

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA DE INSTANCIA

ARIEL AUGUSTO ROJAS TORRES
Magistrado Ponente

SEP - 00031-2021

Radicado No. 00001

Aprobado mediante Acta No. 16

Bogotá D. C., siete (7) de abril de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Realizada la audiencia de juicio oral, la Sala procede a dictar el fallo que en derecho corresponda, dentro de la causa que sigue en contra del ex Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Villavicencio, LUIS ENRIQUE VIVEROS SÁNCHEZ, acusado por la Fiscalía General de la Nación como autor del delito de prevaricato por acción.

HECHOS

El 27 de marzo de 2007 el doctor LUIS ENRIQUE VIVEROS SÁNCHEZ, fungiendo como Fiscal Segundo Delegado ante el Tribunal Superior de Villavicencio, desató el recurso de

apelación promovido por el apoderado de Ilma Camacho Valenzuela y Elcy Camacho de Guativa, contra la resolución de 21 de febrero de 2006 dictada por el Fiscal Quinto Especializado de la misma ciudad, que dispuso el inicio de la acción de extinción de dominio sobre la suma de \$216.079.400, de propiedad de la primera de las citadas, entre otros bienes, revocándola parcialmente en lo concerniente a las impugnantes y, por consiguiente, ordenando la devolución del dinero a su titular.

Dicha decisión fue calificada por el representante del ente persecutor como manifiestamente contraria a la sentencia C-740 de 2003 de la Corte Constitucional, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 793 de 2002, por cuanto, a su juicio, conforme a la estructura básica del proceso de extinción de dominio, al funcionario de segundo grado no le estaba atribuida la facultad de revocar la decisión de inicio, sino que la Fiscalía tenía el deber de desplegar la totalidad de las etapas a su cargo, para finalmente solicitar, si así lo estimare, al juez de conocimiento la improcedencia de la pérdida del derecho de dominio, para que fuera éste -y no el fiscal- quien emitiera un pronunciamiento de fondo, pues la adopción de este tipo de decisiones está reservada de manera exclusiva a los jueces, como lo señaló el Tribunal Constitucional en el mencionado fallo.

IDENTIDAD DEL PROCESADO

LUIS ENRIQUE VIVEROS SÁNCHEZ, identificado con la cédula de ciudadanía N° 12.099.272, expedida en Neiva, Huila,

nacido en Ibagué el 24 de febrero de 1948, de 73 años de edad¹, de 1.73 de estatura, contextura media, abogado, en la actualidad pensionado.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 30 de mayo de 2018, ante un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el Fiscal Cuarto Delegado ante esta Corporación formuló imputación a LUIS ENRIQUE VIVEROS SÁNCHEZ, como autor del delito de prevaricato por acción, agravado de conformidad con lo previsto en el numeral 9° del artículo 58 del Código Penal y con la concurrencia de la causal de atenuación prevista en el numeral 1° del artículo 55 *ibídem*.

2. El 15 de agosto de 2018, el mismo funcionario presentó escrito de acusación² y el 7 de septiembre de 2020 se realizó la audiencia de su formulación verbal³, oportunidades en las que la Fiscalía reiteró la imputación fáctica y jurídica, aunque, a pedido del Ministerio Público, hizo una precisión en cuanto a los hechos jurídicamente relevantes que servían de fundamento a su pretensión punitiva.

3. Realizada la audiencia preparatoria -12 de noviembre de 2020⁴-, el juicio oral se llevó a cabo el 7 de diciembre siguiente⁵.

¹ *Cfr.* Folio 3 del cuaderno de estipulaciones.

² *Cfr.* Folios 1 a 16, *ibídem*

³ *Cfr.* Folios 91 a 95 mismo cuaderno.

⁴ *Cfr.* Folios 115 a 116 *ídem*

⁵ *Cfr.* Folios 141 a 144 *ejusdem*.

4. El 7 de abril de la presente anualidad, la Sala emitió sentido de fallo.

ACUSACIÓN

En el escrito de acusación la Fiscalía sostuvo que la resolución de 27 de marzo de 2007 es manifiestamente contraria a derecho, por cuanto no estaba dentro de las atribuciones del doctor LUIS ENRIQUE VIVEROS SÁNCHEZ ordenar la devolución de un bien, pues el proceso de extinción del dominio hasta ahora se iniciaba y no se habían evacuado las pruebas, aunado a que se trataba de una decisión del resorte exclusivo de los jueces.

En la audiencia de formulación oral de la acusación la Fiscalía reiteró lo manifestado en el respectivo escrito. No obstante, ante el pedimento de la representante del Ministerio Público, precisó que los hechos jurídicamente relevantes⁶ se contraen a la presunta falta de competencia del doctor LUIS ENRIQUE VIVEROS SÁNCHEZ para asumir la determinación de revocar la resolución de inicio del proceso de extinción de dominio y devolver los dineros incautados, es decir que, en su criterio se presentó una posible contradicción entre su pronunciamiento como fiscal de segunda instancia con el contenido de la sentencia C-740 de 2003 y su relación con el artículo 13 de la Ley 793 de 2002.

Señaló la Fiscalía que en la conducta imputada concurre la circunstancia de mayor punibilidad contenida en el artículo 58-9 del Código Penal, que derivó de su condición de Fiscal

⁶ Récord 34:10, de la audiencia de 7 de septiembre de 2020.

Delegado ante un Tribunal, y la de menor punibilidad prevista en el numeral 1° del artículo 55 ibídem (carencia de antecedentes penales).

AUDIENCIA DE JUICIO ORAL

1. Alegaciones de apertura.

1.1. La Fiscalía

Sostuvo que los elementos materiales probatorios recaudados permiten pregonar, con probabilidad de verdad, que el 27 de marzo de 2007⁷ el doctor LUIS ENRIQUE VIVEROS SÁNCHEZ, Fiscal Segundo Delegado ante el Tribunal de Villavicencio⁸, dictó providencia revocando parcialmente la emitida el 21 de febrero de 2006 por la Fiscalía Quinta Especializada de la misma ciudad, en lo concerniente al inicio de la acción de extinción de dominio de \$216.079.400 que habían sido incautados a Elcy Camacho de Guativa y, por tanto, ordenó su devolución a su propietaria.

Afirmó el Fiscal delegado que el acusado sustentó su decisión en que en el proceso penal en el que fue incautado el dinero y retenidas las personas responsables del mismo, si bien en primera instancia se profirió resolución de acusación, ésta fue revocada en su integridad por atipicidad de la conducta y, en consecuencia, no se configuraban las causales que dieron origen a la acción de extinción del derecho de dominio consagradas en el artículo 2° de la Ley 793 de 2002.

⁷ Hecho estipulado

⁸ Calidad estipulada

Adujo así mismo, que tampoco admite controversia, porque está estipulado, que el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Extinción de Dominio, al resolver el recurso de apelación contra la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2011 por el Juzgado Doce del Circuito Especializado de Bogotá, mediante la cual extinguió el derecho de dominio de otros bienes que estaban ligados al trámite que revocó parcialmente el hoy acusado, dispuso que se compulsaran copias para ante esta jurisdicción, a fin de que se le investigara por cuanto, según dicha Corporación, la estructura del referido proceso no otorgaba a la Fiscalía la facultad de devolver el dinero a la afectada, de ahí que el Tribunal creyera que se configuró el delito de prevaricato por acción (artículo 413 del Código Penal), con circunstancias de mayor punibilidad (artículo 58, numeral 9° ibídem).

1.2. La defensa

Señaló que es cierto que el doctor LUIS ENRIQUE VIVEROS SÁNCHEZ, como Fiscal Segundo Delegado ante el Tribunal Superior -Sala de decisión Penal de Villavicencio-, el 27 de marzo de 2007 emitió una providencia interlocutoria a través de la cual revocó parcialmente la decisión de primera instancia ordenando devolver la suma de \$216.079.400 a la señora Ilma Camacho Valenzuela, en proceso de extinción de dominio que se adelantaba en una Fiscalía Especializada, por estimar que la competencia para resolver el recurso de alzada obedecía a lo dispuesto en el artículo 119, numeral 2°, de la Ley 600, que establece que los fiscales delegados ante el Tribunal son competentes para pronunciarse sobre los

recursos de apelación y de queja interpuestos contra las resoluciones interlocutorias proferidas en primera instancia por los fiscales delegados ante los jueces de circuito, municipales o promiscuos, en concordancia con el 76 de la Ley 1395 de 2010, modificatorio del canon 11 de la Ley 793 de 2002, que prevé que los competentes para resolver los recursos de apelación contra las decisiones proferidas en el trámite de extinción de dominio son los fiscales delegados ante el Tribunal.

Bajo el criterio de tener competencia para resolver en segunda instancia lo que era objeto de la impugnación y con la absoluta convicción de que la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Villavicencio, en providencia de 12 de octubre de 2005, revocó íntegramente la decisión de primera instancia -es decir, una acusación-, y profirió una preclusión de instrucción a favor de la señora Ilma Camacho Valenzuela, consideró que al haberse acreditado en ese proceso la licitud de los dineros incautados no habría razón diferente para no devolverlos.

Por lo tanto, concluye, la cuestionada decisión es atípica en lo objetivo y en lo subjetivo.

2. Estipulaciones:

La Sala ordenó incorporar las estipulaciones acordadas entre la Fiscalía Cuarta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia y el defensor del acusado, por lo cual se tienen como hechos probados- respecto de los cuales no hay controversia, los siguientes:

Estipulación uno. Plena identidad de LUIS ENRIQUE VIVEROS SÁNCHEZ⁹, identificado con la C.C. N° 12.099.272, expedida en Neiva -Huila-.

Estipulación dos. El 27 de marzo de 2007, el acusado se desempeñaba como Fiscal Segundo delegado ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Villavicencio¹⁰.

Estipulación tres. El 12 de mayo de 2005, el Fiscal Quinto Especializado adscrito a la Subunidad de Narcotráfico de Villavicencio (Meta), dictó resolución de acusación contra Elcy Camacho de Guativa e Ilma Camacho Valenzuela, por los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito. En el capítulo de “*otras determinaciones*” dispuso la compulsa de copias para iniciar acción de extinción del derecho de dominio respecto de los bienes incautados tanto a Tiberio Castillo Piza, Nelly Cristina Castillo y Yensy Carolina Castillo (campero de placas NVO 562 y \$134.000.000), como a Elcy Camacho de Guativa (\$216.079.400), invocando para ello la causal segunda del artículo 2° de la Ley 793 de 2002 (“*cuando el bien o los bienes de que se trate provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita*”).

Estipulación cuatro. El 12 de octubre de 2005, la Fiscalía Tercera delegada ante el Tribunal de Villavicencio revocó en su integridad el proveído de 12 de mayo del mismo año. En dicha decisión el *ad quem* concluyó que no había mérito para pregonar que la propietaria de los \$216.079.400,

⁹ Cfr. Folios 2 y 3 del cuaderno de estipulaciones

¹⁰ Cfr. Folios 4 a 7 ibídem.

Ilma Camacho, estaba incurso en un delito y que, por ende, la conducta de ésta y de Elcy Camacho era atípica.

Estipulación cinco. Comprende los siguientes hechos¹¹:

El 8 de noviembre de 2005, la Fiscalía Quinta Especializada de Villavicencio emitió resolución dando inicio a la acción de extinción del derecho de dominio sobre la suma de \$216.079.400, incautada a Elcy Camacho de Guativa, entre otros bienes, decisión que fue anulada mediante proveído de 21 de febrero de 2006.

En la fecha últimamente indicada se dio inicio al proceso de extinción de dominio, en atención a la compulsión de copias ordenada en la investigación penal número 106331, seguida contra José Tiberio Castillo y Elcy e Ilma Camacho, por los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos, por hechos ocurridos el 19 y 20 de noviembre de 2003, cuando en diligencia de allanamiento llevada a cabo en el barrio Paraíso de Villavicencio se incautaron \$216.079.400, así como la suma de \$134.000.000 que fue hallada en el vehículo conducido por Tiberio Castillo.

El argumento de la Fiscalía para dar trámite a la acción de extinción del derecho de dominio respecto de los \$216.079.400 y demás bienes incautados, es que éstos estaban en cabeza de los procesados y que según labores de inteligencia tenían como destino a las fuerzas armadas revolucionarias de Colombia -FARC- que delinquirían en Vichada, lo que ubicaba

¹¹ Cfr. Folios 30 a 38, cuadernillo de estipulaciones

los bienes en la causal segunda de extinción del derecho de dominio.

El 29 de septiembre de 2004, la Fiscalía calificó el mérito del sumario con acusación en disfavor de Tiberio Castillo, Ilma Camacho Valenzuela y Elcy Camacho de Guativa, decisión que fue apelada, correspondiendo resolver a la Fiscalía Cuarta delegada ante el Tribunal de Villavicencio, quien confirmó la acusación contra Tiberio Castillo y declaró la nulidad parcial de la calificación en lo que respecta a Ilma y Elcy Camacho, produciéndose la ruptura de la unidad procesal.

La actuación se rehízo y culminó el 12 de mayo de 2005 con acusación en contra de las señoras Camacho Valenzuela, decisión que, como antes se dijo, fue revocada en su integridad por la segunda instancia.

Estipulación seis. El 27 de marzo de 2007¹², el doctor LUIS ENRIQUE VIVEROS SÁNCHEZ, obrando como Fiscal Segundo delegado ante el Tribunal Superior de Villavicencio, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Ilma Camacho Valenzuela y Elcy Camacho de Guativa, contra la resolución de *inicio* de la acción de extinción de dominio adoptada por una Fiscalía Especializada de la misma ciudad, revocándola parcialmente y ordenando la devolución del bien perseguido (\$216.079.400) a su titular, por lo cual el trámite continuó con respecto de los bienes de José Tiberio Castillo.

¹² Cfr. Folios 39 a 59 del cuaderno estipulaciones.

El doctor VIVEROS SÁNCHEZ tomó la decisión cuestionada fundado en que si bien la acción de extinción de dominio es distinta e independiente de la penal, de la valoración de las pruebas recaudadas y trasladadas al proceso sometido a su conocimiento, se colegía que la incautación del dinero y la retención de las recurrentes se produjo como consecuencia de los datos suministrados por una fuente anónima sobre la llegada de una fuerte suma de dinero a la residencia donde vivía Elcy Camacho, información que no fue confirmada con ningún medio de prueba.

Así mismo se estipuló que en la decisión confutada el hoy encausado señaló que la acción extintiva del derecho de dominio se adelantó con base en la resolución de acusación proferida en contra de las hermanas Camacho Valenzuela, pero este proveído fue revocado íntegramente por la Fiscalía delegada ante el Tribunal mediante resolución de 12 de octubre de 2005, en la que se concluyó la atipicidad objetiva de la conducta, de modo que si no se configuró ninguno de los delitos que se les imputaron, era imposible aplicar la extinción del dominio sobre un bien que no provenía de la comisión de un delito. Una decisión en contrario sí habría desconocido las normas que establecen las causales para la prosperidad de dicha acción.

Estipulación siete. Comprende los siguientes hechos¹³:

El 2 de septiembre de 2011, el Juzgado Doce Penal del Circuito de Extinción del Dominio de Bogotá, declaró la

¹³ Cfr. Folios 60 a 88 del cuadernillo de estipulaciones.

procedencia de la extinción del derecho de dominio de \$134.000.000, incautados el 20 de noviembre de 2003 en el vehículo de placas NVO 562, de propiedad de José Tiberio Castillo Piza.

Mediante proveído de 15 de diciembre de 2014, la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior de Bogotá confirmó la sentencia antes mencionada y ordenó compulsar copias de la actuación para ante la Unidad de Fiscalías delegadas ante la Corte Suprema de Justicia contra el doctor LUIS ENRIQUE VIVEROS SÁNCHEZ, por estimar que éste no estaba facultado por la Ley 793 de 2002 ni por la sentencia C-740 de 2003 de la Corte Constitucional, para revocar la resolución de inicio de la acción de extinción de dominio y ordenar la devolución del dinero.

3. Alegatos de conclusión.

3.1. La Fiscalía. Demandó a la Corte el proferimiento de fallo absolutorio, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

El doctor LUIS ENRIQUE VIVEROS SÁNCHEZ, en su calidad de Fiscal Delegado ante el Tribunal de Villavicencio, estaba facultado para revocar parcialmente la resolución dictada el 21 de febrero de 2006 por un Fiscal Especializado de la misma ciudad, en lo que tenía que ver con el inicio del trámite de extinción del derecho de dominio del bien incautado a Elcy Camacho de Guativa e Ilma Camacho Valenzuela, esto es, la suma de \$216.079,400, y a disponer, consecuentemente, su devolución.

Funda el anterior aserto en que, a su juicio, la Ley 793 de 2002 (vigente para la época de los hechos), establecía tres fases fácilmente escindibles del procedimiento de extinción del derecho de dominio: una de inicio; una segunda de procedencia y una tercera de causa o de competencia del juez especializado, recordando que las dos primeras -inicio y procedencia- incumben exclusivamente al rol del fiscal. Para el caso analizado, la decisión que se ha cuestionado al encausado no fue dictada en la etapa de procedencia sino en la de inicio del trámite de extinción, donde se ordenaron las medidas cautelares con la resolución de 21 de febrero de 2006; es decir, el caso sometido a su estudio, en lo relativo a la vinculación de las hermanas Camacho Valenzuela y la medida cautelar sobre los \$216.000.000, no pasó el umbral del inicio del trámite de extinción, de modo que esa decisión podía ser revocada.

Aludió a la sentencia C-740 de 2003, para sostener que la Corte Constitucional señaló que una vez iniciado el proceso, esto es, cuando cobra firmeza la resolución de inicio, sólo la judicatura puede decidir sobre la procedencia o improcedencia de la extinción del derecho de dominio de los bienes afectados, de modo que si el alto Tribunal declaró inexecutable el aparte que disponía que *“no procede recurso contra la resolución de inicio”* y habilitó la segunda instancia para esta clase de providencias, lo hizo en aras de evitar decisiones sin control, máxime cuando se afectan derechos constitucionales. Por tanto, siendo la razón de ser del recurso de apelación que se modifique, aclare, confirme o revoque la decisión de primera instancia, la lógica jurídica incontrastable es que si se revoca la resolución de inicio se ordene la devolución del bien al

afectado, pues de lo contrario no tendría sentido ni efecto judicial revocar y no levantar la medida cautelar.

Añadió la Fiscalía que en este asunto no nació a la vida jurídica la competencia de los jueces especializados para decidir sobre la procedencia o improcedencia de la acción extintiva, conforme al mandato legal vigente. Por tanto, arguye, sostener que el doctor VIVEROS SÁNCHEZ no tenía la facultad para revocar la resolución de inicio del trámite de extinción, ni para devolver los bienes restringidos, es tanto como desconocer, para entonces, la vigencia de la ley aplicable al caso concreto, así como la atribución constitucional y legal de la que estaba investido para asumir la reglada "*actividad judicial*" que ejerció, en la medida en que si la ley le asigna el correspondiente rol de segunda instancia para determinado evento decisorio, ello comprende, desde luego, la facultad que involucra desatar la impugnación modificando, aclarando, confirmando o revocando la decisión primigenia, ya sea total o parcialmente, como aconteció en este caso, por lo cual deviene desacertado sostener que conforme a la estructura básica del proceso de extinción de dominio no le estaba atribuida dicha potestad.

Igualmente hizo mención a las Leyes 1453 de 2011 y 1708 de 2014, para argüir que no pudieron ser aplicadas por su prohijado, porque para la época de los hechos (27 de marzo de 2007), no habían sido expedidas.

Concluye señalando que el comportamiento del doctor VIVEROS SÁNCHEZ no denota un proceder contrario a

derecho, mucho menos manifiesto, por lo cual debe ser absuelto.

3.2. Representante de la víctima:

Expresó que no deseaba presentar alegaciones conclusorias.

3.3. Procuradora Tercera Delegada para la Investigación y Juzgamiento Penal

Apoyó la solicitud de la Fiscalía y, en consecuencia, solicitó la absolución del señor LUIS ENRIQUE VIVEROS SÁNCHEZ, aduciendo que en este asunto no se cumplen los requisitos para dictar una sentencia condenatoria por las siguientes razones:

(i) Procesalmente no concurre el trípede necesario para ello, esto es, la acusación, la solicitud de condena y la sentencia, porque en el alegato final el Fiscal pidió la absolución.

(ii) No se dan los elementos probatorios para pregonar un delito de prevaricato por acción, toda vez que no existe una conducta manifiestamente contraria a la ley imputable al señor VIVEROS SÁNCHEZ, por la emisión de la resolución de marzo 27 de 2007.

(iii) Considera que la conducta imputada por la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación no se adecua al delito de prevaricato por acción sino al de abuso de función pública descrito en el artículo 428 del Código Penal (que se tipifica

cuando el servidor público se arroga una competencia que no le fue atribuida y que radica en cabeza de otro funcionario). Al respecto arguye que *“ha dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia -y para ello me apoyo en varias sentencias, pero menciono la de 27 de julio de 2007, radicado 26468; la del 3 de junio de 2009, radicado 2849; la sentencia 31 de julio de 2009, radicado 30838; la sentencia de 16 de marzo de 2011, radicado 32685; la sentencia de octubre 21 de 2015, radicado 42339, entre otras-, que cuando se reprocha una usurpación o abuso de una competencia, el delito que se configura es el de abuso de la función pública, porque el eje de la conducta del delito -y aquí cito a la Corte de abuso de función pública ‘(...) se refiere a una ilegalidad signada por desbordar una atribución funcional que le corresponde ejecutar a otro funcionario, en lo cual radica la ilegalidad del acto. En cambio, en el prevaricato, el sujeto puede ejecutar el acto en el ámbito de su función, pero al hacerlo, infringe manifiestamente el orden jurídico. En otras palabras, mientras en el abuso de función pública el servidor realiza un acto que por ley le está asignando a otro funcionario que puede ejecutarlo lícitamente, en el prevaricato el acto es manifiestamente ilegal, sin que importe quién lo haga.”*

Añade que en el presente caso se podría modificar la calificación jurídica de prevaricato por acción a abuso de función pública, por cumplirse todos los presupuestos para ello. Sin embargo, ello no es necesario, pues a su juicio tampoco concurren los elementos que estructuran este tipo penal, como quiera que no existe un parámetro normativo que hubiere sido desconocido por el acusado invadiendo competencias que no le correspondían, si se tiene en cuenta que actuó al amparo del artículo 13, numeral 1º, de Ley 793 de 2002, que le imponía funciones perfectamente definidas, tales como identificar (a) los bienes que se perseguían, (b) la causal de extinción de dominio predicada y, (c) las pruebas directas o indiciarias que la evidenciaran. Además, estaba habilitado incluso por la sentencia

C-740 de 2003 para desatar la segunda instancia y pronunciarse al respecto.

3.4. Defensa

Respalda la petición de la Fiscalía y del Ministerio Público por considerar que están obrando de manera legal y, además, justa. Itera la postura asumida al presentar la teoría del caso, señalando que es inentendible que la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior compulsara unas copias contra un fiscal so pretexto de no haber cumplido con una competencia cuando la misma le era inherente (artículos 119 de la Ley 600 de 2000 y 11 de la Ley 793 de 2002).

Entonces, aduce, si se es competente para conocer en segunda instancia del tema que es objeto de la impugnación e incluso de aquellos que están inescindiblemente ligados al mismo, no se encontraría ninguna razón lógica ni jurídica para decir que el fiscal de segunda instancia *“no puede revocar una decisión que le sea impugnada”*, menos aún en un proceso tan delicado como el de extinción de dominio (cualquiera sea su naturaleza).

Añade que la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal hizo una cita descontextualizada -sin mencionar la decisión a la que se estaba refiriendo-, toda vez que en la sentencia C-740 de 2003 la Corte Constitucional se pronunció sobre si era o no apelable una decisión de inicio de la acción de extinción de dominio, puesto que el tema objeto de su conocimiento no era el de determinar si era el juez el que tenía la razón última para resolver sobre unos bienes cuando hubiera procedencia o

improcedencia, lo que significa que se está frente a un *obiter dicta* mas no a la *ratio decidendi*.

Alude al artículo 12B de la Ley 793 de 2002¹⁴, para señalar que al ser el doctor ENRIQUE VIVEROS un fiscal de segunda instancia que tenía la competencia que le dio la concesión del recurso de apelación, procedió a resolver lo que le estaban pidiendo, que no era otra cosa que acreditar argumentativa y probatoriamente que la Fiscalía no tenía elementos de juicio para afirmar que el origen de los dineros de las recurrentes deviniera de una actividad ilícita, pues, por el contrario, en el proceso de lavado de activos y enriquecimiento ilícito, que resolvió en segunda instancia la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal de Villavicencio, se comprobó la licitud, la legalidad, la legitimidad de los mismos, en la medida en que fueron obtenidos a través del ejercicio comercial, por lo cual no quedaba otra alternativa a su prohijado que tomar la decisión en el sentido en que lo hizo, con la convicción profunda de que al actuar de esa manera obraba en justicia, porque le evitaría al Estado hacia el futuro tener, de pronto, que indemnizar a estas personas cuando ya él podía advertir el derecho que tenían.

Invoca la sentencia C-558 de 1994, para señalar que en ella la Corte Constitucional afirmó que los fiscales cumplen funciones jurisdiccionales, por lo cual, al igual que los jueces, están sometidos al imperio de la ley. Por manera que también

¹⁴ Establece que “Si durante la fase inicial no se logran identificar bienes sobre los cuales podría iniciarse la acción o no se acredita la existencia de alguna de las causales previstas en el artículo 2o de esta ley, el Fiscal competente se abstendrá de iniciar trámite de extinción de dominio mediante resolución interlocutoria contra la cual proceden los recursos de ley (...)”.

el doctor LUIS ENRIQUE VIVEROS no solo actuaba como fiscal en tanto sus decisiones afectaban derechos fundamentales, sino que también, puede decirse, asumió la posición enhiesta de ser un juez de la República al tomar una decisión frente a un derecho fundamental.

Insiste en señalar que dentro de las atribuciones en la fase de investigación de la acción de extinción de dominio, su defendido podía determinar si había lugar o no al inicio de la “acción penal” (sic), aunado a que las medidas cautelares son previas o preliminares y no definitivas, pues de lo contrario, habría extinción de dominio *ex ante*, siendo éste el motivo para que el doctor VIVEROS SÁNCHEZ pensara que no había ninguna razón para negar a las apelantes el derecho al dominio que tenían sobre los dineros que habían sido incautados previamente por la Fiscalía, por lo cual pide a la Corte que profiera sentencia absolutoria.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. Competencia.

La Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para proferir sentencia dentro del proceso adelantado en relación con LUIS ENRIQUE VIVEROS SÁNCHEZ, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° del Acto Legislativo No. 001 de 2018, modificatorio de los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 9° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004. Ello porque los hechos atribuidos en la acusación

tienen relación con las funciones que desempeñó como Fiscal delegado ante el Tribunal Superior de Villavicencio.

2. Cuestión previa

Teniendo en cuenta que en su intervención final la Fiscalía solicitó el proferimiento de sentencia absolutoria a favor del doctor LUIS ENRIQUE VIVEROS SÁNCHEZ, antes de proceder al análisis del acervo probatorio la Sala considera necesario pronunciarse sobre si, en aras de garantizar el principio de congruencia, esa petición es vinculante para el juez de conocimiento, como lo plantea la delegada del Ministerio Público en su alegato de conclusión, para lo cual tendrá en cuenta la línea jurisprudencial vigente, que comparte esta Sala por concernir a una interpretación que consulta los valores y principios de un Estado Social y Democrático como el nuestro.

Si bien la posición de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no ha sido uniforme ni pacífica en el tema, lo cierto es que a partir de la sentencia SP6808-2016, de 25 de mayo de dicho año, la Sala mayoritaria viene sosteniendo¹⁵ que la petición de absolución que formule la Fiscalía en el alegato final, que no se funde en una valoración de las pruebas válidamente incorporadas al juicio, no constituye un acto de disposición de la acción penal, por cuanto ni el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 ni ninguna otra norma allí contenida concibe en su literalidad la figura del retiro de cargos o de la acusación. Por tanto, debe ser considerada como una solicitud de la misma

¹⁵ Posición reiterada en sentencia 4116-2020, de 28 de octubre, rad. 55641.

naturaleza que la impetrada por la defensa y demás intervinientes, que puede ser acogida o no por el juez de conocimiento quien, en todo caso, está en el deber de decidir exclusivamente con fundamento en las pruebas aducidas en el juicio oral. En dicho pronunciamiento, al hacer el estudio del artículo 448 del Código Adjetivo Penal de 2004, que consagra el principio de congruencia, señaló la Corte:

“En ese orden, la previsión normativa bajo análisis, contempla una garantía a favor de la defensa que, a la vez, es límite de la intervención de la Fiscalía y de los demás intervinientes en el juicio y de la eventual decisión de condena que adopte el juez de conocimiento. En ningún momento, prevé una hipótesis de facultad discrecional de la Fiscalía en el ejercicio de la acción penal, como lo sería la inconstitucional de retiro de la acusación. Así pues, ni la literalidad del artículo 448 procesal ni ninguna de sus interpretaciones lógicas posibles, puede llevar a concluir que el mismo supuesto de hecho consagre un límite a la persecución penal y, al tiempo, una potestad dispositiva incontrolada del órgano acusador. Tampoco esta conclusión puede derivar de una interpretación sistemática, pues, como se vio, en el proceso penal colombiano la regla general es el principio de legalidad morigerado por una excepcionalísima discrecionalidad y la decisión judicial como prerequisite de cualquier forma de cesación del ejercicio de la acción penal” (subrayas extratextuales).

Y concluyó:

“Se varía, entonces, la jurisprudencia anterior para que, en adelante, se entienda que la petición de absolución elevada por la Fiscalía durante las alegaciones finales es un acto de postulación que, al igual que la planteada por la defensa y demás intervinientes, puede ser acogida o desechada por el juez de conocimiento, quien decidirá exclusivamente con fundamento en la valoración de las pruebas aducidas en el juicio oral¹⁶. Así, la sentencia, al constituir una verdadera decisión judicial, sea condenatoria o absolutoria, siempre será susceptible de recurso de apelación por la parte o el interviniente que le asista interés. A su vez, el juez de segunda instancia revisará la corrección del fallo a partir de los puntos de impugnación que se le

¹⁶ Artículo 162-4 C.P.P./2004.

propongan o los que resulten inescindiblemente vinculados, sin que, en todo caso, su resolución pueda agravar la situación del apelante único.

Las razones de la tesis interpretativa expuesta, se pueden sintetizar así:

a) La reforma introducida por el Acto Legislativo No 03 de 2002 y desarrollada por la Ley 906 de 2004, profundizó la orientación del proceso penal hacia un modelo acusatorio; sin embargo, presenta características propias que lo diferencian de sistemas de enjuiciamiento similares acogidos en otras latitudes. Por tanto, es equivocado, por la vía de la interpretación de las reglas legales, proceder a importar instituciones, como por ejemplo la del “retiro de la acusación”, por el solo hecho de que provengan de legislaciones procesales encasilladas como acusatorias.

b) Una de tales peculiaridades es que la titularidad de la acción penal en Colombia implica que el ejercicio de ésta es un deber constitucional (principio de legalidad) y no una facultad discrecional; por tanto, a la Fiscalía le está vedado suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, salvo cuando sea procedente el principio de oportunidad cuya aplicación, valga recalcar, es bastante reducida por la triple limitación a que se encuentra sometida: es excepcional, es taxativa y sujeta a control judicial.

c) Todos los mecanismos de terminación anticipada del proceso penal, tanto las que provienen de alguna forma de discrecionalidad de la Fiscalía (oportunidad en sentido estricto y la negociación de culpabilidad), como las que son consecuencia del principio de legalidad (preclusión y absolucón perentoria); deben someterse a la decisión de los jueces, quienes podrán aprobarlos y dictar la providencia que ponga fin al proceso o simplemente negarlos cuando no reúnan los requisitos legales que sean exigibles.

d) Una sentencia que “decida” absolver al acusado porque la Fiscalía así lo “solicita”, con exclusión del ejercicio de valoración -autónoma e independiente- de las pruebas válidamente incorporadas; no constituye una verdadera decisión judicial sino la mera refrendación de la voluntad del acusador. Esta última tampoco puede ser catalogada como una petición sino como un verdadero acto de disposición de la acción penal. Así, la equiparación entre la petición de absolucón y el retiro de la acusación viola el principio lógico de

identidad, tal y como ya lo había dejado entrever la sentencia del 27 de julio de 2007, Rad. 26468, al inicio citado.

e) La garantía de la impugnación de las sentencias absolutorias y de las demás decisiones relativas a la continuidad de la persecución penal; hace parte esencial de los derechos fundamentales de las víctimas a la justicia, a la verdad y a la reparación. El presupuesto esencial de tal garantía es la existencia de una auténtica decisión judicial porque sólo respecto de ésta se puede plantear la controversia de las razones fácticas, probatorias y jurídicas en que se fundó.

f) El principio de la doble instancia, componente esencial del debido proceso, se desnaturalizaría si la competencia del juez superior se viera limitada por factores diferentes al objeto de la impugnación y a la prohibición de reforma en perjuicio, como ocurriría, por ejemplo, si aquella se circunscribiera a la verificación de la voluntad de la Fiscalía o por otras razones de una pretendida coherencia sistemática.

g) Ni el artículo 448 ni ninguna otra norma de la Ley 906 de 2004 concibe en su literalidad la figura del retiro de cargos o de la acusación. Esta tampoco puede inferirse o entenderse implícita en el estatuto procesal porque una interpretación así violaría la regla constitucional de la irrenunciabilidad de la persecución penal.

h) No debe confundirse la facultad –limitada como se vio- que conserva la Fiscalía hasta los alegatos finales para proponer una imputación jurídica diferente a la planteada en la acusación, con el poder de retirar esta última o de cualquier otra manera disponer de la acción penal. El primero constituye un margen de libertad en el imperativo ejercicio de la persecución penal, mientras que el segundo es un desconocimiento de la obligación que al respecto estatuye la Constitución.

i) La sentencia debe ser congruente con la acusación, entendida ésta como el acto complejo integrado por el respectivo escrito y su formulación oral. No obstante, es claro que tanto la Fiscalía como el juez de conocimiento pueden apartarse de la calificación jurídica de los hechos contenida en la acusación, en las condiciones antes anotadas”.

Adiciona la Sala que dentro de los fines del Estado está el de hacer justicia material y ella solamente se obtiene cuando se alcanza la verdad material a través de la cual se condenará

al verdadero culpable y absolverá al inocente, propósitos lejos de alcanzar si se admite como obligatorio absolver por petición de la Fiscalía, sin auscultar el material probatorio.

A partir del estudio del artículo 229 de la Carta Política, según el cual se garantiza a toda persona el derecho a acceder a la Administración de Justicia, la Corte Constitucional ha trazado la siguiente línea jurisprudencial respecto del principio de justicia material que debe imperar en las actuaciones judiciales¹⁷:

*“(...) Desde sus primeros pronunciamientos la Corte se ha referido al principio de la justicia material señalando que el mismo ‘se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica. Por el contrario, exige una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, bajo el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales’.*¹⁸

*No obstante, este Tribunal también ha manifestado que el principio de la justicia material no puede ser considerado como absoluto en cuanto a su aplicación para la determinación de una situación jurídica. En este sentido, ha sostenido que dicho supuesto es ‘insostenible teóricamente e impracticable judicialmente’ dado que se estarían desconociendo las formalidades establecidas para el reconocimiento del derecho en beneficio de una consideración fáctica*¹⁹.

La aplicación de este principio es de carácter obligatorio dentro de las actuaciones y decisiones de la Administración cuando define situaciones jurídicas, las cuales además de ajustarse al ordenamiento jurídico y de ser proporcionales a los hechos que le sirven de causa o motivo, deben responder a la idea de la justicia

¹⁷ Sentencia T-339 de 2015, en la cual la Corporación hizo un recuento de la línea trazada en este tema.

¹⁸ CC. T-618 de 2013 y T-429 de 1994

¹⁹ CC, T-618 de 2013 y T-058 de 1995

material²⁰. De igual forma, lo es en la función ejercida por los jueces en el análisis de los casos concretos, quienes dentro del estudio probatorio deben evitar incurrir en el exceso ritual manifiesto, en la inobservancia del material probatorio, y por el contrario han de sujetarse a los contenidos, postulados y principios constitucionales de forzosa aplicación, como la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas²¹.

(...) En definitiva, tanto la actividad estatal como la función de administración de justicia están sometidas a la aplicación de los requisitos, formas y procedimientos establecidos para la demostración de los hechos que llevan al reconocimiento de los derechos reclamados. Sin embargo, en aras de la efectiva protección de las garantías fundamentales se deben ponderar tales requisitos con los demás principios que conforman el ordenamiento jurídico, para que sus decisiones no se basen únicamente en la observancia de la ritualidad sino en las condiciones específicas del afectado y las circunstancias particulares del caso concreto”.

Lo anterior no obsta para que el juez de la causa acoja la pretensión absolutoria de la Fiscalía expresada en el alegato final, cuando ésta no logra cumplir la promesa de demostrar la responsabilidad del acusado, por “*simple sustracción de materia, o carencia jurídica de objeto*”²², como ocurre en este caso, en el que el ente persecutor no logró acreditar la tipicidad objetiva de la conducta por la que acusó al doctor VIVEROS SÁNCHEZ, por lo cual la Sala anticipa que el fallo será de absolución.

3. Exigencias para condenar.

Acorde a lo preceptuado en el artículo 7° de la Ley 906 de 2004, para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más

²⁰ Ibidem

²¹ Sentencia T-618-2013, Cfr. Sentencias T-1306 de 2001 y T-352 de 2002.

²² CSJ AP, de 27 de febrero de 2013, rad 40306, citado en SP6808-2016, rad. 43837, ya citada

allá de toda duda. En armonía con dicho precepto, el artículo 381 *ibídem* estatuye que para condenar se requiere conocimiento más allá de toda duda sobre el delito y la responsabilidad penal a partir de las pruebas debatidas en la audiencia de juicio oral, las que deben ser apreciadas en conjunto siguiendo los criterios establecidos para cada medio de convicción. Atendiendo estos presupuestos procede la Sala a efectuar el respectivo examen.

4. El caso concreto

4.1. Delito imputado al procesado

La hipótesis fáctica de la acusación contra el doctor LUIS ENRIQUE VIVEROS SÁNCHEZ es anfibológica, en la medida en que la Fiscalía no duda en sostener que éste tenía la competencia funcional para pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Ilma y Elcy Camacho contra la resolución de inicio de la acción de extinción de dominio proferida por un Fiscal Especializado de la misma ciudad, pero al mismo tiempo alude a su falta de competencia para asumir la determinación de revocar la resolución de inicio del proceso de extinción de dominio y devolver los dineros incautados, incumpliendo la carga de señalar con claridad, coherencia, precisión y sin ambigüedades los cargos que hizo al imputado, en desmedro de sus derechos fundamentales, en especial el de defensa, pues un cargo así formulado no permite comprender un único sentido de la imputación, al punto que la representante del Ministerio Público consideró, en el alegato final, que no se estaría ante un delito de prevaricato por acción

sino ante un abuso de función pública, tipificado en el artículo 428 del Código Penal.

Esa ambigüedad comportaría la nulidad de lo actuado incluso desde la imputación. No obstante, en este caso no se hace necesario retrotraer la actuación para que se restablezca la garantía conculcada, pues de antaño tiene sentado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que prevalece la absolución sobre la declaratoria de nulidad:

“(...) la Corte se ha orientado por sostener que de llegarse a presentar tensión entre la alternativa de decretar la ineficacia de lo actuado a consecuencia de encontrar acreditada la configuración de vicios de estructura o de garantía que afectan exclusivamente al ‘procesado, y la de excluirlo de responsabilidad penal (...) debe resolverse a favor de la opción que le reporte mayor significación sustancial, que no es otra que la del derecho a la absolución por los cargos que le fueron formulados, como finalidad superior perseguida por la garantía fundamental de defensa técnica y material”.²³

De otra parte, en cuanto a la postura asumida por la señora Procuradora, en el sentido que la conducta imputada por la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación se adecua es al delito de abuso de función pública descrito en el artículo 428 del Código Penal, son necesarias las siguientes precisiones:

El abuso de función pública está tipificado en el artículo 428 del Código Penal, en los siguientes términos:

“El servidor público que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan (...)”

²³ CSJ SP, 24 de julio de 2013, rad. 41205. En el mismo sentido, sentencias de 10 de junio de 2008, rad. 28693; 17 de junio de 2009, rad. 27816; 5 de mayo de 2010, rad. 30948; 31 de agosto de 2011, rad. 34848, entre otras.

Sobre la diferencia entre este tipo penal y el de prevaricato por acción, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha trazado una línea jurisprudencial consistente en que para que se tipifique el delito de abuso de función pública se requiere que el funcionario ejecute un acto que le corresponde realizar a otro servidor público, mientras que en el prevaricato el sujeto emite una decisión en ejercicio de las funciones legalmente discernidas, pero al hacerlo desconoce manifiestamente el ordenamiento jurídico aplicable, haciendo prevalecer su capricho a la voluntad de la ley.

“El eje de la conducta del delito de abuso de función pública se refiere a una ilegalidad signada por desbordar una atribución funcional que le corresponde ejecutar a otro funcionario, en lo cual radica la ilegalidad del acto. En cambio, en el prevaricato, el sujeto puede ejecutar el acto en el ámbito de su función, pero al hacerlo, infringe manifiestamente el orden jurídico. En otras palabras, mientras en el abuso de función pública el servidor realiza un acto que por ley le está asignando a otro funcionario que puede ejecutarlo lícitamente, en el prevaricato el acto es manifiestamente ilegal, sin que importe quién lo haga.

Precisamente, la Sala, en ese sentido, ha señalado lo siguiente:

‘Acertó entonces el Tribunal en la decisión recurrida, al señalar que el abuso de la función pública se tipifica al actuar en donde no se tiene competencia, mediante comportamiento que puede ser desarrollado lícitamente por el empleado que tiene facultad para ello; en cambio en el abuso de autoridad y en el prevaricato, como bien lo pone de resalto el señor defensor, el acto es ilegal, no importando qué funcionario lo ejecuta’. (CSJ SP, radicado 10131 del 14 de septiembre de 1995)”²⁴.

²⁴ CSJ SP 12926, de 24 de septiembre de 2014, rad. 39279, criterio que se mantuvo en las sentencias CSJ SP 8398-2016, de 22 de junio, rad. 42720; CSJ, SP 672-2017, de 25 de enero, rad. 45312; CSJ, SP067-2018, de 31 de enero de 2018, rad. 49688; CSJ SP4482-2018, de 10 de octubre de 2018, rad. 51.585 y CSJ SP 4701, de 31 de octubre de 2018, rad. 51778.

En la sentencia SP672-2017, con radicado 45312²⁵, la Corte precisó que si la resolución, dictamen o concepto contrariaba la ley de manera manifiesta y, adicionalmente, el servidor público que la profirió carecía de esa competencia específica, no había lugar a imputar el concurso de prevaricato con el de abuso de función pública, porque este sería aparente, pues se trataría de una sola conducta que vulnera el mismo bien jurídico (la administración pública), y el prevaricato por acción es más grave, por lo que subsume la ilegalidad originada en la falta de competencia.

En el asunto examinado la Sala no comparte el criterio del Ministerio Público, en el entendido que, desde la perspectiva de la acusación, el procesado no quebrantó la cláusula especial de sujeción usurpando funciones públicas que le eran ajenas, pues para el representante del órgano persecutor el doctor VIVEROS SÁNCHEZ indudablemente estaba facultado para resolver la alzada, pero, a su juicio, al tomar la decisión habría desconocido de manera grosera el ordenamiento jurídico aplicable al caso (particularmente la Ley 793 de 2002 vigente para 2007 y la sentencia C-740 de la Corte Constitucional).

Es decir que en este caso no se estaría ante dos conductas diferenciables, pues el presunto prevaricato por acción no habría estado precedido de un abuso de la función oficial (se itera, la competencia del acusado para resolver la apelación no ha sido cuestionada), sino de una conducta consistente en proferir una decisión ostensiblemente contraria a derecho, lo que permite concluir que le asistiría razón a la Fiscalía al

²⁵ Reiterada en sentencia SP4896-2018, rad. 53.066, de 7 de noviembre.

tipificar el comportamiento atribuido al fiscal acusado en el artículo 413 del Código Penal.

Efectuada la anterior precisión, la Sala se pronunciará sobre el contenido y alcance de los elementos que estructuran el delito de prevaricato por acción, luego determinará los hechos jurídicamente relevantes probados, aludirá al contenido de las fuentes formales de derecho presuntamente desconocidas por el procesado, examinará el ámbito del *thema decidendum* por parte de la segunda instancia y, por último, analizará el acervo probatorio atendiendo las reglas de la sana crítica, para concluir que en este caso no se cumplen los presupuestos para dictar fallo de condena.

4.2. Elementos que estructuran el delito de prevaricato por acción

Se encuentra descrito en el artículo 413 del Código Penal, así:

“El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de...”

En su aspecto objetivo es un delito de resultado, en el que el supuesto de hecho exige: (i) un sujeto activo calificado, esto es, un servidor público; (ii) una *“resolución, dictamen o concepto”* emitido por éste en ejercicio de las funciones propias de su cargo, y (iii) la manifiesta contrariedad con la ley (entendida en sentido lato) aplicable al caso. En este orden, la imputación de esta conducta *“exige demostrar que el acto censurado, esto es, la resolución, dictamen o concepto fue dictado de manera caprichosa o*

arbitraria por el sujeto, quien desconoce de forma abierta y ostensible los mandatos normativos o exigencias de análisis probatorio o jurídico que regulan el caso.”²⁶

En punto del alcance del ingrediente normativo “*resolución o dictamen manifiestamente contrario a derecho*”, sostuvo la Corte Suprema de Justicia:

“...la resolución, dictamen o concepto que es contrario a la ley de manera manifiesta, es aquella que de su contenido se infiere sin dificultad alguna la falta de sindéresis y de todo fundamento para juzgar los supuestos fácticos y jurídicos de un asunto sometido a su conocimiento, no por la incapacidad del servidor público y si por la evidente, ostensible y notoria actitud suya por apartarse de la norma jurídica que lo regula.

La conceptualización de la contrariedad manifiesta de la resolución con la ley hace relación entonces a las decisiones que sin ninguna reflexión o con ellas ofrecen conclusiones opuestas a lo que muestran las pruebas o al derecho bajo el cual debe resolverse el asunto, de tal suerte que el reconocimiento que se haga resulta arbitrario y caprichoso al provenir de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, no caben en ella las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su enorme complejidad o por su misma ambigüedad admiten diversas interpretaciones u opiniones, pues no puede ignorarse que en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución.

Como tampoco la disparidad o controversia en la apreciación de los medios de convicción puede ser erigida en motivo de contrariedad, mientras su valoración no desconozca de manera grave y manifiesta las reglas que nutren la sana crítica, pues no debe olvidarse que la persuasión racional elemento esencial de ella permite al juzgador una libertad relativa en esa labor, contraria e inexistente en un sistema de tarifa legal.

Sin embargo, riñen con la libertad relativa la apreciación torcida y parcializada de los medios probatorios, su falta de valoración o la omisión de los oportuna y legalmente incorporados a una actuación, en consideración a que por su importancia probatoria justificarían o

²⁶ CSJ SP3438-2018, de 15 de agosto, rad. 50620.

*acreditarían la decisión en uno u otro sentido a partir del mérito suasorio que se les diera o que hubiera podido otorgárseles”.*²⁷

Significa lo anterior que es *“la inmediatez con la que se pueda detectar esa disonancia la que provoca la crítica, pues si dicho descubrimiento se retarda porque involucra una actividad intelectual de compleja estirpe, el componente que aquí se trata de explicar carecería de adecuación al respectivo evento.*

*Es decir, si la detección se da apenas con breve y desapasionado examen, en otras palabras, sin recurrir ni siquiera a la media medida de los análisis que se utilizan en diferente escenario para tratar de obtener un dato concluyente, la exigencia legal surgirá de manera irrefutable.”*²⁸

En el marco expuesto, para que la resolución, dictamen o concepto del servidor público se catalogue de manifiestamente contrario a la ley, debe exponer su oposición al derecho positivo de manera clara y notoria que deriva del capricho, la arbitrariedad o el basto desconocimiento del marco normativo. Esa verificación debe hacerse *ex ante*, ubicarse en el momento en que el servidor público adoptó la determinación censurada, con los elementos de juicio que para entonces contaba, aunado a que *“no solamente la ley es fuente de derecho sino también los procesos propios de su aplicación por parte de las autoridades que tienen la competencia constitucional para hacerlo, como así sucede con la jurisprudencia”*²⁹.

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, se trata de una conducta delictiva de modalidad dolosa, lo que se traduce en el conocimiento que debe tener el servidor público de la manifiesta ilegalidad de la decisión proferida (comprensión de la tipicidad objetiva), así como la voluntad de realizar ese

²⁷ CSJ SP, 23 de febrero de 2006, rad. 23.901.

²⁸ CSJ SP3120-2018, 1° de agosto, rad. 48908.

²⁹ CSJ SP, 1° de octubre de 2012. rad. 34853; CSJ SP de 10 de abril de 2012, rad. 39456

comportamiento.

4.3. Hechos jurídicamente relevantes demostrados

En el presente asunto no hubo debate probatorio en el juicio oral, toda vez que las partes estipularon los siguientes hechos jurídicamente relevantes para tomar la respectiva decisión, sobre los cuales, por ende, no se ofrece ninguna discusión:

4.3.1. El doctor LUIS ENRIQUE VIVEROS SÁNCHEZ fungió como Fiscal delegado ante el Tribunal Superior de Villavicencio entre el 1° de marzo de 2005 y el 20 de abril de 2007, es decir que para el 27 de marzo de este último año tenía la condición de servidor público³⁰.

4.3.2. En la mencionada calidad, al doctor VIVEROS SÁNCHEZ le fue asignado el trámite del recurso de apelación promovido por la defensa de Ilma Camacho Valenzuela y Elcy Camacho de Guativa, en el proceso de extinción de dominio radicado N° 149624 (6587), adelantado contra las referidas ciudadanas y José Tiberio Castillo.

4.3.3 La decisión recurrida había sido proferida por la Fiscalía Quinta Especializada de Villavicencio el 21 de febrero de 2006 y en ella su titular decidió “*DAR INICIO al Trámite de extinción de dominio de los bienes relacionados e identificados en la arte (sic) expresa de la presente resolución*”, esto es, el vehículo Mitsubishi de placa NVO 562 y ciento treinta y cuatro millones

³⁰ Hecho dos estipulado.

de pesos (\$134.000.000) de propiedad de José Tiberio Castillo y “*doscientos dieciséis millones de pesos (\$216.000.000)*”³¹ (sic) incautados a Elcy Camacho Guativa. Por tanto, decretó las medidas cautelares de embargo, secuestro y consecuente suspensión del poder dispositivo de esos bienes. Finalmente, señaló que dicho proveído era pasible de los recursos de reposición y apelación³².

4.3.4. El 27 de marzo de 2007³³, el doctor VIVEROS SÁNCHEZ desató la alzada revocando parcialmente la resolución recurrida en lo que concierne al inicio de la acción de extinción de dominio sobre la suma de \$216.079.400 y ordenando su devolución a Ilma Camacho Valenzuela. No se hace mención a los argumentos que tuvo en cuenta para tomar la decisión, toda vez que, como se vio, los mismos no fueron objeto de cuestionamiento en la acusación.

4.4. Fuentes de derecho presuntamente desconocidas

Se imputó al encausado el desconocimiento de lo normado en el artículo 13 del texto original de la Ley 793 de 2002, del siguiente tenor literal:

“Del procedimiento. *El trámite de la acción de extinción de dominio se cumplirá de conformidad con las siguientes reglas:*

1. El fiscal que inicie el trámite, dictará resolución de sustanciación en la que propondrá los hechos en que se funda la identificación de los bienes que se persiguen y las pruebas directas o indiciarias conducentes. Contra esta resolución no procederá recurso alguno. Si aún no se ha hecho en la fase inicial, el fiscal decretará las medidas cautelares, o podrá solicitar al juez competente, la adopción de las mismas, según corresponda,

³¹ Folio 35 el cuaderno de estipulaciones.

³² Fl. 38 ibidem.

³³ Estipulación seis.

las cuales se ordenarán y ejecutarán antes de notificada la resolución de inicio a los afectados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior.

(...)”.

Así mismo, se le reprochó el no haber acatado lo considerado por la Corte Constitucional en la sentencia C-740 de 2003, cuando al estudiar la constitucionalidad del inciso primero del artículo 13 antes transcrito, indicó:

“La expresión ‘Contra esta resolución no procederá recurso alguno’, que hace parte del numeral 1º, constituye una restricción ilegítima del derecho de defensa y vulnera el artículo 29 constitucional. Esto es así por cuanto, pese a que se trata de una resolución de sustanciación, a través de ella se toma una decisión muy importante que es fruto de la actividad inactiva cumplida por la Fiscalía General de la Nación: La vinculación de una persona a un proceso judicial y la afectación de sus bienes. A partir de tal momento la persona afectada queda vinculada a un proceso judicial y la situación de sus bienes sólo será decidida mediante el fallo que profiera el juez competente. Se trata, entonces, de una decisión muy relevante, que puede generar restricciones a derechos constitucionales y por ello, resulta imperativo que pueda ser impugnada. Por ese motivo, el citado aparte del numeral 1º, será declarado inexecutable”³⁴.

Cabe recordar que por expreso mandato del artículo 243 de la Constitución Política³⁵, los fallos que emita la Corte en ejercicio del control constitucional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y tienen fuerza vinculante tanto en su parte resolutive (*erga omnes*) “y las consideraciones de la *ratio decidendi*, tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas. Esto en razón de la jerarquía del sistema de fuentes formales de derecho y el principio de supremacía constitucional, que obligan a la aplicación preferente de las disposiciones de la Carta Política y, en consecuencia, de los contenidos normativos

³⁴ Al respecto véase ordinal decimoquinto del fallo.

³⁵ Desarrollado mediante el artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996)

*identificados por la jurisprudencia constitucional, en ejercicio de su labor de intérprete autorizado del Texto Superior. El desconocimiento del precedente judicial de las altas Cortes por parte de las autoridades administrativas, especialmente de la jurisprudencia constitucional, implica la afectación de derechos fundamentales, y por tanto una vulneración directa de la Constitución o de la ley, de manera que puede dar lugar a (i) responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria por parte de las autoridades administrativas; y (ii) la interposición de acciones judiciales, entre ellas de la acción de tutela, contra actuaciones administrativas o providencias judiciales"*³⁶.

Corolario de lo expuesto, la sentencia C-740 de 2003, cuyo desconocimiento se reprochó al encausado, tiene carácter inmutable, definitivo y vinculante para todas las autoridades públicas, tanto en su *ratio decidendi* como en su *decisum*, de donde deviene que es obligatorio su acatamiento por parte del procesado y demás operadores jurídicos.

4.5. Competencia de los fiscales delegados ante los tribunales de distrito judicial

El artículo 19 transitorio de la Ley 600 de 2000 dispone que *"Corresponde a los fiscales delegados ante el tribunal superior el conocimiento de la segunda instancia de los procesos por los delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados"*. Dicho precepto debe armonizarse con lo señalado por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional en la pluricitada sentencia C-740, en la que la Corte Constitucional posibilitó que esa decisión pueda ser objeto de controversia a través de

³⁶ CC sentencia C-634 de 2011.

los recursos de reposición y apelación, siendo claro que al no haberse asignado para la época de los hechos esa competencia a otra autoridad, la resolución de la alzada correspondía a los superiores funcionales de los fiscales especializados (los delegados ante los tribunales superiores de distrito).

4.6. Ámbito material de la segunda instancia

El recurso de apelación es un medio de impugnación a través del cual el afectado con una decisión solicita a una autoridad superior de la que la emitió, que la aclare, modifique o revoque. En este sentido, señaló la Corte Constitucional³⁷:

“Mediante la apelación se busca corregir los errores judiciales en que ha podido incurrir el funcionario de primer grado.

(...)

No se olvide que mediante los recursos las partes ejercitan su derecho de defensa, integrante del debido proceso (art. 29 C.P.), pues por este medio pueden expresar las razones o motivos de su inconformidad o desacuerdo con el contenido de las providencias dictadas por la autoridad judicial respectiva y solicitar que se modifiquen o revoquen, buscando de esta manera que se profieran decisiones que garanticen plenamente los principios de justicia y equidad. Por tanto, la concesión por parte del legislador de oportunidades y plazos para ejercerlos, en lugar de infringir la Constitución, la acata”.

Por su parte, el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil³⁸, aplicable por expresa remisión del artículo 7° de la Ley 793 de 2002, dispone que “[e]l recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme”. Lo anterior, sin perjuicio de que la confirme, aclare o adicione (artículo 309 ibídem,

³⁷ Sentencia C-165 de 1999

³⁸ Vigente para la época de los hechos.

modificado por el numeral 139, del artículo 1° del Decreto Ley 2282 de 1989³⁹).

La competencia del superior está sometida a dos principios: (i) de limitación, según el cual solo podrá pronunciarse sobre los argumentos de inconformidad expuestos por el apelante y aquellos que estén ligados de manera inescindible⁴⁰ y (ii) no podrá agravar la situación del apelante único (*no reformatio in pejus*)⁴¹.

“Conforme a lo anterior, en sede de apelación, el ámbito material de la decisión del superior no tiene límites diferentes a los del objeto de la impugnación y al imperativo de no desmejorar al recurrente único. Cualquier restricción diferente a esa competencia como sería, por ejemplo, la proveniente de una supuesta incoherencia intrasistemática, constituiría una vulneración de la garantía de un recurso judicial efectivo, específicamente en lo que hace al derecho a impugnar las decisiones trascendentales del proceso y, por ende, de la doble instancia”⁴² (subraya la Corte).

Expresado en otros términos, el principio de la doble instancia, que ha sido reconocido como integrante del derecho fundamental al debido proceso⁴³, se desnaturalizaría si la competencia del superior se viera limitada por factores diferentes al objeto de la impugnación y a la prohibición de reforma en perjuicio, como lo sería si se le forzara a confirmar la decisión recurrida así encontrara motivos suficientes para revocarla o modificarla.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Artículo 204 de la Ley 600 de 2000, también aplicable por remisión expresa del artículo 7° de la Ley 793 de 2002

⁴¹ El artículo 20, inciso segundo, de la Ley 906 de 2004, aplicable por remisión del artículo 7° antes citado, dispone que el “*superior no podrá agravar la situación del apelante único*”, precepto éste que desarrolla el artículo 31 de la Carta Política

⁴² CSJ SP6808-2016, de 25 de mayo, rad. 43837.

⁴³ En aquellos procesos y frente a las providencias en las que así lo haya previsto el legislador, en su facultad de configuración del ordenamiento jurídico.

Por lo demás, no puede predicarse el carácter inmutable y vinculante de una decisión que no ha cobrado ejecutoria material porque no se han decidido los recursos interpuestos contra ella, los cuales en ningún caso han sido instituidos para que el funcionario que revisa la decisión (esto es, el mismo que la profirió al resolver la reposición o su superior al desatar la apelación), solo esté facultado para confirmarla, pues una postura en tal sentido contradice la teleología misma de dicho instituto jurídico, al impedírsele corregir los yerros en los que se pudo haber incurrido al dictarse el proveído impugnado.

Sobre la independencia e imparcialidad con la que debe actuar el Ad Quem al resolver el recurso de apelación, se pronunció la Corte Constitucional⁴⁴:

“Siguiendo las consideraciones previamente expuestas, cabe destacar que para preservar el debido proceso y, en especial, el principio de la doble instancia, resulta exigible, como condición esencial, la imparcialidad del superior jerárquico. En efecto, es indispensable que el criterio del fallador que revisa la decisión adoptada en primera instancia, se encuentre libre de cualquier prejuicio, atadura o prevención que le impida juzgar o proceder autónomamente y, por lo tanto, evaluar si la determinación sujeta a control, real y efectivamente se fundamentó en consideraciones fácticas y jurídicas pertinentes, suficientes y adecuadas al caso en concreto”⁴⁵ (subrayas fuera de texto).

⁴⁴ Sentencia C-095 de 1993.

⁴⁵ “Esta Corporación ha expuesto que: ‘El principio de la doble instancia, garantizado constitucionalmente (Art. 31 C.P.), se constituye en una piedra angular dentro del Estado de derecho, pues a través de él se garantiza en forma plena y eficaz el ejercicio del derecho fundamental de defensa y de contradicción, ambos integrantes del denominado debido proceso. Así, en materia penal, resulta de singular importancia que el superior jerárquico del funcionario encargado de tomar una decisión en primera instancia, pueda libremente estudiar y evaluar las argumentaciones expuestas y llegar, por tanto, al convencimiento de que la determinación adoptada se fundamentó en suficientes bases fácticas y legales o que, por el contrario, desconoció pruebas, hechos o consideraciones jurídicas que ameritaban un razonamiento y un juicio diferente (...)’. (Sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)”.

Conforme lo expuesto, solo del adecuado análisis que haga el funcionario de segundo grado de los argumentos planteados por el recurrente, de cara a la situación fáctica y jurídica que revele el proceso, dependerá el sentido de la decisión, esto es, si la confirma o revoca, sin que, se itera, ninguna norma lo obligue solo a confirmar la providencia apelada, así advierta un desacierto en la misma.

4.7. Examen de la conducta reprochada al enjuiciado

Acertaron el Ministerio Público, la defensa y la misma Fiscalía cuando arguyeron en el alegato final que la decisión de 27 de marzo de 2007, tomada por el procesado en su condición de Fiscal delegado ante el Tribunal Superior de Villavicencio y, por ende, superior funcional de los fiscales delegados ante los jueces penales del circuito especializados de la misma ciudad (artículo 19 transitorio de la Ley 600 de 2000), no desconoció ni el ordenamiento jurídico que para entonces regulaba el procedimiento de extinción de dominio, ni la sentencia de constitucionalidad que lo interpretó.

En efecto, en el asunto examinado los únicos elementos integrantes del delito de prevaricato por acción que se demostraron por parte de la Fiscalía fueron: (i) la calidad de servidor público que ostentaba el doctor VIVEROS SÁNCHEZ (Fiscal delegado ante el Tribunal Superior de Villavicencio) y, (ii) que en tal condición el 27 de marzo de 2007 dictó una decisión resolviendo un recurso de apelación.

Sin embargo, la Fiscalía no demostró que la mentada decisión fuera contraria a derecho y, menos aún, que la

presunta contradicción con la ley o la jurisprudencia constitucional que le atribuyó al procesado en la acusación haya sido ostensible, manifiesta o de bulto, lo que explica el pedimento absolutorio en el alegato de conclusión.

En primer término, no hay ninguna duda de que el procesado tenía la competencia para pronunciarse sobre la alzada presentada por la defensa de las señoras Camacho Valenzuela, porque para la época de los hechos (27 de marzo de 2007) se desempeñaba como Fiscal delegado ante el Tribunal Superior de Villavicencio y, por consiguiente, era superior jerárquico de los fiscales delegados ante los jueces penales del circuito especializados de la misma ciudad⁴⁶, razón por la cual le fue asignada dicha actuación -la radicada con el número 149624 (6587)-.

En segundo término, riñe con la lógica y la ciencia jurídica, en especial con la teleología del recurso de apelación, la aserción según la cual como funcionario de segunda instancia el enjuiciado sólo estaba facultado para confirmar la decisión de inicio de la acción de extinción de dominio que la Fiscalía Quinta delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Villavicencio adelantaba contra Ilma Camacho Valenzuela y su hermana Elcy Camacho de Guativa, y que, en consecuencia, solo podía ordenar la continuación del proceso hasta su culminación con una decisión proferida por los jueces de la República.

⁴⁶ Para la época competentes para conocer del trámite de extinción de dominio en la fase inicial y hasta la ejecutoria de la resolución de procedencia o improcedencia (artículo 11 de la Ley 793 de 2002).

Ello toda vez que ninguno de los preceptos que integraban el texto original de la Ley 793 de 2002 así lo ordenaba, aunado a que en la sentencia C-740 de 2003 la Corte Constitucional dijo todo lo contrario a lo afirmado por la Fiscalía en la acusación.

En lo que concierne a las normas que gobernaban el proceso de extinción de dominio a la fecha de los hechos (27 de marzo de 2007), esto es, el primigenio articulado de la Ley 793 (pues no sobra señalar que en atención al principio de estricta legalidad en este caso no puede darse aplicación al artículo 12B, invocado por el apoderado del acusado en el alegato final, porque el mismo fue introducido por la Ley 1395 de 2010. Tampoco es dable aplicar las Leyes 1453⁴⁷ de 2011 y 1708 de 2014, toda vez que fueron expedidas con posterioridad al hecho que generó la acusación, de modo que ninguna de esas leyes - 1395, 1453 y 1708- estaba llamada a resolver el caso puesto en conocimiento del procesado), es claro que allí estableció el legislador tres fases diferenciables y dispuso que las dos primeras eran del resorte exclusivo del fiscal y solo la última era competencia de la judicatura, así:

(i). *Fase inicial* (regulada en los artículos 5°, 12 y primer inciso del 13), la cual estaba a cargo solo de la Fiscalía, quien podía actuar de oficio o a petición de la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Fuerza Pública, la Dirección Nacional de Estupefacientes⁴⁸, cualquier institución pública, o por información suministrada por

⁴⁷ La cual, entre otros preceptos, modificó el artículo 11 de la Ley 793 de 2002, también citado por la defensa en el alegato de conclusión.

⁴⁸ Hoy Sociedad de Activos Especiales S.A.S. -SAE-

cualquier persona natural o jurídica e incluso organismos internacionales habilitados para el efecto por un tratado o convenio de colaboración recíproca celebrado con el Gobierno de Colombia⁴⁹, sobre la existencia de bienes que podían ser objeto de extinción de dominio, de acuerdo con las causales previstas en el artículo 2° de dicho ordenamiento.

Esta etapa tenía por finalidad identificar los bienes respecto de los cuales recaería la extinción del dominio y se iniciaba con una resolución de sustanciación contra la cual no procedía ningún recurso. En ella el fiscal *motu proprio* podía ordenar medidas cautelares o, en su defecto, solicitar al juez la adopción de las mismas, que comprendían la suspensión del poder dispositivo, embargo y secuestro⁵⁰ sobre los bienes perseguidos (lo que incluía dinero en depósito en el sistema financiero, títulos valores y los rendimientos de los anteriores, lo mismo que la orden de no pagarlos cuando fuere imposible su aprehensión física), las que debían ejecutarse antes de que se notificara dicha decisión a los afectados⁵¹.

Este estadio procesal incluía una etapa probatoria, en la cual los afectados podían solicitar la práctica de las pruebas conducentes y eficaces para fundar su oposición y explicar el origen de sus bienes, a partir de actividades lícitas demostrables.

⁴⁹Declarado exequible por la Corte Constitucional, en el entendido que el tratado haya sido ratificado en Colombia.

⁵⁰ En estos casos el secuestro era la Dirección Nacional de Estupefacientes (inciso segundo, *in fine*, del artículo 12 de la Ley 793 de 2002).

⁵¹. *Ibidem*.

Vencido el término para presentar las solicitudes probatorias, el Fiscal debía pronunciarse sobre las mismas y ordenar oficiosamente las que el investigador considerara oportunas, las que debían practicarse en un término de treinta (30) días, que no sería prorrogable.

Cumplido el término probatorio, se corría un traslado por cinco (5) días, para que los intervinientes presentaran sus alegatos de conclusión.

(ii). *Resolución de procedencia o improcedencia.* Quince (15) días después de finiquitado el periodo probatorio, el Fiscal debía emitir una resolución decidiendo si procedía o no la acción de extinción del derecho de dominio de los bienes perseguidos.

Si el Fiscal determinaba la improcedencia sobre bienes de terceros de buena fe⁵², debía someter su decisión al grado jurisdiccional de consulta, caso en el cual no se requería pronunciamiento judicial, lo que significa que en este caso no se cumplía el trámite ante los Jueces de la República.

En la etapa surtida ante la Fiscalía ninguna decisión era pasible de recursos.

(iii) *Proceso judicial.* A partir de la ejecutoria de la resolución de procedencia o improcedencia⁵³, la persona quedaba vinculada a un proceso de naturaleza judicial, pues el expediente completo debía ser enviado al juez del lugar donde

⁵² El texto de la Ley 793 no exigía una buena fe cualificada.

⁵³ Contra la cual no procedía ningún recurso.

se encontraban ubicados los bienes objeto de la acción de extinción de dominio, único competente para decidir mediante fallo la situación de los mismos, el cual solo era susceptible del recurso de apelación y si se negaba la extinción del derecho, la sentencia debía ser sometida al grado jurisdiccional de consulta⁵⁴.

Así las cosas, no puede sostenerse con acierto que todas las decisiones dictadas en un proceso de extinción de dominio regulado por la Ley 793 de 2002 tuvieran reserva judicial, pues ya se vio que el trámite, desde el inicio hasta antes de la resolución de procedencia o de improcedencia, estaba a cargo de la Fiscalía y que sólo a partir de la ejecutoria de la misma empezaba la fase judicial (a cargo de los Jueces de la República). Recuérdese que, precisamente, en la sentencia C-740, dijo la Corte Constitucional que *“lo único que la Carta impone en relación con la acción de extinción de dominio es una reserva judicial para su declaración y este mandato no se irrespeta con la radicación de la competencia en jueces que hacen parte de la jurisdicción penal”* (subrayas extratextuales).

Respecto de la sentencia C-740 de 2003, al resolver la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley 793 de 2002, la Corte Constitucional declaró exequible el procedimiento antes descrito, excepto las expresiones *“contra esta resolución no procederá recurso alguno”* y *“ninguna decisión adoptada por el fiscal es susceptible de recursos”*, contenidas, en su orden, en el primer inciso del artículo 13, y en el artículo 14, las que fueron declaradas *inexequibles*.

⁵⁴ Numeral 10, in fine, del artículo 13 de la Ley 793.

Así mismo, condicionó la exequibilidad de los siguientes preceptos: del inciso segundo del artículo 5° a que los tratados a los que allí se alude hayan sido ratificados por Colombia; del inciso primero del numeral 6° del artículo 13, en el entendido que la negativa a decretar pruebas es impugnabile cuando sean solicitadas por el afectado; del numeral 8° de dicha norma, en el entendido que la resolución de procedencia de la extinción del dominio puede ser impugnada por el afectado y, del numeral 9° ibídem, en el entendido que el término de cinco días para aportar o solicitar pruebas y de quince (15) días allí previstos, comienzan a correr cuando venza el término que razonablemente fije el juez para la práctica de pruebas.

Ahora bien, de la *ratio decidendi* del citado proveído se infiere, sin hesitación alguna, que la finalidad buscada por la Corte Constitucional al declarar la inexecutable de las disposiciones legales que impedían a los afectados y demás intervinientes el derecho a impugnar la resolución de inicio de la acción de extinción de dominio, no fue otra que la de garantizar los derechos de defensa y contradicción que asisten a toda persona que esté incurso en una actuación, a través del ejercicio de los recursos de reposición y/o de apelación, para que la decisión sea sometida a un nuevo escrutinio por parte de la misma autoridad que la profirió o del superior jerárquico, con el objeto de obtener su aclaración, modificación e incluso su revocatoria, evitando así, en este último caso, que quien haya adquirido sus bienes de manera lícita, esto es, conforme a la Constitución y a la ley, y les haya dado una destinación atendiendo la función social y ecológica que la Carta

Fundamental asigna a la propiedad privada⁵⁵, se vea sometido a un proceso judicial de extinción de dominio, con las graves consecuencias que ello puede acarrearle dadas las restricciones que el mismo conlleva para los derechos constitucionales, como el de propiedad privada que tiene protección constitucional⁵⁶ (artículo 58), si se tiene en cuenta que, se itera, desde el inicio la Fiscalía, *motu proprio*, o el juez a solicitud de ésta, pueden decretar medidas cautelares de embargo y secuestro, que privan a sus propietarios del uso y goce de sus bienes y los ponen fuera del comercio⁵⁷.

Por tanto, no resulta acertado sostener que luego del pronunciamiento de la Corte Constitucional los fiscales estén indefectiblemente avocados a llevar el proceso de extinción del derecho de dominio hasta la resolución de improcedencia, así desde el principio del trámite adviertan que no se configura ninguna de las causales previstas en el artículo 2° de la Ley 793 de 2002 para adelantar la acción y, menos aún que al resolver los recursos solo estén llamados a refrendar la decisión impugnada (a manera de notarios).

Una interpretación contraria, como la adoptada por la Fiscalía en el escrito de acusación y en la audiencia de su formulación oral, hace que el fallo de la Corte Constitucional sea inocuo, aunado a que desconoce la naturaleza y finalidad de los recursos, instituidos para garantizar que la decisión tomada por el fiscal sea acertada, correcta y justa, así como el alcance de las facultades del funcionario llamado a resolverlos

⁵⁵ Artículo 58.

⁵⁶ A pesar de que no fue considerado *per se* por el constituyente de 1991 como un derecho fundamental.

⁵⁷ Inciso segundo del artículo 12 de la Ley 793 de 2002.

(confirmar, revocar o modificar la decisión revisada). Todo lo anterior entraña la vulneración del principio de efecto útil del ordenamiento jurídico, según el cual “*el texto de una norma debe ser interpretado de manera que todo cuanto ella prescribe produzca consecuencias jurídicas*”⁵⁸.

Lo anterior por cuanto, es evidente que no produciría ninguna consecuencia jurídica la interposición de un recurso en el que la única decisión pasible de ser adoptada por el funcionario de segunda instancia fuera la de confirmar la providencia recurrida, independientemente de si asiste razón al impugnante, sometiéndolo a afrontar un proceso judicial hasta que se emita el respectivo fallo por parte del Tribunal⁵⁹, e irrogándole así un daño antijurídico⁶⁰ que deba ser resarcido por el Estado (artículo 90 de la Constitución Política).

En el marco precedente, la decisión proferida el 27 de marzo de 2007 por el doctor LUIS ENRIQUE VIVEROS SÁNCHEZ se ajusta en un todo al ordenamiento jurídico que para ese entonces gobernaba el proceso de extinción de dominio, toda vez que, como lo aceptó el Fiscal en su alegato final, era competente para pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por dos de las afectadas, el proceso apenas se encontraba en la fase de inicio, en la que por expreso mandato legal no se requería la intervención del juez competente, aunado a que como funcionario de segunda

⁵⁸ Corte Constitucional C-569 de 2004.

⁵⁹ Por mandato del numeral 10° del artículo 13 de la Ley 793 de 2002, si la sentencia de primera instancia no fuere apelada, “*en todo caso se someterá al grado jurisdiccional de consulta*”.

⁶⁰ Entendido como “*aquel que sufre una persona que no se encuentra en el deber legal de soportarlo*”, como lo tiene sentado el Consejo de Estado (al respecto véase, por ejemplo, la sentencia de la Sección Tercera, de 22 de enero de 2014, rad. 1997-13602).

instancia estaba constitucional y legalmente facultado para revocar la decisión objeto de alzada, al considerar que no se cumplían en ese caso los presupuestos para adelantar el proceso de extinción de dominio del dinero de propiedad de la señora Ilma Camacho Valenzuela (aspecto que no le fue cuestionado) y a decidir los aspectos íntimamente ligados, esto es, levantar las medidas cautelares y ordenar la devolución de los dineros incautados, respetando de este modo los principios de limitación y no reforma en peor.

Por lo anterior, dado que al dictar la resolución tildada de prevaricato lo único que hizo el Fiscal acusado fue dar estricto acatamiento a la sentencia C-740 de 2003, así como a las normas que para entonces regulaban el proceso de extinción de dominio y a los preceptos que rigen el recurso de apelación, se descarta la presencia del elemento normativo del prevaricato por acción, esto es, que la decisión sea manifiestamente contraria a la ley, y con ello sobreviene acreditada la atipicidad objetiva de la conducta, no quedando otro camino que absolver al procesado LUIS ENRIQUE VIVEROS SÁNCHEZ del cargo de prevaricato por acción, por el que fue acusado por la Fiscalía.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrado justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

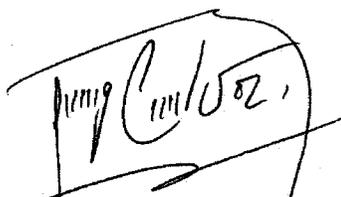
PRIMERO: ABSOLVER a LUIS ENRIQUE VIVEROS SÁNCHEZ del cargo de prevaricato por acción formulado por la Fiscalía.

SEGUNDO: Una vez quede en firme, **CANCÉLENSE** todas las anotaciones emitidas en contra de LUIS ENRIQUE VIVEROS SÁNCHEZ con ocasión de este proceso y **ARCHÍVESE** la actuación.

TERCERO: Por Secretaría, líbrense las comunicaciones a que haya lugar.

CUARTO: Contra esta sentencia procede el recurso de apelación ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, conforme lo tiene previsto el último inciso del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2018, que modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política.

QUINTO: Notifíquese y cúmplase,



JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado



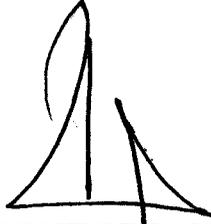
BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado



RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ

Secretario