actuar, y no obstante ello, decide voluntariamente no hacerlo, o negarse a realizarlo, o tardamente, con conciencia de que desatiende el deber funcional asignado legalmente y que su conducta es objetivamente típica. (CSJ AP5262-2016)

De lo relatado en la audiencia de imputación, se tiene que a RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR se le endilga la comisión del punible de prevaricato por omisión en calidad de autor.

Lo anterior en razón a que desde el 21 de julio de 2011 hasta el 31 de agosto siguiente, el ex magistrado debió haberse declarado impedido para conocer del asunto, ya que se encontraba en una de las situaciones descritas en el artículo 84

del Código Disciplinario Único, por lo que estaba obligado a obrar como lo ordena el artículo 85 siguiente.

La Ley 734 de 2002 en el numeral 1° del precepto 84 establece que una de las causales que generan impedimento es el hecho de que el funcionario público o su cónyuge tenga interés directo en la actuación disciplinaria. Con esto se pretende proteger la imparcialidad y evitar que el criterio de quien resuelve se vea afectado.

En caso de que se presente esta situación, es deber del empleado, tal como lo regula el artículo 85 de la misma codificación, declararse impedido inmediatamente por escrito, expresando las razones en que se funda su apartamiento del asunto y, de ser posible, aportar las pruebas sobre las que se soporta la manifestación.

Conforme lo demuestra la actuación, se tiene que la esposa del ex magistrado Catherine Carine Cogollo Reina, había participado en uno de los procesos que se tramitaban en el Juzgado Civil del Circuito de Lorica que estaban siendo cuestionados. Así, consta que en el radicado 2011-00054, llevado en contra de Fiduciaria La Previsora S.A. – que habría de ser decidido por Isabel Loreley Montes Oyola –, la cónyuge del aquí imputado actuaba como apoderada de la parte demandante desde el 21 de julio de 2011.⁵

Es decir, dentro de las obligaciones que debía cumplir RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR en su condición de

⁵ Folios 276 a 282 Cuaderno Anexo Fiscalía 12.

magistrado instructor del Consejo Seccional de la Judicatura estaba la de indagar sobre las acciones en las que, posiblemente, también estaba implicada su consorte, pues el trámite en el que participó era uno sobre los que versaba el proceso disciplinario mencionado.

Esta situación refleja a todas luces un claro interés en que el resultado de las pesquisas no fuera perjudicial para la investigada, toda vez que, de ser así, podría llegar a producir consecuencias en contra de su cónyuge, ya que entre las dos conductas había una conexión innegable. Las averiguaciones tenían la potencialidad de descubrir judicialmente una probable relación entre Isabel Loreley Montes Oyola y Catherine Carine Cogollo Reina.

Ahora bien, es necesario recordar que la Ley 734 de 2002 estipula ciertas pautas que deben seguir los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Así, se tiene que el artículo 34, en su numeral 2°, resalta como una de sus deberes:

*“Cumplir con diligencia e **imparcialidad** el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial o que implique un **abuso indebido** del cargo o función”* (negrilla fuera de texto).

Es decir, todos los servidores públicos, en especial aquellos que ocupan un cargo dentro de la administración de justicia, tienen que cumplir con absoluta transparencia las labores propias de su función, desarrollando las actividades encomendadas dentro del marco legal, sin abuso de sus atribuciones.

Por su parte, el artículo 94 siguiente establece como principios que rigen toda actuación procesal los de moralidad e imparcialidad. Estos, como se observa, son una exigencia que gobierna el ejercicio de la administración pública.

Así mismo lo dispone, a su vez, el numeral 38 del canon 34 ya citado, cuando prescribe como un deber de todos los funcionarios "*actuar con imparcialidad*", condición imprescindible para un adecuado ejercicio de la función pública, con especial énfasis en la labor judicial.

Al analizar las acciones del ex magistrado, se observa que con su omisión violó aquellos mandatos, pues su objetividad estuvo comprometida desde cuando evitó señalar que su esposa estaba involucrada en los hechos que eran objeto de investigación. Era bastante claro que una mínima averiguación habría revelado la cercanía, tanto personal como profesional, entre la indagada y la cónyuge del instructor.

Tan próximo era el vínculo entre Isabel Loreley Montes Oyola y Catherine Carine Cogollo Reina que, según lo aportado por la Fiscalía, el abogado Álvaro Enrique Burgos del Toro fue quien le sustituyó los poderes⁶ dentro del proceso laboral No. 2011-00054 mencionado, por recomendación que le hiciera precisamente la Juez Montes Oyola, asegurándole que "*todo estaría bien*", lo cual evidencia la estrecha relación entre la esposa del acusado y la funcionaria judicial investigada, que hace parte de la imputación elevada por el ente persecutor y que fue aceptada por JALLER DUMAR.

⁶ Folio 191 Cuaderno Anexo Fiscalía 12.

Por lo tanto, si la intención del acá imputado era la de actuar según lo mandaba la ley, debió, desde el momento en que le fue repartido el proceso, manifestar su impedimento, haciendo saber a sus compañeros de Sala los motivos por los cuales debía apartarse del conocimiento de ese asunto, pues existían razones legales y morales que afectaban su sano criterio.

Por el contrario, a pesar de comprender perfectamente la situación, decidió voluntariamente guardar silencio y abstenerse de declararse impedido para conducir y decidir el proceso que, por reparto, le había correspondido.

La Sala advierte también un apartamiento manifiesto de lo reglado en el artículo 40 de la Ley 734 de 2002 que consagra el conflicto de intereses. Así lo enseña la norma, ordenando que cuando un funcionario público o su cónyuge o compañero o compañera permanente tenga interés particular y directo en un asunto, deberá separarse del estudio del caso, a través de la declaratoria de impedimento.

Ahora, tampoco devienen dudas en cuanto a que el imputado conocía las normas precitadas, las cuales lo obligaban a apartarse del proceso. El estatuto que las compendia – Código Disciplinario Único – hace parte del régimen disciplinario que, por razones obvias del cargo que ostentaba, no le eran desconocidas, dado que era su deber aplicarlas en el ejercicio diario de sus funciones; su alcance, contenido y sentido hacían parte del quehacer cotidiano del señor JALLER DUMAR.

Del material probatorio allegado al proceso por parte de la Fiscalía se evidencia que la esposa del ex magistrado tenía un claro interés en que no se exploraran a fondo las irregularidades que se estaban presentando en el Juzgado Civil del Circuito de Lorica respecto de las decisiones emitidas en contra de la Fiduciaria La Previsora S.A., pues ella misma había participado en alguna de esas irregulares actuaciones. A su vez, y por obvias razones de cercanía, el aquí imputado tampoco tenía intenciones de conducir una instrucción juiciosa, pues al hacerlo, terminaría indudablemente por sacar a la luz las acciones que había desplegado su esposa en el despacho judicial que era objeto de pesquisas y seguramente pondría en evidencia las irregularidades de la investigada, dificultando así la toma de decisión de archivo, pues quedaría al descubierto el actuar irregular de la funcionaria judicial disciplinada y de paso el de su cónyuge.

Con todo lo visto antes, es evidente que RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR, por su calidad de magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba encargado de investigar disciplinariamente a los jueces del distrito judicial en el cual era competente, conocía plenamente la norma que voluntariamente vulneró. Es decir, su omisión fue realizada con conciencia y voluntad de no separarse del conocimiento del asunto, proceder claramente dirigido a concretar el archivo de las diligencias. Además, avizora la Sala que el imputado podía actuar de otra manera, pues siempre tuvo la posibilidad de manifestar las circunstancias por las cuales su imparcialidad se veía afectada y, por ende, debía declararse impedido.

Asimismo, con su conducta vulneró la administración de justicia que debía proteger; lesionó un bien jurídico tutelado por la ley, por lo que se erige en su contra un juicio de reproche el cual, según lo manifestado en el escrito de preacuerdo y en la respuesta ofrecida en la audiencia de control de legalidad del mismo, es voluntariamente aceptado por él.

5. La acreditación de la conducta punible

El artículo 9 de nuestra codificación sancionatoria penal impone que para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable, proscribiendo elevar juicio de imputación con fundamento en la mera causalidad.

Entendido que el tipo penal es la descripción abstracta que hace el legislador de una conducta que estima debe ser sancionada, en protección de bienes jurídicos de importancia destacable para el adecuado funcionamiento del tejido social, resulta imprescindible acudir al juicio de tipicidad, entendido como la valoración que hace el intérprete con el objeto de determinar si las conductas bajo análisis guardan o no coincidencia con la descripción legislativa, teniendo en cuenta las exigencias materiales del tipo objetivo en concreto, tales como el sujeto activo, la acción, la causalidad, las diversas formas de comportamiento, así como el tipo subjetivo, ligado a la especie de conducta censurada, bajo la modalidad de dolo, culpa o preterintención, conforme lo establezca el legislador en cada norma de la parte especial del Código Penal, que habrán de corresponder a la modalidad dolosa, salvo que de manera expresa se consignen las formas de comisión culposa o

preterintencional, conforme lo dispone el artículo 21 del estatuto en cita.

En lo que a la antijuridicidad hace relación, esta categoría corresponde a la contrariedad del comportamiento humano con el ordenamiento jurídico y además la lesión al bien jurídico protegido. En este escenario, resulta imprescindible precisar que cuando al agente realiza la conducta típica, procede en forma antinormativa, sin que ello signifique que su hacer sea antijurídico, pues adicionalmente a los mandatos y prohibiciones, se consagran las normas permisivas, que habilitan la realización conforme a derecho de la conducta expresada en la ley (p. ej. homicidio en legítima defensa) lo que diferencia la tipicidad con la antijuridicidad formal. Además, puede ocurrir que, aunque el comportamiento típico no se encuentre amparado bajo una norma que permita tal actuar, no obstante, tampoco alcance la categoría de antijuridicidad, por no lesionar o poner en riesgo siquiera el bien jurídico que la ley se empeña en proteger, no logrando la categoría de antijuridicidad desde la perspectiva material⁷.

La Corte Constitucional tiene dicho que la culpabilidad como presupuesto de responsabilidad penal, y la consecuente imposición de una sanción punitiva, se funda en la conducta externa de un individuo que, pudiendo actuar de manera distinta, en plena capacidad de comprender el hecho, de manera voluntaria dirige su actuar a la realización del comportamiento merecedor de reproche penal⁸.

⁷ Velásquez Velásquez, Fernando: Manual de derecho penal, parte general, Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2014.

⁸ C-425 de 1997.

Del recaudo probatorio presentado por la Fiscalía, fácilmente se concluye que el procesado obró con pleno conocimiento y en absoluta capacidad de comprender que estaba cometiendo unas infracciones al estatuto penal, decidiendo de manera libre y voluntaria ejecutar un acto contrario a sus deberes oficiales, al archivar la investigación disciplinaria que se seguía en contra de la Juez Civil del Circuito de Lorica y por no haberse declarado impedido para conocer del mismo. Lo anterior nos permite arribar a la conclusión de que está presente el requisito de culpabilidad demandado para la existencia de la conducta punible.

Como conclusión, la Sala estima que han quedado acreditadas con suficiencia las conductas punibles de prevaricato por acción y prevaricato por omisión que fue objeto de aceptación de cargos vía preacuerdo por parte del procesado RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR.

6. Del preacuerdo

Conforme al escrito presentado por las partes, ratificado en la audiencia celebrada el 26 de agosto de 2021, el acuerdo al que han llegado la Fiscalía y la defensa consiste en otorgarle al imputado, como único beneficio, el de la sustitución de la pena de prisión intramural en establecimiento carcelario por la modalidad de prisión domiciliaria.

Por su parte, la Sala verificó que el procesado ofreció disculpas a la sociedad colombiana. Igualmente, aportó los escritos que entregó al despacho del Gobernador y a la Dirección

Ejecutiva de la Rama Judicial, en los que consignó las manifestaciones de perdón y arrepentimiento por los hechos y omisiones que cometió en desarrollo de los acontecimientos por los que se emite la presente decisión, expresiones frente a las cuales la Fiscalía y demás intervinientes manifestaron su conformidad con lo pactado en el convenio.

7. Conocimiento para condenar

El legislador ha establecido los diferentes grados de conocimiento a que debe arribarse dentro de la actuación, a efectos de la emisión de un fallo sancionatorio respetuoso del principio de presunción de inocencia, partiendo del entendido que no resulta admisible desde la óptica constitucional, que exclusivamente con fundamento en la decisión de aceptación de responsabilidad del procesado, se pueda proferir sentencia de condena.

Lo que pretende el legislador es que la asunción de responsabilidad de parte del procesado, resulte útil para arribar a un grado de conocimiento que legitime la decisión de imposición de una pena, no que esta manifestación sea el único presupuesto sobre el que se funde tan trascendental decisión judicial, pues ello conduciría a que se emita la condena anticipada en el vacío probatorio.

Así lo indica la Corte Constitucional en Sentencia T-091 de 10 de febrero de 2006, en relación con la aceptación de cargos al indicar:

“En el nuevo sistema la aceptación unilateral de los cargos conduce a una sentencia condenatoria, por lo que tiene como presupuesto la confesión simple del imputado o procesado.

Debe aclararse que se trata de una idea de confesión en sentido natural, como admisión de cargos sin condicionamiento alguno, no en sentido probatorio, por cuanto la confesión no constituye un medio de prueba en el nuevo sistema”.

Tal presupuesto de raigambre superior, no es exclusivo del sistema de enjuiciamiento adversarial que gobierna nuestro panorama procesal desde el año 2005, pues incluso con anterioridad ya la Sala de Casación Penal había sentado la postura de que la sola confesión no prestaba mérito para condenar (CSJ SP, 16 de octubre de 2003, Rad. 15656; CSJ SP, rad. 25108 30, nov. 2006; CSJ SP, 12 de febrero de 2014, Rad. 30183; CSJ SP, 10 de junio de 2015, Rad.44064; CSJ SP488, 27 de enero de 2016, Rad. 38151; CSJ AP, 5151-2016, rad. 48204 11 ag. 2016 entre otras).

En esta misma línea de pensamiento, el legislador en busca de un sistema judicial eficiente que viabilice la culminación anticipada de los procesos penales estableció las figuras de allanamiento a cargos y preacuerdo, que comportan el cumplimiento de la pretensión punitiva y la consecuente aplicación de la sanción penal.

Pues bien, ante este diseño procesal, el codificador de 2004 dispuso la aplicación del principio de gradualidad o progresividad del conocimiento para trasegar por las diferentes fases del proceso, aparejando a su turno la posibilidad de aceptación unilateral o negociada que dé lugar a la culminación abreviada del proceso, sin que ello comporte el

desconocimiento de las garantías fundamentales del procesado.

Tales estadios se aparejan con un diseño progresivo de búsqueda de la verdad, que corresponden inicialmente a la *inferencia razonable de que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga*; posteriormente se exige arribar a la *afirmación con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe* requerido para presentar el escrito de acusación; y finalmente al *conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado* imprescindibles para emitir fallo de condena.

Los dos primeros grados de conocimiento se construyen con base en los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, y habilitan al fiscal para formular la imputación (art. 287) y presentar el escrito de acusación (art 336), respectivamente.

El tercero se funda en las pruebas debatidas en el juicio y constituye el mérito para emitir fallo condenatorio ordinario, previo agotamiento de todas las etapas del proceso (art. 381).

Las formas de terminación anticipada, bien sea por allanamiento a cargos o preacuerdo, solo tienen cabida desde la audiencia de formulación de imputación y hasta la fase inicial del juicio oral previo al debate probatorio, demandando estadios de conocimiento menores al que se pregona para la sentencia ordinaria, entre otras razones porque en las fases

anteriores al juicio no se está ante la presencia de pruebas que solo cobran existencia durante el debate oral.

Por lo mismo, resulta evidente que no sea predicable que, para el proferimiento del fallo de responsabilidad por vía abreviada, es decir en las etapas anteriores al debate oral, se exija un nivel de conocimiento que solo emerge de la práctica probatoria.

Esta normativa se armoniza con lo dispuesto en el artículo 327 de la codificación en comento, en el que se dispone que solo procederá la aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos cuando se cuente con un mínimo de prueba, en irrestricto respeto al principio de presunción de inocencia.

La visión sistemática de las disposiciones en cita, fácilmente nos lleva a la conclusión de que la prueba mínima que consagra el legislador para arribar válidamente a una condena anticipada, en medio de un panorama respetuoso de las garantías procesales lo constituye la inferencia razonable de autoría o participación en el delito que se investiga.

Esta postura ha sido expresada en la aclaración de voto frente a la sentencia SEP 00075-2019 de 8 de julio de 2019, dentro del radicado 00082, indicándose sobre el particular que:

“Por lo tanto, en los eventos de sentencia anticipada, sería equivocada la pretensión de exigir el máximo grado de conocimiento, es decir más allá de toda duda, reclamado para proferir sentencia condenatoria ordinaria, que solo se obtiene luego del agotamiento de la fase de juicio oral, misma a la cual precisamente ha renunciado el procesado, ejerciendo el derecho de presentar allanamiento a cargos o preacuerdo.

De paso, se estaría en claro desacato al mandato del legislador, que en uso de su libertad configurativa y aplicando claros derroteros de política criminal, determinó que cuando se cuente con la aceptación de cargos del procesado, y se haya verificado por el juez de conocimiento el mínimo probatorio exigido para inferir la tipicidad de la conducta punible y la autoría o participación del procesado, no se entenderá comprometida la presunción de inocencia, y en consecuencia podrá emitirse fallo de condena.

Es tan claro lo anterior, que la legitimidad para impugnar en estos eventos no tiene cabida respecto de los presupuestos de responsabilidad ya asumidos por el procesado.

La postura que propongo, se centra en que para emitir sentencia condenatoria por virtud de allanamiento o preacuerdo, solo se debe exigir un mínimo probatorio que de lugar a inferir razonablemente la tipicidad de la conducta y la autoría o participación del imputado, a tono con la codificación procedimental vigente, respaldada por la jurisprudencia constitucional y de la Sala de Casación Penal, siguiendo los dictados de justicia premial ordenados por el legislador, enderezada a simplificar el trámite de los procesos, evitando el agotamiento íntegro de las fases del trámite, especialmente la práctica probatoria, contribuyendo a una mejor y más pronta y cumplida justicia, por supuesto, con el respeto pleno que las garantías que el debido proceso demanda, en especial el respeto a la presunción de inocencia".

En idéntico sentido se pronunció la Sala de Casación Penal, al señalar:

*"Cuando las partes proponen estas formas de terminación anticipada de la actuación penal, al juez le corresponde verificar si están dados los presupuestos para emitir una **sentencia condenatoria**, lo que incluye aspectos como los siguientes: (i) la existencia de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, toda vez que, en virtud del principio de legalidad, la condena solo es procedente frente a conductas que estén previa y claramente sancionadas por el legislador; (ii) el aporte de evidencias físicas u otra información legalmente obtenida, que permita cumplir el estándar de conocimiento previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, orientado, según dice esta norma, a salvaguardar la presunción de inocencia del procesado; (iii) la claridad sobre los términos del acuerdo, lo que implica, entre otras cosas, precisar cuándo un eventual cambio de calificación jurídica (en cualquiera de sus modalidades) corresponde a la materialización del principio de legalidad, y en qué eventos ello es producto de los beneficios acordados por las partes; (iv) la viabilidad legal de los beneficios otorgados por la Fiscalía, bien por la modalidad y cantidad de los mismos, o por las limitaciones previstas frente a determinados*

delitos; (v) que el procesado, al decidir sobre la renuncia al juicio, haya actuado con libertad y suficientemente información; etcétera. (Subrayas fuera de texto original).⁹

Y más enfática fue en reciente decisión, indicando que:

“En la misma línea, en los trámites orientados a la obtención de condenas anticipadas, bien por allanamiento a cargos o en virtud de los acuerdos logrados por la Fiscalía y la defensa, la imposibilidad de controlar materialmente la imputación y la acusación no inhabilita a los juzgadores para verificar los presupuestos legales de la condena, pues ello afectaría la esencia misma de la función jurisdiccional.

Lo que sí es claro es que en uno y otro evento (trámite ordinario y condena anticipada) las constataciones que deben realizar los jueces varían sustancialmente, pues, a manera de ejemplo, mientras en el primero impera el estándar de convencimiento más allá de duda razonable, en el segundo se debe verificar la existencia de “un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”, como lo dispone el artículo 327.

Con esta aclaración, la Sala comparte lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU479 de 2019 sobre las verificaciones que deben hacer los jueces para la emisión de una condena anticipada, que incluye, entre otras cosas, la constatación de que la Fiscalía sujete su actuación a la Constitución Política, a las normas que regulan este tema en la Ley 906 de 2004 y a las directrices de la Fiscalía General de la Nación. Este tema será ampliado más adelante”.

...

Quinto. El estándar establecido por el legislador en el último inciso del artículo 327 de la Ley 906 de 2004: (i) está orientado a proteger los derechos del procesado, especialmente la presunción de inocencia; (ii) se aviene a la tradición jurídica colombiana, ya que a lo largo del tiempo se ha considerado que la confesión del procesado –en sentido estricto– no puede ser soporte exclusivo de la condena; (iii) aunque es un estándar menor del previsto para la condena en el trámite ordinario, el mismo está orientado a salvaguardar, en la mayor proporción posible, los derechos de las víctimas; y (iv) si el fiscal realiza los juicios de imputación y de acusación conforme a los lineamientos legales y jurisprudenciales, no debe tener ninguna dificultad para cumplir este requisito.¹⁰ (Subrayas de la Sala)

⁹ CSJSP, 11 dic, 2018, Rad. 52311

¹⁰ CSJSP, 24 jun, 2020, Rad. 52227

Pues bien, como quedó advertido en el acápite anterior, respecto de la acreditación de la conducta punible, la Sala concluye la presencia de elementos materiales que permiten arribar al mínimo probatorio a través del cual se infiere la coautoría de JALLER DUMAR en el delito de prevaricato por acción y la autoría en el prevaricato por omisión, nivel de conocimiento requerido para emitir sentencia condenatoria¹¹ sin menoscabo del principio de presunción de inocencia, quedando así verificada la legalidad de la calificación jurídica de las conductas que serán objeto de condena por la posición distinguida y la coparticipación criminal con que obró.

8. Dosificación Punitiva

Corresponde en este estadio realizar el análisis de punibilidad aplicable del caso concreto, pues, si bien es cierto que en el escrito de preacuerdo se presenta un escenario en el que se describe la posible pena a imponer, se deja claro en el texto que ese es apenas un *"ejercicio probable, académico que no constituye base, soporte o parte del preacuerdo"*.¹² Por lo tanto, procede ahora la Sala a establecer la dosificación respectiva.

En el presente asunto tenemos que las conductas por las que se emite fallo de condena en contra de RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR corresponden a los delitos de **prevaricato por acción** en calidad de coautor y **prevaricato por omisión** como autor.

¹¹ Artículo 327 de la Ley 906 de 2004.

¹² Folio 22 Cuaderno Original Corte.

La Sala procederá inicialmente a individualizar la pena para estos delitos, siguiendo los parámetros previstos en los artículos 60 y 61 del C.P.

El delito de prevaricato por acción previsto en el artículo 413 del Código Penal tiene establecida una pena de prisión que oscila entre cuarenta y ocho (48) y ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Fueron imputadas y aceptadas además las circunstancias de mayor punibilidad descritas en los numerales 9° y 10° del artículo 58 de la ley 599 de 2000 imputadas por el ente persecutor, afincada la primera de ellas en la ilustración que su condición de profesional del derecho le confería al momento de la comisión del delito que nos ocupa; la posición distinguida que ostentaba en la sociedad, amén del cargo que desempeñaba como magistrado de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, todo lo cual deriva en una posición económica que conlleva una mayor sujeción a los dictados de la ley.

De otra parte, la circunstancia de coparticipación criminal consagrada en el numeral 10° del canon 58 del estatuto sustantivo penal deviene acreditada por el hecho que la decisión de archivo que se imputó como prevaricadora fue suscrita a la par con su compañero de Sala Miguel Alfonso

Mercado Vergara.

Sobre dichas circunstancias, el defensor en el traslado del artículo 447, señaló que con ocasión del principio de estricta legalidad, no resultaba viable la aplicación de las causales 9 y 10 del artículo 58 sustantivo penal.

- Frente a la primera destaca que la posición distinguida que el sentenciado ocupa en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio, resulta inaplicable como criterio a tener en cuenta para efectos de establecimiento del cuarto punitivo correspondiente, pues el mismo se encuentra contenido en el tipo penal de prevaricato, por lo que podría verse vulnerado el principio de *non bis in idem*, citande en apoyo de su argumento jurisprudencias de la Sala de Casación de esta Corporación.

Como punto de partida, es preciso señalar que en desarrollo de la audiencia de formulación de imputación, respecto de esta circunstancia la Fiscalía fundamento su concurrencia en los siguientes términos:

"Esto además con las circunstancias de mayor punibilidad a que se refiere el artículo 58 del Código penal, numerales 9 y 10, es decir, el noveno por la posición distinguida que el sentenciado ocupa en la sociedad por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio y, el décimo por obrar en coparticipación criminal. Lo anterior en tanto que no hay duda, que usted doctor Jaller Dumar, al ostentar el cargo de magistrado, como autoridad al mismo nivel que el gobernador del departamento, era una persona que por esto debía considerarse era una persona distinguida, respetada y con

ascendencia en la sociedad de Montería.*

En este parámetro fáctico que a juicio del fiscal consolida la configuración de la agravante bajo examen, no se advierte que el delegado destaque bajo qué particularidades, diferentes al cargo de magistrado que ostentaba el acusado al momento de ocurrencia de los hechos objeto de imputación, se estructura la condición distinguida por virtud de la posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio.

Ante esta carencia, lo que se advierte sin discusión es que tales situaciones que hacen parte de las que el legislador plasmó como constitutivas de la posición distinguida, no fueron imputadas con la autonomía fáctica y argumentativa que les es propia para dar lugar a su estructuración y permitir un adecuado contradictorio, pues el representante del ente persecutor se limitó a verbalizarlas conforme se encuentran recogidas en la norma sustantiva penal, para finalmente hacerlas derivar exclusiva e inescindiblemente de la calidad de magistrado que recaía en el acusado, como si fueran meras expresiones semánticas, que sin contenido propio acompañaran el cargo ostentado por el procesado, cuando en realidad fueron tenidas en cuenta por el legislador como situaciones con plena autonomía y sentido, seleccionadas para configurar la posición distinguida que el procesado ocupa en la sociedad.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, ha sido enfática al señalar:

*"Reitera así la Corte la tesis adoptada desde la providencia del 23 de septiembre del 2003, radicado 16.320, según la cual las circunstancias de agravación deben ser imputadas **fáctica y jurídicamente** en la resolución acusatoria, en la que además insistió, si bien con algunos matices respecto de los procesos que terminan de manera temprana, al revisar el tema a propósito de la aplicación de la Ley 906 del 2004"*¹³. Negrilla del despacho

Enmarcándose en la temática del principio de congruencia, la misma Colegiatura destaca su quebranto cuando se *ii) condena por un delito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, **ni fáctica y jurídicamente** en la acusación"*.¹⁴ Negrilla fuera de texto original

No puede pasarse por alto que el eje central del derecho de defensa, inmerso en el principio de congruencia, se funda en la clara y precisa narración de los hechos que dan lugar a la imputación de cargos, incluidas obviamente las circunstancias de agravación punitiva. Tales supuestos fácticos deben definir su consolidación y estructura de manera inequívoca, sin que le sea dado al fallador deducirlas cuando no fueron descritas por sus contornos fácticos en la imputación o acusación por el delegado del órgano requirente, pues su sola enunciación jurídica no cubre el presupuesto de garantía defensiva que le es consustancial, especialmente en los procesos abreviados, escenarios en los cuales se reclama con mayor precisión la tipificación de la conducta, pues la aceptación de responsabilidad conlleva la renuncia del procesado a sus derechos a no autoincriminación y a contar

¹³ Sentencia de 22 de junio de 2006, rad. 24817.

¹⁴ Sentencia de 18 de abril de 2012, rad. 37337.

con un juicio oral y público.

De vieja data, la Sala de Casación ha exaltado en el principio de congruencia la garantía del derecho a la defensa y la condición de regla estructural del proceso¹⁵. Sobre este instituto puntualizó:

*"La concordancia entre sentencia y acusación, cualquiera sea el acto en el cual se halle contenida ésta (resolución, formulación de cargos para sentencia anticipada, o variación de la calificación provisional durante el juzgamiento), constituye, de un lado, base esencial del debido proceso, en cuanto se erige en el marco conceptual, fáctico y jurídico, de la pretensión punitiva del estado y, de otro, garantía del derecho a la defensa del procesado, en cuanto que a partir de ella puede desplegar los mecanismos de oposición que considere pertinentes y porque, además, sabe de antemano que, en el peor de los casos, no sufrirá una condena por aspectos que no hayan sido contemplados allí."*¹⁶

En el mismo sentido, en la sentencia de 20 de octubre de 2005 recién citada precisa:

"Esta tesis, que realza la congruencia fáctica y jurídica entre la acusación y la sentencia, evolucionaría hasta postular que la acusación no podía dejar de considerar fáctica y jurídicamente las circunstancias de agravación que definen la conducta, sean objetivas o subjetivas, genéricas o específicas, valorativas o no valorativas, de manera que no quede duda alguna de su atribución, como garantía de un adecuado derecho de defensa".

Advertido que el delegado solo estableció las bases

¹⁵ Sentencia del 20 de octubre de 2005, rad. 24026

¹⁶ Sentencia del 9 de junio de 2004, rad. 20134.

fácticas respecto del cargo de magistrado para efectos de la circunstancia de mayor punibilidad de la posición distinguida ocupada por el procesado, quedan descartadas las demás formas a través de las cuales el legislador consagró la distinción que milita como causal de mayor sanción.

Ahora bien, como quiera que la condición de servidor público del magistrado JALLER DUMAR constituye el presupuesto que configura la calidad de sujeto activo calificado propia del juicio de tipicidad objetiva del delito de prevaricato activo, de ella no puede deducirse nuevo efecto perjudicial ya que esta calidad fue la que permitió enmarcar su comportamiento en el tipo penal.

La Corte Constitucional en sentencia C-521 de 2009, ha referido:

“Que hacía parte del principio non bis in idem, el reconocimiento de la prohibición de agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal, conocida comúnmente como prohibición de la doble valoración de una circunstancia.

Al prohibir que una misma circunstancia se convierta en elemento constitutivo del tipo penal y en causa de agravación del mismo, el principio non bis in idem persigue evitar que las causales de agravación se impongan de modo arbitrario e injustificado a quienes sean responsables de un delito. Los elementos constitutivos de una infracción penal fundamentan la responsabilidad penal. Las circunstancias de agravación, en cambio, modifican la responsabilidad penal. Por eso mismo las circunstancias de agravación se justifican en la ley penal, cuando el ilícito es cometido en determinadas circunstancias que se estiman más reprochables

porque, por ejemplo, suponen un mayor peligro o lesión para el bien jurídico. De manera que no es justificable una agravación punitiva necesariamente imponible al autor del delito, pues eso supone que en realidad no se aumenta la pena de aquel que cometa el comportamiento punible en ciertas circunstancias de tiempo, modo y lugar que demuestren una mayor lesividad del bien, sino que en todos los casos se impondría la modificación de la sanción penal imponible.

Una circunstancia no puede ser doblemente valorada, primero como elemento constitutivo del tipo penal y luego como causal de agravación punitiva, si: (i) el comportamiento agravado ofende el mismo bien jurídico que el comportamiento punible; (ii) la investigación y la sanción a imponer se fundamentan en idénticos ordenamientos punitivos; y (iii) la causal de agravación persigue finalidades idénticas a las buscadas con el tipo penal básico".

De igual manera, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

"La doble imputación de una circunstancia agravante sobre un mismo supuesto de hecho, corresponde efectivamente a una violación directa de la norma sustancial como consecuencia de falta de aplicación de los artículos 29 de la Constitución Política y 21 de la Ley 906 de 2004 en lo que se refiere a la prohibición de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, concretamente que de una misma circunstancia no se pueden derivar dos o más consecuencias punitivas, lo cual condujo a la aplicación indebida del numeral 2º del artículo 211 del Código Penal". ¹⁷

Por lo anterior, en el presente asunto se evidencia la vulneración del principio *non bis in ídem* al derivar en contra del procesado la doble consecuencia punitiva en relación con

¹⁷ Sentencia de 19 del agosto de 2020, rad. 54108.

el mismo supuesto fáctico, encuadrándola en forma simultánea, inicialmente en el ejercicio de adecuación típica, por la calidad del sujeto activo cualificado exigida por el delito de prevaricato activo y a la vez como circunstancia de mayor punibilidad por su posición distinguida derivada del cargo ostentado al cometer el reato, lo que obliga a que la Sala a no derivarle efectos en la dosificación punitiva señalado por el inciso segundo del artículo 61 del Código Penal de 2000.

- Frente al obrar en coparticipación criminal, a juicio del defensor constituye una indebida imputación admitir la comisión del delito de prevaricato por acción en la modalidad de coautoría, puesto que la emisión de la decisión manifiestamente contraria a derecho constituye un delito de los que denominamos infracción de deber o delito de propia mano, por ello se incluiría por esa vía, admitiendo únicamente la autoría directa o personal del agente, por lo que estima no concurre la coparticipación criminal como circunstancia de mayor punibilidad en el presente asunto.

El ente acusador en la audiencia de formulación de imputación, sustentó esta circunstancia de la siguiente manera:

"todos los acontecimientos marginales fueron ejecutados bajo el concurso de otra persona, el doctor Mercado Vergara, porque él también suscribió el auto de 31 de agosto de 2011, pero a él se le compulsaron copias para investigarlo por separado y eso se está haciendo. Vale decir obró en coparticipación criminal además de las otras personas que aquí se han relacionado con los hechos y que han aceptado cargos penales y/o preacordado como su señora esposa".

Es de anotar que la circunstancia que hace referencia a la coparticipación como circunstancia de mayor punibilidad apunta no al concepto dogmático del delito sino al sentido natural de las palabras. Así lo ha dicho la jurisprudencia que si bien se refiere a la complicidad igual aplica a todas las formas de coparticipación. Al respecto la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado:

"Bien se ha dicho, por eso, que unas son las consecuencias de la conducta individual según el grado de participación que se ha tenido y otra la mayor incidencia negativa que desde el punto de vista de la sanción penal se deriva, por la circunstancia de concurrir varios individuos en la realización del hecho delictivo.

Así, comparte desde luego la Sala, las glosas que en este particular anota el Procurador Delegado, cuando señala:

"La expresión 'obrar en complicidad con otros', debe entenderse como la voluntad del legislador para establecer un criterio de dosificación punitiva a partir de la intervención plural de agentes en el hecho, independientemente de que éstos tengan, para efectos de su responsabilidad, la calidad de determinadores, autores materiales o cómplices."¹⁸

Es preciso destacar que cuando el legislador ha asignado la condición de juzgador a una corporación o juez colegiado, la conducta prevaricadora se consolida individualmente, es decir con la abierta contrariedad con el derecho, pero la finalidad no cesa en la emisión del concepto de un solo miembro de la colegiatura, pues se busca lograr la mayoría requerida para que pueda producirse la decisión contraria a derecho.

¹⁸ Sentencia del 24 de octubre de 2002, rad. 11536.

Bajo esta perspectiva, y con base en los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida por el ente persecutor al momento de solicitar la audiencia de formulación de imputación, el delegado, con fundamento en la exigencia consagrada en el artículo 287 del Código Procesal Penal de 2004 consideró que había arribado a la inferencia razonable respecto de la existencia del delito y de la autoría o participación del hasta ese momento indiciado, estimando igualmente que había obrado bajo el concurso de otra persona, concretamente del magistrado Miguel Alfonso Mercado Vergara.

Refulge diáfano que en este momento procesal se exige el mínimo grado de conocimiento dentro del proceso progresivo que enmarca el principio de gradualidad, camino hacia la reconstrucción histórica del fenómeno criminal en que se centra la actividad requirente, conforme lo reclama el canon 327 de la misma legislación, en miramiento irrestricto del principio de presunción de inocencia.

El ente persecutor estimó en este inicial momento del trámite, que la suscripción por parte tanto del aquí procesado como de su compañero de Sala, de la decisión que calificaba como prevaricadora, daba lugar a considerar la concurrencia plural delictiva.

Vale agregar que el mismo delegado de la Fiscalía destaca en la audiencia de formulación de imputación que la decisión de 31 de agosto de 2011 es abiertamente contraria a derecho, pues previo a su emisión no se recolectaron los medios de convicción necesarios para tomar la decisión de archivo, los cuales no fueron

aportados junto con la queja presentada por la Gobernadora de Córdoba y no obstante, violando abiertamente los artículos 128 y 129 de la ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), lo que trajo consigo que junto con el magistrado Mercado Vergara dispusieran el inmotivado archivo calificado como prevaricador, transgrediendo los artículos 19 y 97 del estatuto en cita.

Se advierte entonces que los dos magistrados que conformaban la Sala al momento de estudiar el proyecto de decisión que se reputa abiertamente ilegal, tenían la obligación de verificar integralmente la actuación, misma que carecía de los medios de conocimiento que permitieran ilustrar la situación fáctica sobre la que versaba la queja de la primer mandataria departamental, situación de la cual el delegado del ente persecutor derivó en la imputación el incumplimiento al deber de búsqueda de la verdad que emana de la Constitución Política (230), imponiendo a los funcionarios su sometimiento al ordenamiento jurídico, para el caso en particular a los artículos 128 y 129 de la ley 734 de 2002 que exigen la necesidad de recolección de los medios de convicción solicitados por las partes e impone al Estado la carga de la prueba para conseguir el pleno esclarecimiento de los hechos que permita emitir una decisión en derecho, deberes que la Fiscalía consideró violados, y que dieron lugar a que estimara en grado de inferencia razonable la coparticipación criminal de los dos magistrados que dispusieron el archivo de la investigación disciplinaria que se adelantaba en contra de la Juez Civil del Circuito de Lorica, la cual fue aceptada sin reparos por JALLER DUMAR en el preacuerdo objeto de pronunciamiento.

A ello se suma la inmotivada decisión del 31 de agosto de 2011, con la cual se puso fin a la actuación disciplinaria ante la absoluta ausencia de medios de prueba que permitieran reconstruir la verdad frente a los hechos materia de investigación.

Estos aspectos, destacados por el delegado del ente instructor en la audiencia de formulación de imputación le permitieron concluir el concurso del magistrado Mercado Vergara en la decisión prevaricadora.

En este escenario y bajo las particularidades planteadas por el señor Fiscal Delegado, el procesado, bajo el juicioso asesoramiento de su defensor, decidió aceptar los cargos sin reserva alguna, como es propio de la figura procesal del allanamiento, en la manera como fueron comunicados en esa audiencia, obviamente a sabiendas de las particularidades en que se expresaron por el representante del órgano persecutor.

Con tal proceder, estimaron suficientemente acreditadas las circunstancias propias del caso y las categorías requeridas para la estructuración de los cargos imputados, para el tema bajo examen, el prevaricato por acción cometido en coparticipación criminal, al punto que su decisión de aceptación de los cargos trajo consigo la imposición de una veda para la Fiscalía de continuar avanzando en la investigación por los hechos que configuraban el delito aceptado, lo que trae consigo la imposibilidad de alcanzar estadios de mayor conocimiento, a tono con las renunciaciones al principio de no autoincriminación y a contar con un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas.

Bajo tales derroteros, resulta del todo inviable que la otrora conforme defensa, ahora pregone la ausencia de comprobación de la intervención plural en el reato objeto de análisis, cuando con su manifestación procesal no solo aprobaron la existencia del delito y por supuesto de la coparticipación bajo la cual se realizó, así como su comprobación suficiente, máxime si se tiene en cuenta que con su determinación de evitar las fases de avance investigativo y procesal impiden arribar a los mayores grados de conocimiento que ahora echan de menos.

En este orden de ideas, al quedar acreditado el conocimiento necesario para condenar exigido por el artículo 327 del estatuto procesal de 2004, ninguna vulneración de garantías fundamentales se advierte.

Cumpliendo lo prescrito por el artículo 293 *ejusdem*, en el auto de aprobación del preacuerdo emitido por la Sala el 29 de marzo último se estableció que el acuerdo presentado por la Fiscalía y la defensa era voluntario, libre y espontáneo, con plena observancia de las garantías fundamentales, frente a lo que las partes e intervinientes manifestaron su plena aquiescencia, lo que permitió que la decisión cobrara ejecutoria inmediata, quedando sentado que por expresa voluntad del procesado admitió como probados los hechos imputados, por lo que desconocer lo convenido conllevaría una inadmisibile retractación.

Respecto de la figura de la retractación la Sala de Casación Penal ha sentado su posición al señalar (AP 830-2014, 26 de febrero de 2014, rad. 34.699):

"La Corte ha indicado que la limitación a la posibilidad de discutir o controvertir los términos de las aceptaciones o acuerdos, ha sido normativamente regulada por la ley a través de lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado principio de irrevocabilidad, que comporta, precisamente, la prohibición de desconocer el convenio realizado, ya en forma directa, como cuando se hace expresa manifestación de deshacer el convenio, o de manera indirecta, como cuando a futuro se discuten expresa o veladamente sus términos.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha establecido que <<una vez realizada la manifestación de voluntad por parte del imputado, en forma libre, espontánea, informada y con la asistencia del defensor, de modo que sean visibles su seriedad y credibilidad, no sería razonable que el legislador permitiera que aquel se retractara de la misma, sin justificación válida y con menoscabo de la eficacia del procedimiento aplicable y, más ampliamente, con detrimento de la administración de justicia>> CC SC C-1195-05.

Cabe advertir que la aceptación o el acuerdo no sólo es vinculante para la fiscalía y el implicado. También lo es para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario.

Y si bien es cierto que por estos mismos motivos, es decir, cuando el fallo anticipado se produce con fundamento en una aceptación o acuerdo ilegal, o con quebrantamiento de las garantías fundamentales, los sujetos procesales están legitimados para pretender su invalidación en las instancias o en casación, también resulta claro que estas nociones difieren sustancialmente del concepto de retractación, que implica, como se ha dejado visto, deshacer el acuerdo, arrepentirse de su realización, desconocer lo pactado, cuestionar sus términos, ejercicio que no es posible efectuar cuando su legalidad ha sido verificada".

Así las cosas, la Sala considera que no se advierte irregularidad alguna frente a la presencia de la circunstancia de mayor punibilidad de la coparticipación criminal que fuera debidamente imputada y aceptada por JALLER DUMAR.

De otra parte, milita la circunstancia de menor punibilidad señalada en el numeral 1 del canon 55 de la misma normativa por la carencia de antecedentes penales del procesado, conforme se acredita con el certificado de antecedentes penales y requerimientos judiciales expedido por la Policía Nacional de Colombia que fue aportado por la defensa durante el traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004 y que obra en el archivo digital que hace parte de la foliatura¹⁹.

A su vez, además, durante del traslado del artículo 447, el defensor demandó el reconocimiento de la circunstancia de menor punibilidad del 55-1, por virtud de la aplicación analógica del 55-10, arguyendo que su prohijado no cuenta con antecedentes disciplinarios ni fiscales²⁰, por lo que debe asumirse como de análoga significación a la de ausencia de antecedentes penales y tenerse en cuenta los efectos legales pertinentes.

En el 55-10 el legislador autorizó reconocer con los mismos efectos, circunstancias de menor punibilidad de análoga significación a las nueve enlistadas en dicho artículo.

Aunque la ponencia inicialmente presentada atendía favorablemente esta solicitud y por analogía reconocía en favor del procesado la circunstancia de menor punibilidad del 55-1 por ausencia de antecedentes disciplinarios y fiscales, la Sala mayoritaria, una vez estudiada la petición de cara a las normas, principios y valores constitucionales y legales llegó a

¹⁹ CD Folio 243 Cuaderno Corte No 2.

²⁰ *Ibidem*.

la conclusión de su improcedencia y, en consecuencia, dispone denegar su reconocimiento con sustento en los argumentos que a continuación se expondrán, basados en el concepto de analogía, los presupuestos de su aplicabilidad, y las evidentes diferencias entre las faltas disciplinarias, fiscales y las penas desde la perspectiva de su naturaleza y los fines que persiguen.

La analogía se define como la relación de semejanza entre dos cosas distintas. En sentido lógico corresponde a una forma de razonamiento o inferencia similar a un silogismo en la cual una de las premisas es esa relación de semejanza²¹.

La relación de similitud debe partir del análisis de las propiedades y finalidades de una cosa a efectos de compararla con otra y de este modo determinar sus comunes semejanzas tanto cualitativas como cuantitativas.

Jurídicamente se conoce como un argumento interpretativo *a pari ratione* que se traduce en el aforismo *ubi eadem ratio ibidem jus*, es decir, donde hay la misma razón debe haber la misma disposición. En términos prácticos, atribuir a un caso no regulado el tratamiento de uno sí previsto legalmente.

Para la jurisprudencia este axioma subyace bajo los principios de justicia y equidad y se constituye en una forma de razonamiento, de argumentación o de interpretación legal de un supuesto fáctico para el que no existe norma, pero ante

²¹ CSJ. Radicado 26136 de 26 de agosto de 2009.

la similitud de sus elementos y características con otro explícitamente reglado, se le aplican los efectos de este.

No obstante, importa destacar que a la comparación de los dos supuestos fácticos debe concurrir el estudio de sus finalidades, por ello es necesario acudir a los argumentos *a simili* por razones de semejanza, y *a fortiori*, como juicio de valor para destacar la presencia de una razón mayor que justifique su aplicación a un supuesto fáctico no previsto²².

La analogía como criterio de interpretación aplicable está autorizada por el artículo 8 de la Ley 153 de 1887: *"Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho"*.

Por su parte en el derecho penal sustantivo, el artículo 6 autoriza su aplicación solo en materias permisivas.

Al respecto, la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de esta norma (Art. 8 de la ley 153 de 1887), sentó las bases constitucionales de su alcance y fines, al señalar:

"La analogía. Es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo

²² CSJ., *ibidem*.

interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general.

Aunque el razonamiento se cumple, en apariencia, de lo particular a lo particular, es inevitable la referencia previa a lo general, pues los casos análogos tienen en común, justamente, el dejarse reducir a la norma que los comprende a ambos, explícitamente a uno de ellos y de modo implícito al otro. En la analogía se brinda al juez un fundamento para crear derecho, pero ese fundamento se identifica con la ley misma que debe aplicar. El juez que apela al razonamiento per analogiam no hace, pues, otra cosa que decidir que en una determinada situación, es el caso de aplicar la ley" (Subrayado original)

Así entonces, es pilar fundante de la interpretación analógica que el supuesto fáctico no contemplado en la ley solo difiera del que sí lo está "en aspectos jurídicamente irrelevantes", es decir, que legal y jurídicamente sean prácticamente iguales. O lo que es lo mismo, que los aspectos en los que se diferencian, además de irrelevantes sean ajenos a "aquellos que explican y fundamentan la *ratio juris* o razón de ser de la norma". Solamente ante esas circunstancias, excepcionalmente, la analogía podrá aplicarse en materias permisivas²³.

En síntesis, la aplicación analógica de la ley está autorizada ante la presencia de los tres elementos que la configuran: (i) ausencia de norma aplicable al caso en cuestión; (ii) que el caso previsto por la norma sea similar o semejante al carente de norma o de previsión legal; (iii) que exista la misma razón, motivo o fundamento para aplicar el precepto normativo al caso no previsto.

²³ Artículo 6 inciso 3 del Código Penal.

En cuanto a la naturaleza y fines de las faltas penal y disciplinaria, en la sentencia C-427 de 1994, la Corte Constitucional en referencia a estas sostuvo que no obstante existir elementos comunes la una difiere de la otra respecto de estos elementos.

Para ese alto Tribunal la prohibición legal de la conducta delictiva tiene como fin la defensa de los bienes jurídicos, mientras que la falta disciplinaria busca proteger el desempeño del servidor público con miras al cabal cumplimiento de su función.

Además, mientras la prohibición de la conducta penal implica una exhaustiva definición de sus elementos, la tipificación de la falta disciplinaria involucra elementos propios de la función pública que dan un margen de apreciación más flexible, tal como lo ha estimado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En suma, para el Tribunal Constitucional, las sanciones penales se dirigen en general a la privación de la libertad física y a la reinserción del penado a la sociedad, en tanto las disciplinarias tienen que ver con el servicio oficial, llamados de atención, suspensiones o separaciones de este, lo que permite asumir que por los mismos hechos, la sanción disciplinaria puede operar simultáneamente con la responsabilidad penal, precisamente por su naturaleza disímil, pues no obedecen a una misma razón de ser o *ratio juris*.

Se entiende entonces, que constitucional y legalmente la sanción penal tiene una naturaleza distinta de la disciplinaria en cuanto a su contenido, alcance y fines y, por tanto, no pueden ser equiparables entre sí, por tratarse de diferencias sustanciales relevantes, relacionadas con la *ratio juris* o razón de ser de la norma (55-1) que prevé la ausencia de antecedentes penales como circunstancia atenuante, cuyo enfoque se funda en la resocialización de las personas que cometen delitos.

Esta postura fue acogida por la Sala de Casación Penal en la sentencia SP235-2019, radicado 52852 de 6 de febrero de 2019, al destacar que, solamente la ausencia de antecedentes penales afecta la selección del cuarto de movilidad, no así la carencia de antecedentes disciplinarios, pues la responsabilidad disciplinaria tiene una naturaleza disímil de la penal. Así dijo:

"(...) la circunstancia atinente a que el procesado tenía una trayectoria de 28 años en la Rama Judicial, sin antecedentes penales ni sanción disciplinaria no tiene el alcance que pretende la defensa, pues como se explicó en apartados anteriores, la carencia, en este caso, de antecedentes penales solo repercute en la fijación del cuarto de movilidad no así en la concreción de la pena. Y frente a la inexistencia de antecedentes disciplinarios, ello no tiene relevancia en el ámbito punitivo si en cuenta se tiene que la responsabilidad disciplinaria es de naturaleza distinta de la penal".

De otro lado, la acción fiscal halla su definición en el artículo 1 de la Ley 610 de 2000: *"el proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del estado".*

De acuerdo con el artículo 4 de la citada normativa, la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

En la sentencia C-619 de 2002, la Corte Constitucional abordó la naturaleza y alcance de la responsabilidad fiscal, sentando sus bases, así:

"5.2. Para la Corte, la responsabilidad fiscal viene a constituir "una especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público, e incluso a los contratistas y a los particulares que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado"²⁴. En esa medida, igual a lo que acontece con la acción de repetición, la responsabilidad fiscal tiene como finalidad o propósito específico la protección y garantía del patrimonio del Estado, buscando la reparación de los daños que éste haya podido sufrir como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos –incluyendo directivos de entidades públicas, personas que adoptan decisiones relacionadas con gestión fiscal o con funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares por razón de los perjuicios causados a los intereses patrimoniales del Estado–."

²⁴ Sentencia SU-620/96, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Destacó en esa oportunidad la Corte, que este tipo de responsabilidad se determina mediante el trámite de un proceso eminentemente administrativo, regulado en la Ley 610 de 2000, definido como el conjunto de actuaciones materiales y jurídicas que con la observancia plena del debido proceso, adelantan las contralorías a fin de determinar la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, por la mala administración o manejo de los dineros o bienes públicos a su cargo. A través de ese proceso, se persigue una declaración jurídica que defina que un determinado servidor público, exservidor o particular, debe responder patrimonialmente por dolo o culpa en el ejercicio de su gestión fiscal.

Ya en la SU-620 de 1996, el tribunal constitucional caracterizó los principios que gobiernan el proceso de responsabilidad fiscal, así:

"a) Es un proceso de naturaleza administrativa, en razón de su propia materia, como es el establecimiento de la responsabilidad que corresponde a los servidores públicos o a los particulares que ejercen funciones públicas, por el manejo irregular de bienes o recursos públicos. Su conocimiento y trámite corresponde a autoridades administrativas, como son: la Contraloría General de la República y las contralorías, departamentales y municipales.

b) La responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa, porque juzga la conducta de un servidor público, o de una persona que ejerce funciones públicas, por el incumplimiento de los deberes que les incumben, o por estar incursos en conductas prohibidas o irregulares que afectan el manejo de los bienes o recursos públicos y lesionan, por consiguiente, el patrimonio estatal.

Dicha responsabilidad es, además, patrimonial, porque como consecuencia de su declaración, el imputado debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización

pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Adicionalmente, la declaración de la referida responsabilidad tiene indudablemente incidencia en los derechos fundamentales de las personas que con ella resultan afectadas (intimidad, honra, buen nombre, trabajo, ejercicio de determinados derechos políticos etc.).

c) Dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (parágrafo art. 81, ley 42 de 1993). En efecto, la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. Es, por lo tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque se advierte que, si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046/94.

d) A lo anterior se agregó en dicho fallo que la responsabilidad fiscal es de carácter subjetivo, porque para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa".

En síntesis, como características relevantes de la acción fiscal se destacan: (i) su carácter eminentemente administrativo; (ii) la responsabilidad es netamente fiscal porque juzga únicamente la conducta de quienes ejercen funciones públicas relacionadas con el manejo del erario; y, (iii) la declaratoria de responsabilidad fiscal no tiene carácter sancionatorio, es apenas resarcitorio.

En este orden, estima la Sala que para los efectos legales del artículo 55-1 del Código Penal no es posible equiparar los antecedentes penales con los disciplinarios y fiscales porque en su esencia (*ratio juris*) son de naturaleza bien disímil, no solo por su especie, sino por tener fines y funciones diferentes.

Mientras las penas dicen relación con la búsqueda de la resocialización del reo como trasunto de los principios de prevención general y especial, los segundos están vinculados estrechamente con la transparencia de la función pública y persiguen objetivos resarcitorios, ninguno relacionado con los fines y funciones de la pena.

Las primeras, a diferencia de las sanciones disciplinarias y fiscales tienen reconocidas constitucional²⁵ y legalmente unas funciones²⁶ específicas de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción especial y protección al condenado, que le son propias, y que la Corte Constitucional en sentencia C-806 de 2002, explicó así:

“La prevención general “no solo debe orientarse a defender a la comunidad de quien infrinja la norma, sino que ha de respetar la dignidad de éstos, no imponiendo penas como la tortura o la muerte, e intentar ofrecerles alternativas a su comportamiento desviado, ofreciéndoles posibilidades para su reinserción social.”

La retribución justa equivale a la imposición de una sanción como consecuencia inmediata del perjuicio causado por la persona que delinque. Dicha retribución tiene como objetivo el restablecimiento del orden jurídico quebrantado. Por este motivo, la pena se fija a partir de la magnitud de la conducta descrita en el tipo penal, el grado de culpabilidad del hecho punible y al mal socialmente originado con la conducta.

La prevención especial pretende con la imposición de la pena que el individuo desista de la comisión de nuevas infracciones al ordenamiento jurídico, es decir, busca impedir la reiteración de la conducta punible.

La prevención especial tiene dos concepciones:

La prevención especial negativa, la cual hace alusión a la neutralización del condenado para que no vuelva a delinquir.

²⁵ Corte Constitucional T-265 de 2017.

²⁶ Art. 4 de la Ley 599 de 2000.

*La prevención especial positiva tiene como fin reeducar, resocializar y corregir a quien cometió la conducta punible, para que de esta manera pueda ser reinsertado a la sociedad nuevamente, "pues el objeto del derecho penal en un Estado social de derecho no es excluir al infractor del pacto social, sino buscar su reinserción en el mismo"*²⁷. (...)

La reinserción social es el trabajo que debe cumplir el Estado para que la persona que ha llevado a cabo conductas delictivas retorne al seno social previa superación de los motivos, causas o factores que la empujaron a la criminalidad. Es decir, debe ser entendida como el tratamiento al que es sometido la persona privada de la libertad a fin de que no vuelva a delinquir.

*"durante la ejecución de las penas debe predominar la búsqueda de resocialización del delincuente, ya que esto es una consecuencia natural de la definición de Colombia como un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (CP art. 1º), puesto que el objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo. Por ello, es lógico que los instrumentos internacionales de derechos humanos establezcan esa función resocializadora del tratamiento penitenciario. Así, de manera expresa, el artículo 10 numeral 3º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, consagra que "el (sic) régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados" (subrayas no originales)"*²⁸

Por último, la protección del condenado apunta a salvaguardar la integridad de quien ha cometido una conducta delictiva, de los mecanismos parainstitucionales de justicia o de la reacción por parte del sujeto pasivo de la conducta penal o de sus familiares"

En suma, son asuntos que por su esencia no pueden asimilarse, pues hacerlo, además de desconocer la naturaleza, funciones y fines del derecho penal, el disciplinario y el fiscal , impactan de manera indebida las reglas de individualización de la pena previstas por el legislador ya que afecta en cualquier caso los cuartos de movilidad (art. 61 inciso primero), máxime si se considera que en punto de los antecedentes penales su

²⁷ Sentencia C-806 de 2002

²⁸ Ibidem.

inexistencia se viene presumiendo mientras no se demuestren, circunstancia que impondría la obligatoriedad de su reconocimiento de oficio, por lo que prácticamente deberá admitirse la ausencia de antecedentes disciplinarios y fiscales en todos los casos, con la consecuente afectación de las reglas de dosimetría penal.

Aceptar entonces la analogía propuesta desestimula la lucha contra la corrupción, y envía un mensaje equivocado a la sociedad al imponer penas que no guardan simetría con la gravedad del daño causado, ni con suficiente capacidad de prevenir general, ni especialmente la comisión de este tipo de delitos.

En conclusión, como no están dados los presupuestos de aplicación analógica del artículo 55-1 del Código Penal para el supuesto fáctico de ausencia de antecedentes disciplinarios o fiscales, será denegado su reconocimiento.

Como el no reconocimiento de la circunstancia de menor punibilidad del 55-1 por ausencia de antecedentes disciplinarios y fiscales modifica los cuartos de movilidad conforme al mandato del inciso segundo del artículo 61 del Código Penal, la Sala mayoritaria se ve compelida a redosificar la pena propuesta en la ponencia derrotada, como sigue:

A efectos de definir el ámbito punitivo de movilidad frente al delito de prevaricato por acción se resta el extremo mínimo al máximo, operación de la cual se obtiene una diferencia de noventa y seis (96) meses de prisión; doscientos treinta y tres

punto treinta y cuatro (233,34) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y sesenta y cuatro (64) meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Dichos montos, al ser divididos en 4, arrojan un cociente de veinticuatro (24) meses de prisión; 58,335 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y dieciséis (16) meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, de donde se obtienen los cuartos de movilidad así:

PRIMER CUARTO	SEGUNDO CUARTO	TERCER CUARTO	CUARTO MÁXIMO
48 a 72 meses	72 meses y 1 día a 96 meses	96 meses y 1 día a 120 meses	120 meses y 1 día a 144 meses
66,66 a 124,99 smlmv	125 a 183,33 smlmv	183,34 a 241,67 smlmv	241,68 a 300 smlmv
80 a 96 meses	96 meses 1 día a 112 meses	112 meses 1 día a 128 meses	128 meses 1 día a 144 meses.

Corresponde ahora dar cumplimiento a la voluntad legislativa consignada en el inciso segundo del artículo 61 del estatuto de penas, según el cual *“El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva”*.

Como para este punible se advierten una circunstancia de menor punibilidad correspondiente a la ausencia de antecedentes penales y una de mayor punibilidad por haber obrado en coparticipación criminal, conviene recordar que, según la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, para precisar en cuál de los cuartos medios se ubica la sanción se deben analizar el número, la naturaleza y la gravedad de las situaciones de menor y de mayor punibilidad que le fueron reconocidas al procesado. En este sentido:

“El argumento adicional que el casacionista expone en torno al método que debió haberse seguido en la determinación del quantum aplicable por cada agravante, consistente en que correspondía dividir el tiempo comprendido entre el mínimo y máximo de la pena aplicable por el número de circunstancias de mayor punibilidad previstas en la norma, para saber qué pena correspondía a cada una de ellas, resulta inaceptable, porque solo atiende un aspecto (el cuantitativo), dejando de lado el contenido y naturaleza de la circunstancia (cualitativo), y los demás criterios de dosificación punitiva”.²⁹ (Negrilla de la Sala).

Más recientemente, la Corporación de cierre reiteró el mismo criterio, señalando:

“Se deberán escoger los cuartos medios (segundo cuarto de punibilidad –SCP– o tercer cuarto de punibilidad –TCP–) cuando concurren simultáneamente circunstancias genéricas de punibilidad del artículo 55 y 58 del C.P. (el número, la naturaleza y gravedad de las mismas determinará si se aplica el segundo –SCP– o el tercer cuarto de punibilidad –TCP–).”³⁰ (Negrilla fuera de texto original).

Visto así, debemos comprender que si bien la pluralidad de sujetos que intervinieron en la emisión de la decisión que se califica como manifiestamente contraria a derecho y de la que emana la responsabilidad por el delito de prevaricato activo no

²⁹ CSJ 18 feb. 2005, rad. 20597

³⁰ CSJ SP338-2019, 13 feb. 2019, rad. 47675.

constituía elemento estructural del tipo, si resultaba necesaria para el caso en concreto, habida cuenta que dicha determinación judicial emanaba de un órgano decisorio colectivo, por lo que la participación en ella de los dos magistrados resultaba necesaria para darle existencia jurídica al fallo que dispuso el archivo de las diligencias; es necesario sopesar dicha circunstancia con la de atenuación para definir en qué cuarto medio se moverá la Sala para determinar la pena.

La Sala, al realizar este ejercicio ha llegado a la conclusión que tiene mayor peso la agravante frente a la circunstancia de menor punibilidad no solo por su estrecha y directa relación con las circunstancias en que fueron ejecutados los hechos, de la cual carece la atenuante de antecedentes penales, sino porque a estos concurrió un número plural de personas lo que constituye un indicativo adicional de su gravedad, por tanto la pena deberá ubicarse dentro del segundo cuarto medio, que oscila entre 96 meses y 1 día y 120 meses de prisión; 183.33 y 241.65 salarios mínimos legales mensuales vigentes y 112 meses 1 día a 128 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Ahora bien, la pena a imponer en concreto se fija teniendo en cuenta los aspectos determinados en los incisos 3º y 4º del artículo 61 del Código Penal, esto es:

"La mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto".

"Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en

cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda."

Bajo estos criterios moderadores, el legislador le otorga al juzgador la potestad de graduar la pena dentro del cuarto correspondiente, acorde con una motivación fundada en las pruebas legalmente practicadas y la realidad procesal que de ellas emerja, proscribiendo cualquier arbitrariedad que de dicha facultad pudiera surgir, como la doble valoración o la convicción íntima del juez.

Es decir que le compete al juzgador ponderar aquellas circunstancias que resulten acreditadas en el proceso y no correspondan con las que hacen parte de la estructura del delito, o las que coincidan con los agravantes o atenuantes específicos, pues de ellos ya ha dado cuenta el legislador al momento del establecimiento de los extremos punitivos para la respectiva conducta punible, ya que proceder de tal forma solo generaría una múltiple valoración, al desbordar el principio de estricta legalidad de la pena, vulnerando la prohibición de *non bis in idem*³¹.

Sin embargo, sí resulta obligado considerar circunstancias que demuestren un plus conductual que se ponga en evidencia en el proceder del agente, denotando una mayor o menor afectación al bien jurídico tutelado, al exceder los comportamientos propios de la comisión de la figura delictiva o desbordar las circunstancias de agravación o atenuación genéricas ya tenidas en cuenta para la fijación del

³¹ CSJ, sentencia 14 mar. 2007. Rad. 25666.

cuarto respectivo³².

Se trata de comportamientos especiales que acrecientan la intensidad del injusto³³, frente a los cuales la Sala de Casación Penal, en sentencia de 7 de diciembre de 1999, dentro del radicado 15458, indicó:

"Las circunstancias de agravación, bien las específicas ora las genéricas, lógicamente forman parte del concepto de "gravedad y modalidades del hecho punible"; pero, desde luego, existencialmente pueden presentarse otras manifestaciones comportamentales que aumenten la intensidad del injusto, sin que el legislador las haya contemplado expresamente como agravantes, y en tal medida se justifica la distinción que hace el precepto examinado. Es que gravedad y personalidad se refieren globalmente al injusto y al sujeto responsable del mismo, pero sólo incidirá en la dosificación en lo relacionado con aquellos comportamientos que no quedan específicamente comprendidos por una atenuante o agravante.

Sin embargo, es preciso analizar primero, por respeto al principio de legalidad, si concurren circunstancias específicas y/o genéricas de agravación dispuestas como tales en la ley, y sólo después otras supuestas manifestaciones existenciales de conducta que puedan encuadrarse en la fórmula más abierta de "la gravedad y modalidades del hecho punible" o "personalidad del agente", pues bien puede ocurrir que las últimas quepan perfectamente en la base fáctica de las primeras. En este orden, el juzgador puede precaver la doble valoración de circunstancias o comportamientos, con consecuencias punitivas apreciables, como expresión sustancial de la garantía que consagra el principio universal del non bis in idem".

³² CSJ, sentencia 25 agos. 2010. Rad. 33458.

³³ CSJ, sentencia 23 sept. 2003. Rad. 17089.

Así las cosas, los nueve criterios consignados en el inciso 3 del artículo 61 sustantivo penal se pueden constituir en un plus comportamental que no se encuentra recogido en el tipo penal, ni en las circunstancias de agravación específicas o genéricas. Son conductas especiales que amplían la graduación del injusto, pero que no fueron tenidas en cuenta por el legislador en su proceso de configuración del delito y sus agravantes o atenuantes.

Verificadas las circunstancias alegadas en la actuación, la Sala estima oportuno analizar las especiales circunstancias que recaen sobre el procesado, teniendo en cuenta la labor que los magistrados desempeñan y las tareas que a ellos se les han encomendado dentro de un modelo de Estado constitucional, como el que regenta nuestra realidad patria.

La sociedad, al investir a una persona como magistrado de la República, le confiere poderes que a ningún otro servidor público le son concedidos. Por esta razón, quien ostenta la función jurisdiccional, y por sobre todo en el destacado rango de la magistratura, tiene el deber moral de conducir sus actuaciones con probidad y honestidad. La sociedad confía en él para que con prudencia, transparencia e imparcialidad, decida sobre los derechos de sus semejantes y por esa vía alcance los ideales de justicia necesarios para lograr una convivencia pacífica.

Quien es exaltado dentro de la sociedad para desempeñar las labores jurisdiccionales debe construir una ética personal que trascienda de la sala de audiencias y se proyecte en la

comunidad con un proceder digno de admiración y respeto; sus actuaciones no se reducen únicamente a ámbitos estrictamente laborales, sino a todos aquellos espacios en donde la razón y la serenidad deben primar sobre la exaltación y la enervación. La persona que se encarga de administrar justicia debe ser íntegra y honesta. El juez debe ser una persona respetable.

El papel que desempeña el juez es imprescindible en la sociedad. Su posición jamás debe quedar vacía, pues su ausencia desembocaría en violencia, descontrol y caos. Ahora, la ausencia a la que aquí se refiere nada tiene que ver con una acepción física, sino con su contenido moral. Falta la jurisdicción cuando a quien se le encomienda incumple con sus deberes o cuando falla en sus responsabilidades. Un juez está ausente cuando incumple la ley.

Al incumplir el ordenamiento jurídico, el magistrado traiciona la confianza que en él ha depositado la sociedad y renuncia a la función de alcanzar la justicia. La permisividad con un obrar intencionalmente desviado, que conspira contra los principios que regentan tan primordial tarea, no puede pasar inadvertida, pues la laxitud con dicho proceder transportaría a la comunidad hacia el imperio de la corrupción y la delincuencia, fenómenos que son los que precisamente debieron ser contrarrestados con el ejercicio de las funciones jurisdiccionales. En este sentido lo pregona Luigi Ferrajoli, cuando sostiene que el papel que se le ha atribuido a la jurisdicción es la *"defensa de la legalidad contra la criminalidad del poder, es decir, la defensa del principio propio del Estado de*

derecho, de la sujeción a la ley de todos los poderes públicos".³⁴

Y es así, pues el juez representa el último resguardo de transparencia y honestidad. Los ciudadanos deben tener la tranquilidad de que el fallador de su caso actuará conforme a la Constitución y los mandatos legales, y los protegerá de la injusticia, los actos ilícitos y los abusos de poder cualquiera sea su procedencia. El juez es el vigilante de la legalidad de los poderes públicos y el protector de los derechos fundamentales.

Una empresa de tales magnitudes, reclama como atributo imprescindible la imparcialidad en todas sus actuaciones. Sus decisiones deben ser reflejo de ecuanimidad y serenidad. Su legitimidad radica precisamente en nunca inclinar sus determinaciones hacia costado diferente a aquel que le demanda el derecho. Cuando se aparta de la ley y decide favorecer a alguna de las partes, pierde toda su legitimidad y deja de representar a la justicia. Ya no es más una persona respetable y, por lo tanto, ya no puede ser juez.

Un juez pierde independencia no sólo cuando el poder se entromete en sus decisiones, sino cuando él mismo, por intereses de terceros o personales, decide romper con su objetividad, faltar a los deberes morales de él esperados, y favorecer corruptamente a quien la Constitución y la ley no le dan la razón.

El magistrado aquí imputado optó, aun cuando tenía el

³⁴ Ferrajoli, Luigi. "El juez en una sociedad democrática". 1987. Disponible en: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1887/eljuezenunasocietdemocratica>

deber de no hacerlo, por beneficiar ilegalmente a quien debía investigar, con lo cual decidió traicionar la confianza que la sociedad y el Estado habían depositado en él, pervirtiendo los principios de autonomía e imparcialidad inherentes a la labor judicial.

Tal proceder de parte del imputado JALLER DUMAR, reclama un examen detallado de las circunstancias consagradas en el inciso 3 del artículo 61 del Código Penal, frente a las profundas implicaciones que genera su obrar respecto de otros funcionarios y ciudadanos que ostentan funciones diferentes en la sociedad.

Verificadas las circunstancias de ocurrencia de los delitos aceptados por el imputado, se advierte su gravedad, siendo de destacar no solo que su realización estuvo a cargo de un alto funcionario judicial, quien junto a su compañero de Sala tomó una decisión abiertamente contraria a derecho, sin dotarla de los elementos que brindaran el sustento probatorio necesario, sino que produjeron un grave daño a la sociedad, pues el actuar censurado a la juez de Lorica, que fue motivo de aprobación por RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR, consistió en utilizar su poder jurisdiccional para emitir decisiones a través de las cuales se disponía el apoderamiento de cuantiosas sumas del erario, ordenando irregularmente el embargo de las cuentas de la Sociedad Fiduciaria "La Previsora S.A.", respecto de prestaciones económicas pensionales de personas que no tenían derecho a ellas, pues su fundamento emergía de documentación falsa, afectando con ello las arcas del departamento de Córdoba.

Por lo tanto, la acción prevaricadora se nutrió precisamente de la omisión en el deber de ordenar la práctica de los medios de prueba necesarios para lograr el esclarecimiento de los hechos, pues no le interesaba al imputado que se estableciera el real proceder de la funcionaria judicial que debía disciplinar, para facilitar la decisión de archivo finalmente emitida, sino que tampoco se dilucidara la intervención de su compañera Caterine Carine Cogollo Reina en la organización que en asocio de la juez de Lorica se dedicaban a defraudar el patrimonio público, lo que lo obligaba a declarar su impedimento para continuar conociendo del proceso disciplinario, actividad que de manera consciente y voluntaria evadió el procesado, generando la tipicidad omisiva que acepta por vía de preacuerdo.

Este fenómeno de corrupción judicial en el nivel de la magistratura del Consejo Seccional de la Judicatura en el que tuvo ocurrencia, genera un descrédito de las instituciones y en especial de la Rama Judicial que llena de desaliento y desesperanza a los asociados, quienes de manera lamentable asisten al escenario en el cual los llamados a administrar justicia y a reconocer los derechos de la comunidad conspiran para desconocerlos sin escrúpulo alguno, permitiendo con ello el desdeño de caros y escasos recursos públicos, sin acometer con transparencia las investigaciones que dichas actuaciones acarrearán.

De las circunstancias destacadas se evidencia que tanto el prevaricato activo como el omisivo ponen de presente la

magnitud de la gravedad de las conductas asumidas por el imputado JALLER DUMAR, el grave efecto que produjeron en las escasas arcas públicas, la intensidad del dolo, perseverando en el ilícito obrar para favorecer los intereses de la organización a la que pertenecían la juez investigada y su propia esposa, aspectos que conllevan a que se imponga una pena superior a la fijada en el mínimo señalada para el cuarto punitivo seleccionado.

Considerando lo enunciado en precedencia, en esta fase de tasación concreta de la sanción se fijará esta superando el tope inferior del segundo cuarto medio seleccionado, tomando el 16,6 % del mismo, por lo que se determina una pena de prisión de cien (100) meses.

En la misma proporción se aumentarán las penas acompañantes de la de prisión, por lo que se aplicará al acusado una multa de ciento noventa y tres (193) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ciento catorce punto sesenta y cinco (114.65) meses, equivalentes a ciento catorce (114) meses diecinueve (19) días.

Por su parte, el artículo 414 de la Ley 599 de 2000 dispone para el delito de **prevaricato por omisión** una pena de treinta y dos (32) a noventa (90) meses de prisión, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.

Restando el extremo mínimo al máximo se obtiene una diferencia de cincuenta y ocho (58) meses de prisión y sesenta y uno punto sesenta y siete (61.67) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa –no se aplicará esto respecto a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, toda vez que el código se consagra sanción única, la cual es de ochenta (80) meses–.

Dichos montos, al ser divididos entre cuatro, arrojan un cociente de catorce punto cinco (14.5) meses de prisión; quince punto cuarenta y un (15.41) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, de donde se obtienen los cuartos de movilidad así:

PRIMER CUARTO	SEGUNDO CUARTO	TERCER CUARTO	CUARTO MÁXIMO
32 a 46 meses y 15 días	46 meses y 16 días a 61 meses	61 meses y 1 día a 75 meses y 15 días	75 meses y 16 días a 90 meses.
13.33 a 28.74 smlmv	28.74 a 44.16 smlmv	44.16 a 59.58 smlmv	59.58 a 75 smlmv

Atendiendo que para esta modalidad delictiva se predica exclusivamente la circunstancia de menor punibilidad, correspondientes a la carencia de antecedentes penales, al haberse descartado la análoga de antecedentes disciplinarios y fiscales y la de mayor punibilidad de posición distinguida, habrá de fijarse la sanción en el primer cuarto, siguiendo los derroteros ya trazados en esta decisión para el mismo aspecto en la dosificación del delito de prevaricato por acción.

Así las cosas, la pena se ubicará entre 32 meses y 46

meses 15 días de prisión; trece punto treinta y tres (13,33) y veintiocho punto setenta y cuatro (28,74) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y ochenta (80) meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Bajo los criterios consagrados en el inciso 3° del artículo 61 sustantivo penal, mismos que ya fueron analizados en el acápite respectivo de la tasación concreta de la pena en el delito de prevaricato por acción, se fijará la misma superando el tope inferior del cuarto seleccionado, tomando el 16,6 % del mismo, por lo que se determina una pena de treinta y cuatro punto cuatro (34.4) meses que equivalen a treinta y cuatro (34) meses y doce (12) días de prisión.

Como pena de multa se impondrá la de quince punto ochenta y nueve (15,89) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por ochenta (80) meses.

En atención a que se pronuncia la Sala del concurso de conductas punibles, es necesario observar lo reglado en el artículo 31 del código penal, norma que dispone que en tales eventos el sancionado quedará sometido a la pena más grave fijada, aumentada hasta en otro tanto, sin superar la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas debidamente dosificadas.

Así las cosas, se partirá de la pena para el delito de **prevaricato por acción**, correspondiente a cien (100) meses de

prisión, que se aumentará en tres (3) meses más por el delito de **prevaricato por omisión**, arribando a un quantum punitivo total de **ciento tres (103) meses de prisión**.

En cuanto hace relación con las penas de multa, por mandato del numeral 4 del artículo 39 del estatuto sustantivo, en caso de concurso de conductas punibles deberán ser sumadas, por lo que su tasación corresponderá a ciento noventa y tres (193) salarios mínimos legales mensuales vigentes fijados para el prevaricato por acción, a los que se adicionarán quince punto ochenta y nueve (15,89) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para un total de **doscientos ocho punto ochenta y nueve (208.89) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa**.

La porción de pena de prisión tenida en cuenta para el prevaricato omisivo por virtud del concurso corresponde al 8,72%, fracción que se aplicará a la pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas, que habiendo sido tasada en ochenta (80) meses quedará fijada en seis punto noventa y siete (6.97) meses, que sumados a los ciento catorce punto sesenta y cinco (114.65) meses establecidos para el prevaricato por acción arroja a un total de **ciento veintiuno punto sesenta y dos (121.62) meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas que equivalen a ciento veintidós (122) meses y dieciocho (18) días**.

Llama la atención que la defensa, consciente de que el preacuerdo albergó como único beneficio el otorgamiento de la prisión domiciliaria, pretenda en el traslado del artículo 447

que se le conceda otro beneficio por virtud de la aceptación de cargos correspondiente a una disminución de la mitad de la pena a imponer.

Es claro para esta Colegiatura que en el texto de la negociación se consignó expresamente que la concesión del *sustituto de la prisión domiciliaria* se pactó como *único beneficio producto del preacuerdo*³⁵, debido a que la ley y la jurisprudencia así lo permiten³⁶, documento que fue suscrito por el imputado y su defensor.

En desarrollo de la audiencia de verificación de preacuerdo celebrada el 26 de agosto último, fue ratificado por las partes dicho contenido, explicitando nuevamente como único beneficio del convenio el otorgamiento de la prisión domiciliaria, escenarios en los cuales la bancada defensiva manifestó sin reparo alguno su aquiescencia con dichos términos de la negociación.

En el auto emitido en la misma calenda, esta Sala impartió aprobación al preacuerdo bajo los mismos términos, consignando en dicha decisión judicial que la concesión del otorgamiento de la prisión domiciliaria en favor de JALLER DUMAR provenía del convenio y constituía el único beneficio como contraprestación de su aceptación de cargos, determinación frente a la cual la defensa manifestó su aprobación sin interponer medio de impugnación alguno, cobrando ejecutoria en el acto.

³⁵ Folio 22 texto del preacuerdo, Folio 22 Cuaderno Corte No 1.

³⁶ Folio 29 texto del preacuerdo, Folio 29 Cuaderno Corte No 1.

De lo anterior se concluye sin dubitación que la rebaja de la mitad de la pena que predica la defensa como retribución a su aceptación de cargos por vía del preacuerdo resulta del todo inviable, y contraría los claros dictados del inciso segundo del artículo 351 que prescribe que del preacuerdo solo podrá emanar un beneficio.

Afirmar como lo hace ahora la defensa, que la prisión domiciliaria le fue reconocida a su cliente por vía diferente a la del convenio celebrado con la Fiscalía, desconoce la realidad procesal y propugna por la concesión de un beneficio adicional, contrariando la naturaleza del instituto que gobierna el trámite, al tratar de desconocer los términos del convenio celebrado, por lo que no se accederá a su pedido.

9. Condena de ejecución condicional

En consideración a que la pena de prisión impuesta al procesado supera ampliamente el límite máximo de cuatro (4) años previsto en el artículo 63 del Código Penal, como presupuesto sustancial objetivo para el otorgamiento de este mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, la Sala no le reconocerá dicho subrogado.

10. Sobre la prisión domiciliaria

Al respecto, el artículo 38 del Código Penal, en los términos que se encontraba vigente para el momento de los hechos en que se funda la imputación, esto es, previo a la

modificación introducida por la Ley 1709 de 2014, es decir la Ley 599 de 2000, establece que es factible sustituir la pena carcelaria por la prisión domiciliaria cuando:

- (i) La sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.
- (ii) El desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.
- (iii) Se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones: a. solicitar autorización al funcionario judicial para cambiar de residencia; b. Observar buena conducta; c. Reparar el daño; d. Atender el llamado de la autoridad; e. Permitir el ingreso a la residencia de los funcionarios encargados de verificar el cumplimiento de la restricción.

Frente al primero de esos presupuestos, el Código Penal estipula para el delito de prevaricato por acción una pena mínima de cuatro años -cuarenta y ocho meses-, la cual es inferior a los cinco (5) años, que determina la norma.

Ahora, el artículo 68A que regía para agosto de 2011 prohíbe conceder la prisión domiciliaria como sustitutiva de la de prisión cuando el beneficiario hubiera sido condenado por algún delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, situación que no comporta impedimento alguno, en la medida

que en la actuación el ente persecutor pregonar la carencia de antecedentes penales del imputado.

En el mismo sentido, indica que no se pueden otorgar estas subvenciones a quienes hayan sido condenados por delitos de prevaricato por acción y por omisión, salvo que hayan sido objeto de preacuerdos y negociaciones entre el procesado y la Fiscalía.³⁷

Pues bien, acorde con la normatividad citada, la prisión domiciliaria como sustitutiva de su modalidad intramural procede cuando el juicio de responsabilidad se basa en un acuerdo de culpabilidad negociado con la Fiscalía, independientemente de las demás causales. Así, en el caso concreto, no resulta necesario ahondar en el análisis del cumplimiento de las reglas dispuestas en el artículo 314 de la Ley 906 de 2004, pues el precepto 68A de la Ley 599 de 2000 permite acordar esta medida, para alcanzar los fines establecidos en el ordenamiento respecto de figuras de derecho premial como la que acá nos ocupa.

Respecto del segundo presupuesto, una vez superado afirmativamente el examen del aspecto objetivo, el subjetivo es competencia de los negociadores *“y vinculante para el juez de conocimiento, a no ser que los términos en que se acuerde el sustituto sea violatorio de derechos fundamentales”* (CSJ radicado 37209 de 23 de noviembre de 2011).

³⁷ Situación que fue modificada con la entrada en vigencia de la ley 1709 de 2014, que eliminó esta posibilidad.

Ese carácter vinculante conlleva a que dicho acuerdo entre las partes sustraiga al fallador de ofrecer un análisis del componente subjetivo, salvo que observara una flagrante violación de derechos fundamentales, situación que, como se ha advertido, no se presenta en este trámite.

En todo caso, vale la pena resaltar que, según lo reglamentado en las leyes sustancial y procesal vigentes para el momento en que ocurrieron los hechos, es perfectamente viable conceder la sustitución de la pena de prisión intramural por la reclusión domiciliaria cuando se acuda a la terminación del proceso vía preacuerdo, puesto que el parágrafo del artículo 68A, modificado por la Ley 1474 de 2011, vigente para ese momento así lo permitía. Además, si bien es cierto que las causales del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 regulan otros factores, estos no son requisitos a tener en cuenta para poder conceder el beneficio de que trata el presente caso.

Conforme lo anterior y atendiendo que en el presente asunto se dan los presupuestos objetivos exigidos por el legislador para el reconocimiento de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural, en tanto que los subjetivos han sido objeto de preacuerdo, como único beneficio de la negociación, sin que se advierta violación de garantías fundamentales, se reconocerá el derecho a la prisión domiciliaria en favor del aforado.

Por último, con el fin de dar aplicación a lo dispuesto en el numeral cuarto del artículo 38B del Código Penal, se fija caución de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales

vigentes, mediante depósito o póliza judicial el mismo monto, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones allí consagradas.

De igual manera, deberá suscribir diligencia de compromiso que contenga las obligaciones consagradas por el numeral 3° del canon 38 sustantivo penal, sustituto que será vigilado por el despacho de ejecución de penas competente y el INPEC. Como quiera que el mismo se encuentra domiciliado en la ciudad Montería, se autorizará al condenado suscribir mediante firma digital el acta de compromiso.

Se dispondrá librar orden de captura INMEDIATA en contra de RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR, para que luego de suscribir la diligencia del compromiso y el pago de la caución impuesta, sea emitida la respectiva boleta de encarcelación, para ante el Director del establecimiento penitenciario y carcelario de Montería (Las Mercedes), encargado de la vigilancia de la pena en el domicilio del sentenciado.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONDENAR a RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR identificado con cédula de ciudadanía 8.317.541 como coautor del delito de PREVARICATO POR ACCIÓN en concurso

heterogéneo con el delito de PREVARICATO POR OMISIÓN en condición de autor.

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, **IMPONER** a **RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR** las penas principales de **ciento tres (103) meses** de prisión, **doscientos ocho punto ochenta y nueve (208.89)** salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos de multa que deberá cancelar a favor del Tesoro Nacional - Consejo Superior de la Judicatura y **ciento veintiún (121) meses y dieciocho (18) días** de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

TERCERO.- NEGAR al sentenciado la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- RECONOCER a **RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR** la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural, en la residencia que señale. Para tal efecto, deberá suscribir acta de compromiso, quedando autorizado para diligenciarla de manera digital, atendiendo que se encuentra domiciliado en la ciudad Montería, previa cancelación de caución de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, mediante depósito o póliza judicial, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones allí consagradas.

QUINTO. - LIBRESE ORDEN DE CAPTURA en contra de **RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR** identificado con cédula de ciudadanía 8.317.541 de Medellín (Antioquia). Una vez

materializada su aprehensión y en caso que cumpla lo ordenado en el numeral CUARTO, emítase la respectiva boleta de encarcelación, para ante el **Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Montería (Las Mercedes)**, encargado de la vigilancia de la pena en el domicilio del sentenciado.

SEXTO. - EN FIRME este fallo, remítase la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad (Reparto) que corresponda para lo de su competencia.

SÉPTIMO. - EXPEDIR las comunicaciones de rigor a las autoridades competentes, en los términos fijados en los artículos 166 y 462 de la Ley 906 de 2004, una vez cobre ejecutoria esta decisión.

OCTAVO. - Contra esta decisión procede el recurso de apelación (artículos 1, 2 y 3 num. 6° del Acto Legislativo 01 de 2018), para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


BLANCA NELIDA BARRETO ARDILA
MAGISTRADA



JORGE EMILIO CALDAS VERA
MAGISTRADO
SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
MAGISTRADO
ACLARACIÓN DE VOTO



RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
SECRETARIO

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las opiniones ajenas, en especial por la de mis colegas, consigno los argumentos a través de los cuales procedo a salvar el voto respecto de la sentencia proferida en la fecha, mediante la cual se condena a RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR ex magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba, con fundamento en las siguientes razones:

Mi inconformidad con el fallo radica en que a mi juicio se ha debido tener en cuenta la condición de carencia de antecedentes disciplinarios y fiscales como circunstancia de menor punibilidad conforme lo consagrado en el numeral 10° del artículo 55 del Código Penal, por la analogía que guarda con la carencia de antecedentes penales.

En el numeral recién citado, el legislador confiere la posibilidad de atribuirle a circunstancias semejantes a las contenidas en los nueve numerales iniciales del artículo 55 la condición de menor punibilidad.

Esta permisión legal busca que se reconozca a un supuesto de hecho no descrito expresamente en la norma, los mismos efectos benéficos que le confiere a otras circunstancias particular y específicamente definidas en ella.

Vale decir que este ejercicio de comparación no es el producto de una iniciativa judicial, como parece entenderlo la posición mayoritaria, sino que se corresponde con una remisión que el propio hacedor de las normas deja en manos del fallador, con el fin de que, dotado de dicha facultad, desarrolle el querer legislativo y lo ajuste a las diversas realidades que no pueden ser comprendidas en todas sus categorías, en una descripción abstracta propia del principio de legalidad de los delitos y de las penas como límite formal al ejercicio del ius puniendi.

El legislador reconoce que no le resulta viable hacer un ejercicio de aprehensión de todas las situaciones que podrían ameritar la mitigación de los efectos de la comisión de la conducta punible, por lo que, apoyándose en el ejercicio de comparación como uno de los instrumentos orientadores para la generación de reglas de derecho, decide otorgar al juzgador la labor de actualizar las realidades comportamentales que podrían compaginar con las cláusulas de menor punibilidad ya definidas en el dispositivo legal, para comunicarles la misma condición y los consecuentes beneficios punitivos consagrados para ellas, evitando así un acto de injusticia.

Es una manera de conferirle al fallador la potestad de dinamizar el derecho basado en precisos criterios de semejanza respecto de una disposición benéfica para los

sujetos pasivos de la acción penal, no de identidad, como se evidencia del fallo del que me aparto, el cual a pesar de mencionar que el ejercicio de semejanza se realiza entre dos cosas distintas, basa su fundamentación en las disimilitudes naturales entre las figuras bajo examen.

Resulta obvio que el proceso penal tenga una naturaleza diversa a los trámites disciplinario y fiscal, así como la defensa de los bienes jurídico penales que persigue el derecho penal, frente a los deberes funcionales.

Tan particulares condiciones, valga precisarlo, no se ubican dentro del marco de la analogía, entendida como el instrumento a través del cual el juzgador ante situaciones no regladas por el derecho, en razón de la existencia de vacíos normativos, acude a la aplicación de normas semejantes para cubrir la ausencia de regulación, con el riesgo de afectar el principio de la legalidad de los delitos y de las penas, con consecuente sacrificio de la seguridad jurídica de los ciudadanos.

Esto sin desconocer que la prohibición de analogía no es absoluta, pues conserva su permisión cuando beneficia al procesado, bajo la denominación de analogía *in bonam partem*.

Sin embargo, como ya se advirtió respecto del presente

asunto, no nos encontramos frente a una laguna legal, sino ante un mandato perentorio, para que el fallador realice un ejercicio de comparación entre las causales regladas por el legislador en los nueve primeros numerales del artículo 55 sustantivo penal, con otras circunstancias que se puedan estimar de "*análoga significación*", ejercicio que de resultar positivo, deberá conducir a la aplicación de los efectos propios la referida norma.

Para dicha habilitación, el legislador respetando el principio democrático que le confiere el poder de configuración normativo, lo transfiere al órgano jurisdiccional bajo precisos y estrictos límites, consciente de su deber de regulación de los comportamientos sociales y de crear escenarios de humanización del derecho y de la pena.

Ante tal escenario, correspondería dar contenido a la cláusula consignada en el numeral 10° del canon 55 sustantivo penal, para lo cual resulta necesario traer en cita la disposición legal en integridad, para efectos de establecer los contenidos normativos sobre los cuales el legislador autoriza al juzgador para que realice el ejercicio de analogía.

"ARTÍCULO 55. CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PUNIBILIDAD.
Son circunstancias de menor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

1. *La carencia de antecedentes penales.*
2. *El obrar por motivos nobles o altruistas.*
3. *El obrar en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso.*
4. *La influencia de apremiantes circunstancias personales o*

familiares en la ejecución de la conducta punible.

5. Procurar voluntariamente después de cometida la conducta, anular o disminuir sus consecuencias.

6. Reparar voluntariamente el daño ocasionado aunque no sea en forma total. Así mismo, si se ha procedido a indemnizar a las personas afectadas con el hecho punible.

7. Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible o evitar la injusta sindicación de terceros.

8. La indigencia o la falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible.

9. Las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible.

10. Cualquier circunstancia de análoga significación a las anteriores".

Para efectos de la motivación de la ponencia disidente, desarrollaré los temas más relevantes de la siguiente manera: i) naturaleza de los antecedentes penales cuya ausencia ha sido consagrada como circunstancia de menor punibilidad estableciendo si alberga dentro de su espectro los de orden disciplinario y fiscal, ii) determinar si la ausencia de sanciones de estos dos últimos encuadran dentro de causal 10 del artículo recién transcrito y iii) la dosificación punitiva teniendo en cuenta el reconocimiento de la circunstancia análoga.

i) Naturaleza de los antecedentes penales

Dentro del ejercicio de interpretación normativa, a efectos de escrutar la voluntad legislativa en la expedición de la ley 599 de 2000, una vez revisadas las gacetas del Congreso, se concluye que en las extensas discusiones

previas a la expedición de dicha normativa, el órgano parlamentario no ofreció debate alguno sobre la figura de los antecedentes penales y su consagración como la primera circunstancia de menor punibilidad contenida en la codificación sustantiva penal, por lo que para hallar su alcance debemos acudir a las definiciones que se ubican en la Constitución y en los órganos judiciales.

En cuanto hace relación al texto constitucional, al definir este instituto, determinó en su artículo 248 que:

“Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales.”

La Corte Constitucional, en sentencia T-444 de 1992 se ocupó de la figura definiendo:

“Por “antecedente” debe considerarse única y exclusivamente las condenas mediante sentencia judicial en firme al tenor del artículo 248 constitucional. Esta regla se predica, entre otros efectos, para los certificados sobre conductas y antecedentes”.

En la escena internacional, en la República del Perú los antecedentes penales aluden a sentencias condenatorias impuestas como consecuencia de haber cometido un delito¹, y su carencia constituye la primera circunstancia de atenuación en el canon 46 sustantivo penal.

En Puerto Rico se destaca que en la certificación de

¹ <https://lpderecho.pe/certificado-antecedentes-penales-como-tramita/>

antecedentes penales debe consignarse el historial de sentencias condenatorias penales, para consignar en su artículo 65 del Código Penal como circunstancia atenuante de la pena que el convicto carezca de ellos.

En México, a voces del acuerdo A/023/12 emitido por la Procuraduría General de la República, se entienden como antecedentes penales los "datos registrales de identificación personal sobre sujetos que hubieren sido condenados" por autoridad judicial competente a sufrir una pena o medida de seguridad en los términos a que hace referencia el Código Penal Federal, y esta resolución hubiere causado ejecutoria, en tanto que su carencia fue enlistada en el artículo 46 del estatuto referido como la primera circunstancia de atenuación.

En este orden de ideas, no resulta de menor importancia que el funcionario judicial además de no haberse inmiscuido en la comisión de delitos, a su vez haya observado un comportamiento ajustado a la codificación disciplinaria, cumpliendo a cabalidad sus deberes funcionales. De otra parte, en lo referente a la carencia de antecedentes fiscales, a pesar de que no recaiga sobre el procesado manejo de presupuesto público, podría haber generado desmedro patrimonial derivado de decisiones u omisiones en desarrollo de sus funciones como magistrado.

De tal manera que un proceder ajustado a los lineamientos disciplinarios y fiscales, sin duda alguna se enmarca dentro de escenarios que no se identifican con los que configuran los presupuestos tenidos en cuenta por el legislador al expedir el artículo 55-1 tantas veces citado, pues es sabido que los antecedentes penales aluden exclusivamente a la sentencia judicial en firme emitida con ocasión de la realización de conductas punibles que haya podido cometer el procesado antes de realizar el comportamiento por el que ahora se encuentra recibiendo sanción penal.

Resulta indiscutible que el cumplimiento del ordenamiento penal, tenido en cuenta por el legislador al consagrar la primera causal de menor punibilidad, respecto de conductas anteriores a la que ahora está siendo objeto de procesamiento penal, guarda evidentes diferencias en relación con las sanciones disciplinarias y las acciones de responsabilidad fiscal.

La normativa disciplinaria se ocupa del proceder de los servidores estatales en relación con los deberes funcionales propios del cargo que desempeñan, y conforme lo ha reiterado el Consejo de Estado, la acción disciplinaria es independiente de la acción penal, ya que la finalidad de cada uno de tales procedimientos es distinta, pues los bienes que

se protegen y el interés jurídico que se tutela son diferentes².

La Corte Constitucional en Sentencia C-427 de 1994 tiene definido que:

"La prohibición legal de la conducta delictiva tiene por fin la defensa de la sociedad, mientras que la falta disciplinaria busca proteger el desempeño del servidor público, con miras al cumplimiento de la función pública".

La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en la que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Las sanciones penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio; lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el aceptado principio, de que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron".

Por su parte, la codificación fiscal está orientada a proteger los recursos estatales, con el fin de fomentar la

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "A", 6 de febrero de 1997, radicado 11369.

buena gestión pública, contribuyendo al desarrollo sostenible y al cumplimiento de los fines esenciales del Estado.³ La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Sobre el particular, la Procuraduría General de la Nación, mediante fallo 1569 de 14 de enero de 2005 emitido dentro del radicado 095-1569-2003 señaló:

"De acuerdo con lo establecido en el inciso final del artículo 2º. De la ley 734 de 2002 (reiterado en el mismo artículo de la ley 1952 de 2019 y en el primero de la ley 2094 de 2021), la acción disciplinaria es independiente de cualquier otra acción, en virtud a que persigue fines específicos y diferentes a los pretendidos en las acciones penales y fiscales.

Por lo tanto, independientemente que la Fiscalía absuelva a un funcionario, quien vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o la Contraloría, entidades que manejen fondos o bienes de la nación, son distintas responsabilidades a la de carácter disciplinario ya que, se trata de tres formas distintas de responsabilidad, totalmente independientes aun cuando puedan coincidir sobre un mismo hecho, suponiendo cada una de ellas una sanción de orden distinto y debiendo ser comprobada y ejecutada cada una mediante un procedimiento autónomo y ante una autoridad diferente.

La responsabilidad disciplinaria se deriva del desacato a la normatividad propia de la función pública, con procedimientos, sanciones y autoridades específicas y es independiente de la penal o fiscal que la misma falta pueda originar".

³ <https://www.contraloria.gov.co/contraloria/la-entidad/mision-y-vision>

La Corte Constitucional sobre el proceso de responsabilidad fiscal ha orientado que:

"a) Es un proceso de naturaleza administrativa, en razón de su propia materia, como es el establecimiento de la responsabilidad que corresponde a los servidores públicos o a los particulares que ejercen funciones públicas, por el manejo irregular de bienes o recursos públicos. Su conocimiento y trámite corresponde a autoridades administrativas, como son: la Contraloría General de la República y las contralorías, departamentales y municipales.

b) La responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa, porque juzga la conducta de un servidor público, o de una persona que ejerce funciones públicas, por el incumplimiento de los deberes que les incumben, o por estar incursos en conductas prohibidas o irregulares que afectan el manejo de los bienes o recursos públicos y lesionan, por consiguiente, el patrimonio estatal.

Dicha responsabilidad es, además, patrimonial, porque como consecuencia de su declaración, el imputado debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Adicionalmente, la declaración de la referida responsabilidad tiene indudablemente incidencia en los derechos fundamentales de las personas que con ella resultan afectadas (intimidad, honra, buen nombre, trabajo, ejercicio de determinados derechos políticos etc.).

c) Dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (parágrafo art. 81, ley 42 de 1993). En efecto, la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. Es, por lo tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque se advierte que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo

obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046/94⁴.

d) En el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas, que se rigen por reglas propias de orden constitucional y legal, que dependen de variables fundadas en la necesidad de satisfacer en forma urgente e inmediata necesidades de interés público o social, con observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 209 C.P.), a través de las actividades propias de intervención o de control de la actividad de los particulares o del ejercicio de la función y de la actividad de policía o de las que permiten exigir responsabilidad a los servidores públicos o a los particulares que desempeñan funciones públicas. En tal virtud, la norma del art. 29 de la Constitución, es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho⁵.

En este orden de ideas, resulta evidente que la regulación de antecedentes penales, las sanciones disciplinarias y las decisiones de responsabilidad fiscal emergen de codificaciones diversas, tienen teleologías y efectos diferentes y gozan de plena autonomía.

Como conclusión necesaria, debe advertirse que

⁴ Sentencia C-046/94M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵ Corte Constitucional, sentencia SU 620 de 1996.

cuando el legislador consigna en el numeral 1° del artículo 55, solo alude a la carencia de antecedentes penales, deslindando las sanciones disciplinarias y los procesos de responsabilidad fiscal, que harían parte de otros escenarios de la buena conducta anterior del procesado.

ii) Ausencia de sanciones disciplinarias y de decisiones de responsabilidad fiscal y su análoga similitud con las circunstancias de menor punibilidad.

Así las cosas, las buenas conductas anteriores, que se desprendieron de la redacción de la sucedida causal primera⁶, (la cual en la actualidad solamente se contrae a la carencia de antecedentes penales), ya no tendrán la facultad de veto que ostentaban para neutralizar el más relevante de los diversos precedentes comportamentales que de antiguo ha tenido en cuenta el legislador como circunstancia de menor punibilidad.

Ello no significa que para el legislador resulten indiferentes los buenos comportamientos previos por parte del condenado, pues el hecho de no consagrarlos dentro de las 9 causales de menor punibilidad, no los descarta como circunstancia de análoga significación, cláusula que demanda del juzgador el examen de semejanza que permita

⁶ Decreto 100 de 19890, Artículo 64 ARTICULO 64. Atenuación punitiva. Son circunstancias que atenúan la pena, en cuanto no hayan sido previstas de otra manera:

1o. La buena conducta anterior.

otorgar tal calidad y consecuencias a cualquier circunstancia de la que se advierta la consagrada similitud.

Dos son los temas sobre los que para el presente asunto se examina la análoga significación, a saber, la carencia de antecedentes disciplinarios y fiscales, pues aluden a comportamientos que se muestran acordes con los diversos ordenamientos legales que regulan el actuar de funcionarios públicos, calidad reunida por el procesado, escenarios que a pesar de ostentar autonomía con las sanciones penales, como ya se dejó reseñado, también guardan líneas de similitud con esta.

Es tan destacable la importancia que el órgano legislativo le confiere a la carencia de antecedentes disciplinarios y reportes de responsabilidad fiscal, que a pesar de diferenciarlos de los penales, también los exalta como requisito para ocupar cargos en el sector estatal, según se consigna en el concepto 070961 de 24 de febrero de 2020 del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Lo anterior devela que se constituyen, junto con la carencia de sentencias condenatorias penales, en situaciones que espectran un pronóstico de buena gestión pública, al punto que sobre las tres temáticas (penal, disciplinaria y fiscal), ordena sean consignadas en los

misimos sistemas de información para garantizar que quienes hayan trasgredido sus deberes funcionales, no puedan desempeñarse como servidores públicos.

No puede olvidarse que estos aspectos conglobaban los que desde la legislación sustantiva penal de 1980 se comprendían entre las *"buenas conductas anteriores"*, y que su desagregación a más de permitir irrogar los efectos benéficos a la carencia de antecedentes penales como causal autónoma e independiente, no se puede traducir en la supresión de otros previos comportamientos positivos, ni su eliminación del escenario de las causales aminorantes de punibilidad.

Un pensamiento en tal sentido entrañaría una interpretación perjudicial, diametralmente opuesta a la consagración legal del numeral 10 del canon 55 sustantivo penal, que otorga facultades al fallador para hacer extensivos los beneficios propios de las causales de menor punibilidad, en busca de ampliar las circunstancias que las permitan, no con miras a una restricción de las mismas.

En estos términos lo expresa el tratadista Pedro Alfonso Pabón Parra en su tratado de derecho penal:

"Se establece una cláusula legal de analogía (Art 55, N° 10), en desarrollo del principio adoptado según el cual, su aplicación debe extenderse a lo favorable y restringirse en lo severo o

perjudicial”.⁷

Y si bien la labor de interpretación no es una tarea de libre factura, sí debe guiarse por criterios que prohíjan parámetros favorables, atendido el escenario en que el legislador consagra el mandato interpretativo al juzgador, que es precisamente en la configuración de circunstancias que den lugar a la aplicación de los efectos de menor punibilidad, dentro de los cuales es preciso destacar las conductas previas socialmente adecuadas y relacionadas con la función pública desempeñada.

Es decir, que el legislador le confiere atributos destacables a quienes carezcan de antecedentes penales, sin que reste importancia a los comportamientos acordes con los ordenamientos disciplinarios y fiscales.

Frente a la situación planteada por el defensor, se destaca que aporta certificado de antecedentes de la Procuraduría General de la Nación 192918902 adiado 23 de marzo de 2022, en el que se acredita que RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR no registra sanciones ni inhabilidades vigentes.

El artículo 174 del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) ordena que las sanciones penales y disciplinarias;

⁷ Pabón Parra Pedro Alfonso; “Manual de Derecho Penal”. Editorial Doctrina y Ley. Octava edición. Bogotá D.C, Colombia. 2011. Tomo I, pág. 611.

las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida de investidura, deberán ser registradas en la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para efectos de la expedición del certificado de antecedentes.

Si bien es cierto que ante la calidad ostentada por el procesado, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura hoy Comisión Nacional de Disciplina Judicial es su juez natural en asuntos disciplinarios, no lo es menos que la Procuraduría General de la Nación es la autoridad receptora de toda clase de sanciones disciplinarias impuestas a los servidores públicos, emitidas por cualquier autoridad competente y las sentencias penales que sean comunicadas por los jueces.

Así lo ordena la resolución 143 de 27 de mayo de 2002 al crear el SIRI "sistema de información y registro de sanciones disciplinarias y penales y de las inhabilidades derivadas de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las declaraciones de pérdida de investidura y lo relativo a la expedición de antecedentes disciplinarios en la Procuraduría General de la Nación".

El numeral 6 de dicha normativa dispone que, de acuerdo con los numerales 5 y 6 del artículo 18 del Decreto 262 de 2000, corresponde a la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación “registrar las sanciones disciplinarias impuestas a los servidores públicos por cualquier autoridad competente” y las “sentencias penales que sean comunicadas por los jueces”.

Por su parte, la resolución 461 de 7 de octubre de 2016 dispone:

“ARTÍCULO 11º-Responsables. Son responsables de reportar la información que debe registrarse en el sistema SIRI:

1. En materia de sanciones disciplinarias: Los titulares de la acción disciplinaria, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 734 de 2002, en el Formulario Registro de sanciones disciplinarias REGGD-SI-003 y el Formulario de reporte de novedades sanciones disciplinarias REG-GD-SI-006.

2. En materia de registro de sanciones penales: El Secretario de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y de las Salas Penales de los Tribunales Superiores; el Juez que profirió la sentencia y el Juez de ejecución de penas o quien haga sus veces, en el Formulario Registro de sanciones penales REG-GD-SI-009, el Formulario de reporte de novedades sanciones penales REGGD-SI-008 y el formulario de Registro De Acumulación Penal REG-GD-SI-001.

3. Respecto de inhabilidades en materia de contratación: El Secretario de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; los Secretarios de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo; los Directores o Jefes de Registro de las Cámaras de Comercio, y los Representantes Legales o Secretarios Generales de las entidades del Estado de todos los niveles, en el Formulario Registro de inhabilidades derivadas de las relaciones contractuales con el Estado REG-GD-SI-002 y el Formulario de reporte de novedades de Inhabilidades derivadas de las relaciones contractuales con el Estado REG-GD-SI-005.

4. En materia de juicios con responsabilidad fiscal: El Contralor Delegado para Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva; los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales y Gerentes Departamentales, en el Formulario Registro de inhabilidades derivadas de los juicios con responsabilidad fiscal REG-GD-SI-004 y el Formulario de reporte de novedades de Inhabilidades derivadas del proceso con responsabilidad fiscal REG-GD-SI-007.

5. En materia de inhabilidad por pérdida de investidura: El Secretario General del Consejo de Estado y los Secretarios de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo en el Formulario de reporte de novedades sanciones disciplinarias REG-GD-SI-006.

6. En materia de sanciones de suspensión y exclusión en el ejercicio de profesiones liberales: El órgano disciplinario competente conforme a la ley en el Formulario de reporte de novedades sanciones disciplinarias REG-GD-SI-006.

7. En materia de condenas en ejercicio de la acción de repetición: El Secretario de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; los Secretarios de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo; en el Formulario de reporte de novedades de Inhabilidades derivadas del proceso son responsabilidad fiscal REG-GD-SI-007.

Actualmente, la Ley 1952 de 2019, Código General Disciplinario vigente reproduce el mismo mandato en su artículo 238, que prescribe:

“Artículo 238. Registro De Sanciones. Las sanciones penales y disciplinarias, las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía con fines de repetición y de las provenientes del ejercicio de profesiones liberales, deberán ser registradas en la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para efectos de la expedición del certificado de antecedentes.

El funcionario competente para adoptar la decisión a que se refiere el inciso anterior o para levantar la inhabilidad de que trata el parágrafo 1 del artículo 42 de este código, deberá comunicar su contenido al Procurador General de la Nación en el formato diseñado para el efecto, una vez quede en firme la providencia o acto administrativo correspondiente.

La certificación de antecedentes deberá contener las anotaciones de las sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes.

Cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de antecedentes, se certificarán todas las anotaciones que figuren en el registro”.

En tal sentido, establecido el marco normativo que impone a las diferentes autoridades competentes para emitir sanciones penales, disciplinarias e incluso fiscales, el deber

de reportar las mismas, en el sistema de información de registro de sanciones y causas de inhabilidad (SIRI) que se lleva por mandato legal, forzoso resulta concluir que el procesado RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR no cuenta con antecedentes penales, disciplinarios y fiscales.

Ratifica la anterior conclusión la certificación allegada por la defensa, emitida por la Contraloría General de la República bajo el número 8317541220323152019, en la que se documenta que no se encuentra reportado como responsable fiscal.

Estas situaciones lo muestran como un servidor que durante su largo desempeño como magistrado, desde el 2 de noviembre de 1993 hasta el año de 2016 incluso, no fue destinatario de sanciones por faltar a sus deberes como funcionario judicial, ni ocasionó daño patrimonial al Estado por acción u omisión en el ejercicio de sus funciones.

En desarrollo del ejercicio de homologación resulta preciso destacar que la primera circunstancia de menor punibilidad tenida en cuenta por el legislador corresponde a los antecedentes penales del procesado, otorgándole las consecuencias benéficas cuando quiera que no haya sido destinatario de sanciones de este orden, evidenciando así una conducta apegada a la ley penal.

Es indiscutible la similitud que guardan las normativas penal, disciplinaria y fiscal, como quiera que pertenecen al campo del derecho sancionador y resarcitorio del Estado, el cual se constituye en el sustrato que tuvo en cuenta el legislador para consignar la causal primera de menor punibilidad, demostrando su interés en ponderar positivamente el comportamiento previo del procesado respecto de las conductas que se insertan en el derecho sancionador penal.

Así las cosas, resulta claro para este funcionario que la ausencia de sanciones en aspectos disciplinarios y de decisiones de responsabilidad fiscal, guardan análoga significación con los presupuestos que dieron lugar a que el legislador en ejercicio de su libertad configurativa, destacara la carencia de antecedentes penales como una condición prevalente que ameritaba asignarle efectos de aminorante punitivo, por lo que en el presente asunto debieron haber sido reconocidas como tales, en un ítem que permitiera encuadrarlas en el numeral 10° del artículo 55 sustantivo penal e irrogar los beneficios correspondientes.

Ateniéndonos a la postura mayoritaria, no se guarda consideración alguna frente al principio del efecto útil de las normas, que en resguardo del fundamento democrático reclama que las autoridades propugnen por dar cumplimiento a los cánones legales, para preservar el

equilibrio de poderes entre las ramas del poder público.

Sobre el particular sostiene el Consejo de Estado:

*"Por el principio del efecto útil, según se ha visto, el texto de una norma debe ser interpretado de manera que todo cuanto ella prescribe produzca consecuencias jurídicas. En consecuencia, no puede el intérprete dar idéntico significado a dos expresiones contenidas en una misma norma, pues una de ellas resultaría superflua e innecesaria"*⁸.

Lo que se busca con el principio citado, es básicamente que los textos normativos sean interpretados de tal manera que sus contenidos se apliquen y produzcan los efectos propios de la misma.

Respecto del particular, la Corte Constitucional en sentencia C-569 de 2004 enseña:

"La fundamentación legal de la interpretación del Consejo de Estado (como elemento de la razonabilidad) se encuentra además respaldada por el uso de un criterio hermenéutico de especial importancia: el principio del efecto útil de las disposiciones jurídicas. Según este principio, en caso de perplejidades hermenéuticas, el operador jurídico debe preferir, entre las diversas interpretaciones de las disposiciones aplicables al caso, aquella que produzca efectos, sobre aquella que no, o sobre aquella que sea superflua o irrazonable".

Valdría la pena preguntarse si en la interpretación de la que me separo, cabría la posibilidad de albergar la existencia de alguna circunstancia de similar significación con la carencia de antecedentes penales, o simplemente se

⁸ Consejo de Estado Sección Tercera, expediente AG-017, 2 de febrero de 2011

ha sepultado la voluntad legislativa a través del escrutinio de identidad, que no de semejanza, efectuado por la Sala mayoritaria.

El entendimiento que contrae la decisión que no comparto, trae graves consecuencias en el componente punitivo, de las que me ocuparé en el acápite siguiente, expresando cuál sería el ejercicio de fijación de pena que a mi juicio debió ser aplicado.

iii) Dosificación punitiva

Frente a la dosificación punitiva respecto del delito de prevaricato por acción, restando el extremo mínimo al máximo, operación de la cual se obtiene una diferencia de noventa y seis (96) meses de prisión; doscientos treinta y tres punto treinta y cuatro (233,34) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y sesenta y cuatro (64) meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Dividiendo en cuatro estos montos, arrojan un cociente de veinticuatro (24) meses de prisión; 58,335 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y dieciséis (16) meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, de donde se obtienen los cuartos de movilidad así:

PRIMER CUARTO	SEGUNDO CUARTO	TERCER CUARTO	CUARTO MÁXIMO
48 a 72 meses	72 meses y 1 día a 96 meses	96 meses y 1 día a 120 meses	120 meses y 1 día a 144 meses
66,66 a 124,99 smlmv	125 a 183,33 smlmv	183,34 a 241,67 smlmv	241,68 a 300 smlmv
80 a 96 meses	96 meses 1 día a 112 meses	112 meses 1 día a 128 meses	128 meses 1 día a 144 meses.

Cumpliendo la voluntad legislativa consignada en el inciso segundo del artículo 61 del estatuto de penas *“El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva”*.

Teniendo en cuenta que a juicio del suscrito para este punible se advierten dos circunstancias de menor punibilidad correspondientes a la de carencia de antecedentes penales y la análoga de ausencia de sanciones disciplinarios y fiscales, y la de mayor punibilidad de coparticipación criminal, acorde con las jurisprudencias citadas en el fallo, para definir el cuarto medio en que deberá ser establecida la pena en concreto, se deben tener en cuenta de forma simultánea el número, la naturaleza y la gravedad

de las situaciones de mayor y menor punibilidad presentes en la ecuación jurídica al procesado.

Bajo este entendido, se debe advertir que si bien es cierto, la única circunstancia de mayor punibilidad presente en el asunto, consistente en la pluralidad de sujetos que intervinieron en la decisión de archivo de la acción disciplinaria, constituye un aspecto que no forma parte de los elementos estructurales del tipo de prevaricato activo, de todas maneras era imprescindible para la emisión de dicha decisión judicial, pues la misma provenía de un órgano plural.

Sin embargo, la decisión de la mayoría, a pesar de compartir este criterio, es decir que la coparticipación era necesaria pues la decisión manifiestamente contraria a derecho provenía de juez colegiado, le atribuye un peso destacable, con efectos preponderantes en la selección del cuarto de movilidad punitiva, lo que sumado al hecho de no haber admitido la carencia de antecedentes disciplinarios y fiscales como circunstancia de menor punibilidad de análoga significación a la ausencia de antecedentes penales, eleva notoriamente la dosificación de la pena impuesta.

Tales consideraciones me obligan a apartarme del establecimiento del quantum punitivo, que a mi juicio debe ubicarse dentro del primer cuarto medio, que oscila entre 72

meses y 1 día y 96 meses de prisión; 125 y 183,33 salarios mínimos legales mensuales vigentes y 96 meses 1 día a 112 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Así las cosas, se debió haber fijado la sanción superando el tope inferior del cuarto medio seleccionado, tomando el 16,66 % del mismo, por lo que la determinación de la pena para este delito ha debido fijarse en setenta y seis (76) meses de prisión.

Teniendo en cuenta idéntico porcentaje se aumentan las penas acompañantes de la principal de prisión, lo que conlleva a que al acusado ha debido imponérsele multa de ciento treinta y cuatro punto setenta y un (134,71) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por noventa y ocho punto sesenta y nueve meses (98,69) meses, equivalentes a noventa y ocho meses (98) veintiún (21) días.

En cuanto al delito de **prevaricato por omisión**, se obtuvo unanimidad en la Sala, por lo que los guarismos tasados para este delito por virtud del concurso de conductas punibles se establecen en tres (3) meses de prisión; inhabilitación de 6,97 meses, equivalentes a seis (6) meses veintinueve (29) días y multa de quince punto ochenta y siete (15,87) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por lo tanto, a mi juicio las penas definitivas a aplicar a JALLER DUMAR debieron corresponder a setenta y nueve (79) meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas ciento cinco punto sesenta y seis (105,66) meses de, que corresponden a ciento cinco (105) meses veinte (20) días, y multa de ciento cincuenta punto cincuenta y ocho (150,58) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Estas son las razones en las que baso mi disentimiento con la decisión.

Con toda consideración,



JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado

Bogotá D.C., 5 de agosto de 2022



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicado No. 00383

RAMÓN DE JESÚS JALLER DUMAR

Bogotá D.C., tres (3) de agosto de dos mil veintidós (2022).

1. Pese a estar de acuerdo con la parte resolutive de la providencia, discrepo de la motivación en relación con el apartado correspondiente al grado de conocimiento que se requiere para condenar, en consecuencia, aclaro voto respecto a este aspecto, fundado en los siguientes argumentos:

La posición que defiendo¹ alude a que así se trate de una terminación abreviada por allanamiento a cargos o por preacuerdo con la Fiscalía, para proferir la condena debe existir demostración más allá de toda duda razonable de la responsabilidad del implicado, tal como sucede en los procesos que terminan a través del trámite ordinario.

En este orden, en lo atinente a los casos de preacuerdo el grado de conocimiento a que debe llevar los medios de prueba recaudados en la actuación es el de certeza sobre la responsabilidad del procesado, para poder dar por desvirtuada la presunción de inocencia, y no como lo sostiene el proyecto uno de carácter reducido.

¹ Cfr. Aclaración de Voto rad. 51532.

la presunción de inocencia, y no como lo sostiene el proyecto uno de carácter reducido.

En efecto, al tenor del artículo 29 de la Constitución Política, el debido proceso en general se aplica a todo tipo de actuación judicial o administrativa. En particular, considera que toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable, lo cual implica que cualquier persona es esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso con plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad². En este sentido, la presunción de inocencia se constituye en regla básica para la carga de la prueba³.

Adicionalmente, este principio ha sido consagrado en diferentes tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11 prevé que: *«Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa»*.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el canon 8º, prescribe: *«toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (...)»*, y, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el inciso 2 del precepto 14, estipula: *«toda persona acusada de un delito*

² Corte Constitucional Sentencia C-205 de 2003

³ *Ibidem*

tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley».

Para la Corte Constitucional este principio constituye uno de los principales mecanismos de defensa de la libertad, pues solo permite la imposición de una sanción cuando se haya demostrado la comisión del delito, esto es, con la convicción o certeza más allá de una duda razonable.

Así lo sostuvo en la sentencia C-121 de 2012⁴:

“La presunción de inocencia constituye uno de los principales mecanismos de defensa de la libertad de los ciudadanos, pues impide que sean sancionados de manera arbitraria y asegura que solamente puedan serlo luego de que se haya demostrado que han cometido un delito o una conducta ilícita (para el caso de sanciones administrativas) en un proceso rodeado de todas las garantías, las cuales buscan proteger al ciudadano [de] los abusos del poder punitivo del Estado. [...]

La enervación de la presunción de inocencia requiere entonces que se demuestre la culpabilidad del individuo, la cual se orienta por tres principios. (i) El principio de responsabilidad de acto, pues en un Estado Social de Derecho “sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente”. (ii) La responsabilidad derivada de la comisión de delitos es subjetiva, pues no hay acto sin voluntad, lo cual exige la configuración del elemento subjetivo del delito. Y (iii) se debe tener en cuenta el grado de culpabilidad para imposición de la pena, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad. Es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad.

[...], la presunción de inocencia implica que la carga de demostrar la culpabilidad de la persona recae en el Estado:

“En un Estado Social de Derecho corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito, produjo el daño, o participó en la comisión del mismo, lo que se conoce como principio onus probandi incumbit actori”

⁴ Posteriormente reiterada en las Sentencias C-003 y 342, ambas de 2017

De esta manera, para ser desvirtuada la presunción de inocencia se requiere la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Por lo anterior, en virtud de este axioma se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado; a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica." [...]

En similar sentido, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Observación General 32, realizada en Ginebra del 9 al 27 de julio de 2007, señaló que la presunción de inocencia *«impone la carga de la prueba a la acusación, garantiza que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable, asegura que el acusado tenga el beneficio de la duda, y exige que las personas acusadas de un delito sean tratadas de conformidad con este principio. [...]*», criterio reiterado entre otras determinaciones, en las Comunicaciones n.º 2414/2014 [demanda de I.D.M contra el Estado Colombiano] y, n.º 2120/2011 [demanda de Lyubov Kovaleva y Tatyana Kozyar contra el Estado Belarús].

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en múltiples y diferentes pronunciamientos, ha destacado la necesidad de garantizar la presunción de inocencia en las actuaciones judiciales. Ejemplo de ello son los casos de Benavides contra Perú al sostener que este principio encierra la garantía relativa a que ninguna persona puede ser condenada mientras no concorra prueba plena de su responsabilidad penal; el de Ricardo Canese contra Paraguay, calificándolo como un elemento esencial del derecho de defensa que implica que el

acusado no está obligado a demostrar su inocencia, y en el de López Mendoza contra Venezuela, pregonando que la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, por lo tanto, la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado.

En el caso Zegarra Vs. Perú, sentencia del 15 de febrero de 2017, determinó el alcance del principio de presunción de inocencia, en los siguientes términos:

“El artículo 8.2 de la Convención dispone que “[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Por ello, la Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. La presunción de inocencia implica que el imputado goza de un estado jurídico de inocencia o no culpabilidad mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal, de modo tal que debe recibir del Estado un trato acorde con su condición de persona no condenada.

122. *En relación con lo anterior, el principio de presunción de inocencia requiere que nadie sea condenado salvo la existencia de prueba plena o más allá de toda duda razonable de su culpabilidad, tras un proceso sustanciado de acuerdo a las debidas garantías. Por lo que si “obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”. Debe recordarse que “[l]a falta de prueba plena de la responsabilidad en una sentencia condenatoria constituye una violación al principio de presunción de inocencia”. En este sentido, cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado.*

123. *Este estado jurídico de inocencia se proyecta en diversas obligaciones que orientan el desarrollo de todo el proceso penal. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora. Es más, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa.*

124. *En este sentido, la Corte estima que la presunción de inocencia exige que el acusador deba demostrar que el ilícito penal es atribuible a la persona imputada, es decir, que ha participado culpablemente en su comisión y que las autoridades judiciales deban fallar [con un criterio] más allá de toda*

duda razonable para declarar la responsabilidad penal individual del imputado, incluyendo determinados aspectos fácticos relativos a la culpabilidad del imputado."

Pues bien, siguiendo estos conceptos aceptados internacional e internamente, la Ley 906 de 2004 en su artículo 7º asigna al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad del procesado y de manera expresa dispone que para proferir sentencia condenatoria debe concurrir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.

Armónicamente el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, prescribe que para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado.

Es incontrastable, entonces que, al no cumplir con estas condiciones para proferir sentencia condenatoria se estaría afectando el principio y derecho fundamental de presunción de inocencia, como integrante del derecho al debido proceso.

En mi parecer ese mismo entendimiento es el que transmite la redacción del inciso 3º del canon 327 *ibidem*, al prescribir que los preacuerdos realizados entre los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, solo proceden si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad, sin que se puede comprometer la presunción de inocencia; de donde se extrae con claridad que se requiere además de la aceptación de los cargos siquiera un mínimo de prueba que demuestre más allá de toda duda

razonable la responsabilidad del procesado, justamente para evitar que inocentes que han aceptado los cargos resulten condenados; siendo esa la única forma como se puede conservar intangible el principio de presunción de inocencia como lo define el artículo 7° del Código Penal, norma rectora que es de obligatorio acatamiento al interpretar las disposiciones del Ordenamiento Procesal Penal.

Así lo ha sostenido el Alto Tribunal Constitucional, en Sentencia C-775 de 2003:

“Estas normas contienen los postulados básicos, la filosofía y la orientación del sistema penal, y están destinadas a regir y guiar la interpretación y aplicación de las normas penales, de tal manera que los diversos desarrollos guarden plena coherencia con estos postulados.

Por su diseño estas disposiciones tienen una gran generalidad, sin que entren a determinar elementos específicos de sus regulaciones, porque precisamente están dirigidas a servir de guía y orientación, irradiando las demás disposiciones de los códigos a las que pertenecen, al propio tiempo que señalan su sentido y alcance. Cobrando plena relevancia práctica cuando se las interpreta de manera sistemática con las disposiciones especiales que están llamadas a incidir e influenciar. De ahí que su lectura aislada pueda suscitar comprensiones erróneas. Por el contrario, si se integran a las codificaciones de las cuales hacen parte, brindan total coherencia y sentido...

Con mayor razón, se reitera, si este principio ostenta el estatus de garantía fundamental del debido proceso, como lo viene repitiendo la Corte Constitucional, prueba de ello es que en la sentencia C – 342 de 2017, sostuvo que «[...] la presunción de inocencia es un principio constitucional, un derecho fundamental y una de las garantías del debido proceso, de acuerdo con la cual, la persona sometida a proceso penal deberá ser tratada como inocente mientras no se demuestre lo contrario, a través de un proceso adelantado con observancia de todas las garantías de las

que es titular, en el que se le haya declarado judicialmente responsable mediante sentencia ejecutoriada”.

De igual forma, en la Sentencia C-774 de 2001, reiteró [...] en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado.

Así entonces, es equivocado sostener que las formas de terminación anticipada demandan estadios de conocimiento menores al que se pregona para la sentencia ordinaria, toda vez que en ambas se debe exigir la demostración más allá de toda duda razonable de la responsabilidad del procesado, que es el producto de la convergencia de las categorías de la conducta punible, esto es, la tipicidad (tipos objetivo y subjetivo), la antijuridicidad y la culpabilidad.

Lo correcto, insisto, es interpretar el artículo 327 del procedimiento penal de manera sistemática y teleológica con los artículos 29 de la Carta, 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 7, 380 y 381 de la Ley 906 de 2004; a fin de

materializar la garantía superior a la presunción de inocencia, entendiendo que la prueba mínima requerida alude es a la necesidad de que concurren otras pruebas que al ser valoradas con la aceptación de cargos le transmitan al juez más allá de toda duda la responsabilidad del procesado; y no como sostiene la sentencia de manera equivocada que se refiere al mínimo de conocimiento sobre la responsabilidad penal, porque con esa intelección se vulnera el presunción de inocencia prohibiendo que personas inocentes por intereses económicos o por otros motivos, acepten cargos para exonerar al verdadero responsables.

Criterio idéntico al sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia C-1195 de 2005:

"Según la ley penal, para que la conducta se punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable...en consecuencia, el juez solo puede imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos elementos estructurales del delito...En caso contrario, quebrantaría el principio constitucional de legalidad de la función pública y las normas legales pertinentes, lo cual podría originarle responsabilidad, aparte de que los actos proferidos quedan sometidos a los medios de corrección previstos en la ley.

Esta exigencia primordial para la garantía de la libertad de las personas y del debido proceso, en particular de la presunción de inocencia que forma parte integrante de este último no resulta quebrantada por la expresión que se examina...

Por otra parte, en lo concerniente a la determinación de dicha responsabilidad y la consiguiente condena en la sentencia, es evidente que el fundamento principal es la aceptación voluntaria de aquella por parte del imputado, lo cual en el campo probatorio configura una confesión, de modo que se puede deducir en forma cierta que la conducta delictiva existió y que aquél es su autor o partícipe.

En todo caso, es oportuno señalar que según lo previsto en el artículo 380 de la Ley 906 de 2004 el juez deberá valorar en conjunto los medios

de prueba, la evidencia física y la información legalmente obtenida conforme a los criterios consagrados en la misma ley y en relación con cada uno de ellos, y que en virtud del artículo 381 ibídem, para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio...

Adicionalmente, considero necesario resaltar que si bien el artículo 150 de la Constitución Política en su numeral 2º, faculta al Congreso de la República como legislador primario para *«expedir los códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones»*, y por tanto, goza de amplia libertad para definir *«el procedimiento en los procesos, actuaciones y acciones originadas en el derecho sustancial»*⁵, ésta se encuentra limitada por el respeto por los principios y fines del Estado, la vigencia de los derechos fundamentales y la observancia de las demás normas constitucionales⁶.

Igualmente, en relación con la legislación en materia de procedimiento y concretamente en la probatoria la Corte Constitucional en Sentencia C-496 de 2015, destacó que se encuentra restringida por la prohibición de transgredir los principios y derecho superiores, así:

“En este sentido, los límites establecidos en la Constitución para la legislación en materia de procedimiento y probatoria, se ven desde una perspectiva positiva y otra negativa: la necesidad de garantizar el cumplimiento de determinados propósitos u objetivos constitucionales y la prohibición de transgredir principios o derechos superiores. Lo anterior implica que se deje a la voluntad del legislador el señalamiento de: (i) los medios probatorios dentro del proceso, (ii) los requisitos y ritualidades de su práctica, (iii) las exigencias procesales para aportarlos y (iv) los

⁵ Corte Constitucional Sentencias C-1512 de 2000, C-1104 de 2001, C-426 de 2002, C-318 de 2003, C-798 de 2003, C-899 de 2003, C-1091 de 2003 y C-039 de 2004, entre otras.

⁶ Corte Constitucional Sentencias C-496 de 2015 y C-012 de 2002.

principios a los cuales se somete su valoración, lo que no implica la concesión de un permiso para desconocer principios o normativa superior.

*Igualmente se ha indicado que la valoración de constitucionalidad de configuración legislativa en materia procesal y probatoria, debe partir del entendido de la amplia potestad discrecional con la que cuenta el legislador; además de tener conocimiento que la violación de la Constitución puede generarse por el desconocimiento de límites negativos y finalmente que el desconocimiento de estos últimos puede efectuarse por acción u omisión del legislador.**

Igualmente, así el Alto Tribunal Constitucional en diferente y reiterada jurisprudencia⁷ haya señalado que el ejercicio del debido proceso no es absoluto, en la medida que puede ser objeto de limitaciones necesarias para la realización de otros principios superiores o garantizar otros derechos fundamentales con los que pueda verse confrontados, ello no puede considerarse de la presunción de inocencia pues frente a ella, la guardiana de la Carta en Sentencia C-774 de 2001, determinó que no admite excepción y permanece incólume durante toda la etapa de investigación y de juicio:

"La presunción de inocencia se encuentra reconocida en el artículo 29 inciso 4º de la Constitución Política, mandato por el cual: "Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable". Este postulado cardinal de nuestro ordenamiento jurídico, no admite excepción alguna e impone como obligación la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para desvirtuar su alcance.

Etimológicamente se entiende por presumir, suponer algo por indiscutible aunque no se encuentre probado. La presunción consiste en un juicio lógico del constituyente o del legislador, por virtud del cual, considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia que indican el modo normal como el mismo sucede. La presunción se convierte en una guía para la valoración de las pruebas, de

⁷ Corte Constitucional Sentencias C-648 de 2001, C-154 de 2004, C-154 de 2004, entre otras.

tal manera que las mismas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o en el hecho presumido.

La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado."

En este orden, como la presunción de inocencia tiene un alcance de derecho fundamental y de norma rectora en el procedimiento penal y, el legislador a pesar de su amplia libertad para definir se encuentra limitado por el respeto a los principios y fines del Estado, la vigencia de los derechos fundamentales y la observancia de las demás normas constitucionales, las autoridades judiciales tienen la carga de comprobar la responsabilidad penal del procesado, con el convencimiento o certeza más allá de una duda razonable, indistintamente de que se produzca terminación anticipada de proceso por la aceptación de cargos del procesado, por iniciativa propia o por la celebración de acuerdos con la Fiscalía o, el implicado haya sido vencido en juicio. En caso contrario, como lo dijo la guardiana de la Carta en el último proveído, se quebrantaría el principio constitucional de legalidad de la función pública, y de paso, también podría originar responsabilidades.

En suma, obvio que el proceso abreviado no pueda variar la estructura básica del proceso y dentro de ella los grados de conocimiento que preservan la presunción de inocencia en cualquier tipo de proceso, la posibilidad, la probabilidad y finalmente la demostración de la responsabilidad más allá de toda duda razonable

En estos términos dejo sentada mi aclaración de voto.



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado