

Proceso No 17898

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Aprobado acta No. 043

Bogotá, D. C., ocho de abril del año dos mil tres.

Se procede a dictar sentencia en la causa seguida en contra del Dr. CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO, Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Según los datos consignados en la indagatoria, se tiene que se identifica con la cédula de ciudadanía número 5.199.254 expedida en Pasto (Nariño), donde nació el 28 de septiembre de 1943, abogado de profesión, casado con Lourdes Alicia Santacruz con quien tiene cuatro hijos, y reside en la carrera 34B No. 14-38, Barrio San Ignacio, de la mencionada ciudad.

1.- LA ACUSACION.

El Vicefiscal General de la Nación, en resolución del treinta de agosto del año dos mil, y mantenida en decisión de diecinueve de octubre siguiente al resolver el recurso de reposición interpuesto por la defensa, acusó ante esta Sala al doctor CARLOS ENRIQUE

ACOSTA DELGADO, por el delito de prevaricato por acción previsto en el Libro Segundo, Título Catorce, Capítulo Séptimo, del Código Penal de 1980.

1.1.- En el proveído calificadorio fueron precisados los hechos de la siguiente manera:

“1. La Corte Suprema de Justicia procesa a ENRIQUE JUVENAL DE LOS RÍOS por el delito de peculado por apropiación. Al imponerle medida de aseguramiento, mediante decisión de 8 de junio de 1995, compulsó copias para que se investigue a SEGUNDO SALVADOR LASSO GÓMEZ, EDUARDO OTONIEL MONTÚFAR ERAZO y EDUARDO EDMUNDO ALBORNOZ JURADO.

“2. Con base en la documentación remitida por la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General de la Nación asumió el conocimiento del proceso en lo relacionado con el gobernador EDUARDO EDMUNDO ALBORNOZ JURADO y revocó la resolución inhibitoria que la Fiscalía 11 Seccional de Pasto había proferido en su favor. El proceso contra LASSO GÓMEZ y MONTÚFAR ERAZO fue asumido por la Fiscalía 16 Seccional de Pasto y hoy se encuentra en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa ciudad pendiente de sentencia. En él se negó, en primera y segunda instancias, la prescripción de la acción penal.

“3. La Fiscalía 17 Seccional de Pasto asumió el conocimiento del proceso contra ALBORNOZ JURADO tras acreditarse que los hechos investigados no guardaban relación alguna con las funciones que ejerció cuando fue Gobernador del Departamento de Nariño. Mediante resolución de 26 de marzo de 1998 le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva como autor de peculado por apropiación por extensión y, mediante resolución de 10 de agosto de 1998, negó la declaratoria de prescripción que había sido solicitada y profirió resolución de acusación por esa conducta punible.

“4. La defensa interpuso reposición y apelación contra la acusación insistiendo, entre otras cosas, en la declaratoria de prescripción de la acción penal. La Fiscalía 17

Seccional, en resolución de 9 de septiembre de 1998, negó la prescripción reafirmando los motivos por los cuales la acción penal no había prescrito:

“a. La pena fijada para el delito de peculado por apropiación por extensión en cuantía superior a quinientos mil pesos era de 4 a 15 años de prisión.

“b. Por haberse reintegrado lo apropiado antes de haberse dictado sentencia ‘la pena se disminuirá hasta en la mitad’, de acuerdo con lo indicado en el artículo 139 del Código Penal.

“c. La disminución máxima puede ser de la mitad pero la mínima puede ser de un solo día.

“d. Así, la pena máxima imponible era de 15 años menos un día y éste es el término prescriptivo. Como ese término no ha ocurrido desde la fecha de ocurrencia (sic) de los hechos, febrero de 1990, la acción penal no ha prescrito.

“5. El recurso de apelación interpuesto de manera subsidiaria fue resuelto por el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Pasto CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO, quien, mediante resolución de 6 de octubre de 1998 (sic) (la fecha correcta es 17 de noviembre de 1998, aclara la Corte), declaró la prescripción de la acción penal y ordenó la preclusión de la instrucción con base en los siguientes argumentos:

“a. El término de prescripción debe establecerse según el Artículo 80 del Código Penal ‘contabilizando para ello, el máximo posible de disminución si se trata de atenuantes’.

“b. La Constitución y la Ley deben ser interpretadas y aplicadas armónicamente y el legislador no debe necesariamente establecer en cada tipo penal un término de prescripción de la acción penal.

“c. Para la prescripción se tiene en cuenta la pena abstracta fijada en la ley pero teniendo en cuenta las circunstancias específicas que aumentan esa tarifa abstracta.

“d. La tasación hecha por el a quo es la que efectuaría el juzgador pero no es la adecuada para efectos de la prescripción.

“e. Si bien el artículo 139 enseña que ‘la pena se disminuirá hasta en la mitad’ tenemos que expresar que al cuantificar el término prescriptivo de la acción penal, en el caso que ocupa la atención de esta Fiscalía Delegada, la pena máxima sería la de quince años, reducidos a la mitad, la acción penal prescribiría en siete años y seis meses, tiempo que ha sido ampliamente superado (Negrillas originales).

“f. Esta conclusión tiene su base en los argumentos jurisprudenciales transcritos por los impugnantes.

“La Procuradora 143 Judicial puso estos hechos en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, resaltando que la decisión proferida por el doctor ACOSTA DELGADO contrariaba el régimen jurídico de la prescripción, aceptado pacíficamente por la jurisprudencia y la doctrina, y que con ella se violaba el derecho constitucional de igualdad”

Precisó la acusación que el fundamento de la imputación contra el doctor ACOSTA DELGADO, radica en el hecho de haber declarado la prescripción de la acción penal en un proceso en que tal fenómeno no había operado.

Recuerda al efecto que el proceso a cargo del doctor ACOSTA DELGADO tenía las siguientes características:

“a. EDUARDO MONTÚFAR ERAZO y ENRIQUE DE LOS RÍOS HERRERA se desempeñaban como miembros de la Cámara de Representantes en el período comprendido entre

1986 y 1990. Con miras a las elecciones del año siguiente formaron una coalición política y en 1988 compraron un lote de terreno para la construcción de la sede del movimiento, lote que fue cancelado con seis millones de pesos aportados por MONTÚFAR ERAZO y con seis millones aportados por DE LOS RÍOS HERRERA y que fueron girados desde el Congreso de la República, en calidad de auxilios parlamentarios, a la asociación Miguel Antonio Caro. En 1989 se giraron a esta asociación doce millones de pesos adicionales por ese mismo concepto, dineros que fueron destinados a la construcción de la sede política y que se recibieron en febrero de 1990.

“En 1990 MONTÚFAR ERAZO y DE LOS RÍOS HERRERA solicitaron un préstamo por quince millones de pesos a la sociedad CASTAÑEDA E HIJOS, efecto para el cual hipotecaron el inmueble que habían adquirido mediante escritura suscrita por el acreedor, por MONTÚFAR ERAZO y por el presidente de la fundación. El pago de esta obligación se dificultó porque MONTÚFAR ERAZO no fue elegido para el período siguiente y porque, a pesar de que DE LOS RÍOS HERRERA fue reelegido como representante, sobrevino la revocatoria del mandato y la eliminación de los auxilios parlamentarios por la Constitución de 1991.

“Ante ello, éste último canceló la obligación y ejecutó a MONTÚFAR ERAZO y a la asociación Miguel Antonio Caro, sobreviniendo entonces las denuncias que generaron los procesos referidos en la investigación y que, aparte de los citados, se extendieron a EDUARDO ALBORNOZ JURADO, suplente de MONTÚFAR ERAZO, tesorero de su campaña y tesorero de la fundación, y a SEGUNDO LASSO GÓMEZ, presidente de tal fundación.

“b. El proceso contra DE LOS RÍOS HERRERA se adelanta en la Corte Suprema de Justicia y en él se hizo claridad en cuanto a los actos de apropiación en que incurrió sobre los dineros girados a la fundación de la que aparecía como benefactor pero que en realidad ingresaron a su patrimonio. En ese proceso se le impuso medida de aseguramiento de

detención preventiva y se le concedió libertad provisional ante el reintegro de lo apropiado.

“A su vez, el proceso contra MONTÚFAR ERAZO y LASSO GÓMEZ fue instruido por la Dirección Seccional de Fiscalías de Pasto, allí se los aseguró y acusó como coautores del delito de peculado por apropiación por extensión y se les reconoció también libertad provisional por virtud del reintegro del dinero, proceso que actualmente se encuentra en la etapa de juzgamiento.

“Finalmente, el proceso contra ALBORNOZ JURADO, una vez perdida su calidad de Gobernador de Nariño, fue asumido por la Dirección Seccional de Fiscalías de Pasto, donde se le impuso medida de aseguramiento y se le acusó como coautor del delito de peculado. No obstante, tal acusación fue revocada por el doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO, quien ordenó la preclusión de la instrucción por prescripción de la acción penal.

“c. La participación de ALBORNOZ JURADO en la secuencia punible investigada por la Fiscalía fue a título de autor de peculado por apropiación por extensión pues en su calidad de tesorero de la asociación Miguel Antonio Caro administraba los auxilios parlamentarios recibidos y no tuvo inconveniente alguno para invertir tales auxilios no en actividades propias de esa fundación sin ánimo de lucro sino en la compra de un lote y en la construcción en él de la sede política de DE LOS RÍOS HERRERA y MONTÚFAR ERAZO”.

Indica la acusación que, en el proceso a cargo del doctor ACOSTA DELGADO, la imputación giraba en torno a la posible comisión del delito de peculado por apropiación, el cual, de conformidad con el artículo 133 del Código penal de 1980 aplicable al caso en atención a la época en que los hechos tuvieron ocurrencia, tenía establecida pena de prisión entre dos y diez años y cuatro y quince años cuando el valor de lo apropiado

superaba los quinientos mil pesos. Y según lo dispuesto por el artículo 139 ejusdem, la pena se disminuiría hasta en la mitad, si antes de dictarse sentencia de segunda instancia se reintegraba lo apropiado.

De manera que para efectos de la prescripción de la acción penal, a tenor de las previsiones del artículo 80 del Decreto 100 de 1980, ella se produciría en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, sin ser nunca inferior a cinco años ni superior a veinte, y para el caso de concurrir circunstancias de agravación debería aplicarse la mayor agravación posible y en caso de concurrir circunstancias atenuantes debería tenerse en cuenta la mínima atenuación posible.

“De este modo, agrega la acusación, si al proceso que por el delito de peculado se adelantaba contra EDUARDO ALBORNOZ JURADO se le aplica el régimen legal de la prescripción de la acción penal, las conclusiones que se obtienen son las siguientes:

“- El delito de peculado por apropiación que le era imputable a título de autoría fue desplegado en febrero de 1990 -fecha en que en la Asociación Miguel Antonio Caro se recibieron los dineros procedentes del Congreso de la República-.

“- La cuantía de este delito ascendió a dieciocho millones de pesos.

“- El máximo de la pena imponible era de quince años por tratarse de un injusto con cuantía superior a quinientos mil pesos.

“- En razón del reintegro de lo apropiado realizado antes de la emisión de la sentencia de segunda instancia, la pena se disminuía hasta en la mitad.

“- Para determinar el máximo de la pena imponible al monto de quince años había que hacerle la mínima disminución posible en razón de la atenuante ya referida. Esto es así en cuanto, como es elemental entenderlo, para obtener el máximo de la pena debe

realizarse el mínimo de descuento posible en razón de tal reintegro.

“- Si ello era así, el término de prescripción es de quince años –máximo de la pena- menos un día –mínima atenuación posible-.

“Entonces, la conclusión que se impone es que para la fecha en que el doctor ACOSTA DELGADO emitió su pronunciamiento declarando la prescripción de la acción penal -17 de noviembre de 1998- el término prescriptivo aún no se había cumplido pues para ello faltaban seis años y dos meses como quiera que tal fenómeno sólo operaba en febrero de 2005.

“Luego, precisa la acusación, como se reconoció una prescripción de la acción penal antes de su efectiva consumación, se impone concluir que se está ante una decisión manifiestamente ilegal...”

Aclara, sin embargo, que el cargo por prevaricato no se fundamenta en la falta de aplicación del artículo 82 del Código penal de 1980, “pues a diferencia de la claridad legal y de la unanimidad jurisprudencial referidas al término prescriptivo, la extensión de ese término está referida expresamente a los servidores públicos y no a los particulares y, además, como se lo ha hecho ver, no es unánime la extensión jurisprudencial de ese término a los particulares que concurren a la comisión de un delito especial. En esas condiciones, no puede decirse que al declarar la prescripción de la acción penal se haya emitido una resolución no sólo manifiestamente contraria al artículo 80 del Código Penal sino también al artículo 82 ya citado”.

En relación con el tipo subjetivo del delito imputado, en la providencia enjuiciatoria el funcionario acusador se detiene a dar respuesta a las argumentaciones defensivas postuladas por el doctor ACOSTA DELGADO.

De este modo precisa que no se trató de una decisión fundamentada en una distinta

interpretación del instituto de la prescripción o de una simple disparidad de criterios en torno a lo que era objeto de debate, pues “el régimen legalmente previsto para la determinación del término prescriptivo es claro. La ley indica que ese fenómeno opera en el máximo de la pena prevista para el delito por el que se procede. Y si se trata de determinar el máximo de la pena imponible no se ve con base en qué argumentos se ha de aplicar el máximo y no el mínimo de atenuación ante la concurrencia de circunstancias atenuantes, tal como lo hizo el doctor ACOSTA DELGADO en su pronunciamiento tras afirmar que el término de prescripción se establece ‘contabilizando para ello, el máximo posible de disminución si se trata de atenuantes’ pues no se precisa de mayores esfuerzos para advertir que de aplicar el máximo de disminución no se obtendrá el máximo aplicable”.

Agrega que “...esa claridad del régimen de la prescripción de la acción penal ha sido corroborada por la jurisprudencia nacional, la que durante los últimos veinte años ha precisado que la determinación del máximo de la pena, y por esa vía del término prescriptivo, impone la realización de un máximo incremento en caso de agravantes”.

Considera el funcionario acusador que en la situación particular en que se encontraba el doctor ACOSTA DELGADO, no solamente se contaba con la claridad del régimen legal del instituto de la prescripción de la acción penal y con las directrices trazadas unánimemente por el Máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, sino que además contó con el estudio pormenorizado y fundamentado de la fiscalía de primera instancia para negar la solicitud de prescripción planteada por el defensor del procesado, donde se demostró con estricto apego al ordenamiento jurídico, que no había operado el término de prescripción y se expusieron los fundamentos legales, jurisprudenciales y doctrinarios de esa conclusión.

El hecho de que el doctor ACOSTA DELGADO anteriormente en otros casos hubiere

aplicado el mismo criterio por el que optó en la decisión cuestionada no es indicativo que se trató de una interpretación diferente o de una disparidad de criterios en torno al instituto de la prescripción, pues para el momento en que emitió la providencia que se le reprocha contaba con suficientes elementos de juicio para conocer la manera ilegal como venía emitiendo sus pronunciamientos y lo colocaban ante la necesidad de corregir ese criterio, de manera que sus decisiones constituyeran una afirmación y no una negación de la justicia.

El propósito de violar la ley se hace manifiesto en la manera caprichosa como se aparta de las reglas que gobiernan la determinación del término de prescripción de la acción penal, y con la mínima fundamentación que le da al aparente disenso en la interpretación de la ley, y “lo que es más, con la manera como se pretende amparar semejante postura en una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que fundamentaba una decisión en sentido contrario, incurriendo en una clara manipulación de ella para acomodarla al sentido de su decisión”.

El acusador considera forzado el argumento expuesto por el procesado en el sentido de que era injusta e inequitativa la disminución de la pena en un día con ocasión del reintegro de lo ilícitamente apropiado, pues con dicha postura se desconoce que cuando se procede a determinar el término prescriptivo de lo que se trata no es de establecer la pena imponible en el caso concreto, sino los extremos punitivos entre los que se ha de emprender la dosimetría de la pena, siendo el correspondiente al máximo de ella el que ha de determinar el término prescriptivo, de modo que “para la determinación de ese máximo es imperativo aplicar la mínima disminución posible en caso de atenuantes y ese cálculo no puede ser acondicionado por el funcionario, a su propio arbitrio, argumentando razones de equidad o de injusticia”.

El proceso evidencia que “ante un régimen legal tan claro, ante una jurisprudencia unánime, ante un estudio tan preciso como el emprendido por la fiscalía de primera

instancia, ante una manipulación tan evidente de pronunciamientos judiciales que motivaban una decisión en sentido contrario a aquél por el que se optó, la inferencia no puede ser otra que el doctor ACOSTA DELGADO ‘obró con el propósito de favorecer a quien figuraba como sujeto activo del delito investigado’ como lo expone el Ministerio Público”.

Recuerda el acusador, además, que en la resolución cuestionada se pretendió determinar el máximo de la pena considerando la máxima disminución posible, argumentando que la pena debía reducirse a la mitad tras citar la norma que ordenaba una disminución hasta en la mitad, de modo que todo ese enfoque pretendió presentarse como fruto de una interpretación armónica de la Constitución y de la ley.

Frente al argumento fundado en que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura decidió archivar la investigación que por los mismos hechos adelantó contra el doctor ACOSTA DELGADO, lo cual, en opinión de la defensa, es indicativo de la legalidad del pronunciamiento, consideró el acusador que en los supuestos de decisiones manifiestamente ilegales aquella autoridad carece de competencia para ejercer función disciplinaria alguna, como así se estableció por la Corte Constitucional en la sentencia C- 417 de 1993, de manera que resulta “forzoso concluir que a la citada decisión del Consejo Superior de la Judicatura no puede dársele la trascendencia que se pretende”, ya que las afirmaciones sobre la legalidad del comportamiento del doctor ACOSTA DELGADO con ocasión de una decisión emitida por él en ejercicio de sus funciones judiciales, exceden su órbita funcional y ninguna incidencia pueden tener en esta sede.

Sostiene el acusador que el doctor ACOSTA DELGADO, por virtud de su decisión, “propició la impunidad en un grave caso de corrupción administrativa y permitió una aplicación ilegal y discriminatoria de la justicia haciendo que uno de los copartícipes del injusto investigado quedara amparado por una preclusión manifiestamente ilegal

cuando los restantes intervinientes en los mismos hechos sobrellevan investigaciones y juzgamientos”.

La defensa insiste en sostener que no se halla demostrado el interés que pudo haber motivado al doctor ACOSTA DELGADO a emitir la decisión manifiestamente ilegal que se le imputa. A ello contesta el acusador que de la estructura típica del delito de prevaricato no hace parte ingrediente especial subjetivo alguno, y, por el contrario, la conducta prevaricadora, su injusticia y su potencia lesiva, vienen determinadas por la manifiesta ilegalidad entre lo decidido y el derecho conocido y aplicable, sin que se supedite a la existencia o la demostración de un interés ilícito.

Con fundamento en lo expuesto, decidió entonces proferir resolución de acusación contra el doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO por el delito de prevaricato por acción, y mantener la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta al momento de definir su situación jurídica, así como la libertad provisional posteriormente concedida (fls. 366 y ss. cno. Fiscalía).

En el proveído de diecinueve de octubre de dos mil, mediante el cual el Vicefiscal General de la Nación resolvió el recurso de reposición interpuesto por la defensa contra la providencia enjuiciatoria, se precisó que la trascendencia de la función jurisdiccional radica en que quienes la ejercen tienen por deber adecuar la normatividad para dirimir los conflictos sometidos a su conocimiento, y de hacerlo desarrollando los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales.

No obstante, agrega, entre la complejidad del mundo jurídico y de la hermeneútica judicial y la emisión de una resolución manifiestamente ilegal, existen ostensibles diferencias, pues mientras la interpretación aprovecha los recursos disponibles para

orientarlos hacia la administración de justicia, la decisión prevaricadora hace uso de ellos para denegarla, para administrarla sólo formalmente, incluso para propiciar la impunidad. De allí el alto contenido de injusticia de las decisiones manifiestamente ilegales como ha ocurrido en este evento.

Por más que se pretenda darle visos de legalidad a la decisión, continúa, es lo cierto que el caso sometido a conocimiento del doctor ACOSTA DELGADO, una simple operación aritmética permitía inferir que el máximo de pena imponible se obtenía haciendo la mínima y no la máxima disminución posible.

De este modo, considera, “una declaratoria de prescripción como la referida en el proceso, dispuesta más de seis años antes de que efectivamente ocurriera; proferida ante un grave caso de corrupción; cuando a los restantes involucrados se les ha negado esa decisión en distintas actuaciones; en una investigación adelantada en esa comarca contra un conocido hombre público; ordenada por un fiscal de segunda instancia que conoció decisiones que desarrollaban el alcance legítimo de la disposición de cuya aplicación se trataba; en fin, una decisión así concebida es una decisión manifiestamente ilegal”.

Para desvirtuar la imputación no basta solamente con que se afirme haberse actuado de buena fe, sino que ésta debe inferirse de la actitud asumida por el procesado, pues son sus manifestaciones de conducta las que reflejan su lícito o ilícito propósito. En este caso, el afianzarse en el ilegal alcance de una norma contra su mismo sentido y contra el cúmulo procesal que fundaba una decisión diferente, no puede ser indicativo de buena fe.

Si bien en pasada ocasión el fiscal investigado emitió una resolución en la que expuso su particular criterio en torno al artículo 80 del Código penal de 1980, en el caso por el cual fue investigado concurrían múltiples situaciones que evidenciaban el craso error en que anteriormente había incurrido, y que imponían su corrección. No obstante, prefirió

distorsionar el contenido de la norma, manipular la jurisprudencia que la desarrollaba y referir falaz alcance de fallos no citados por el impugnante para mantenerse en su posición y poder emitir un pronunciamiento manifiestamente ilegal.

Lo cierto es que la resolución proferida por el doctor Acosta Delgado tuvo como propósito favorecer al sindicato en el proceso a su cargo.

Con esta motivación el Vicefiscal General decidió no reponer la providencia calificatoria (fls. 408 y ss.).

2.- PRUEBAS PRACTICADAS EN LA ETAPA DEL JUICIO.

El defensor del procesado solicitó la práctica de pruebas durante la causa, en petición que fue resuelta oportunamente.

En cumplimiento del auto que dispuso su recaudo, se allegaron las siguientes:

2.1.- Certificación sobre ausencia de antecedentes disciplinarios del doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO, expedida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, así como copia del auto proferido el veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y nueve mediante el cual se dispuso archivar la investigación seguida en su contra, con ocasión de su desempeño como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, por hechos relacionados con la declaratoria de prescripción de la acción penal y la cesación de procedimiento a favor del procesado EDUARDO EDMUNDO ALBORNOZ JURADO (fls. 30 y ss. cno. Corte).

2.2. Certificación sobre ausencia de antecedentes disciplinarios expedida por la Procuraduría General de la Nación (fl. 42).

2.3.- Certificación sobre ausencia de antecedentes judiciales o de policía del doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO, expedida por el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S. (fl. 66).

2.4.- Declaraciones mediante certificación jurada rendidas por los doctores María Cristina Bucheli de Osejo, Guillermo Rosero García, Lucio Alberto Lucero Ortega, Efraín Salas Fajardo y Alberto Sigifredo Chamorro Vivas, Fiscales Delegados ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, quienes dan fe de buena conducta personal, social y profesional del doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO (fls. 43 y ss. cno. Corte).

3.- AUDIENCIA PUBLICA.

En ella intervinieron el Vicefiscal general de la nación, el Procurador primero delegado para la investigación y el juzgamiento penal, y el defensor del procesado doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO.

3.1.- El Vicefiscal general de la nación al referirse a los términos de la acusación, sostiene que el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, mediante resolución de 17 de noviembre de 1998 declaró la prescripción de la acción penal, en un grave caso de corrupción que se presentó en dicha ciudad.

Después de referir los hechos que dieron origen a la investigación y de la cual se desprendieron varios procesos, manifiesta que en el evento que ahora es materia de juzgamiento, desde el punto de vista objetivo, evidentemente existe una decisión manifiestamente contraria a la ley, porque la prescripción se rige por los criterios del artículo 80 del Código penal aplicable al caso, según el cual la determinación del término de prescripción es puramente objetiva y no subjetiva como de modo contrario ha querido hacerlo ver el procesado.

Considera que en materia de prescripción no se puede hacer la misma tasación que se

realiza para efecto de la dosificación punitiva por parte del juzgador al momento de dictar una sentencia condenatoria. Se trata tan sólo de hacer la tasación desde el punto de vista objetivo en el máximo de la pena, pues así se establece en el mencionado artículo 80 al precisar que en materia de prescripción de la acción penal debe tomarse el máximo de la pena teniendo en cuenta los atenuantes y las circunstancias agravantes. Para efecto de los atenuantes, resulta apenas lógico que se aplique el mínimo de reducción, porque lo que la norma busca es precisamente establecer el máximo de tiempo para que la declaratoria de prescripción resulte procedente.

Sostiene que en dicha materia la jurisprudencia de la Corte ha sido unánime y reiterada, pues dice no conocer pronunciamiento alguno que establezca la posibilidad de hacer una tasación de manera subjetiva o gradual de acuerdo a la discrecionalidad del funcionario. Así ha sido dicho, por ejemplo en auto de abril 24 de 1981, con ponencia del Magistrado Darío Velásquez Gaviria, repetidamente citado en los pronunciamientos de la Sala; auto de 21 de mayo de 1985; 12 de noviembre de 1986 con ponencia del Magistrado Jaime Giraldo Ángel; y 2 de octubre de 1996 siendo ponente el Magistrado Ricardo Calvete Rangel.

Es decir, agrega, existe abundante jurisprudencia en este sentido, según la cual, si bien es cierto, los jueces y fiscales están sometidos al imperio de la ley, también existen unos criterios orientadores de la jurisprudencia que deben ser observados, y que “olímpicamente” no se les puede desestimar sobre todo cuando, como en este caso, se trata de una providencia que carece de motivación para apartarse de la doctrina sentada y reiterada por la Corte.

De esta manera considera que desde el punto de vista objetivo en este caso el doctor ACOSTA DELGADO profirió decisión manifiestamente contraria a lo dispuesto por el artículo 80 del Código penal de 1980, y del artículo 82 al momento de cuantificar las disminuciones punitivas, por cuanto había comunicabilidad de circunstancias, toda

vez que varios servidores públicos habían logrado que se destinaran auxilios oficiales para comprar un lote de terreno y construir en él la sede de la fundación, en tanto que particulares administraron a nombre de la fundación dichos recursos. Si bien se trató de un asunto de coparticipación criminal entre servidores públicos y particulares para cometer el delito de peculado, por razón de la separación de los procesos se analizó de manera individual cada una de las conductas, pero para el caso debió dársele el tratamiento de servidores públicos y para efectos de la prescripción aplicar lo dispuesto por el artículo 82.

Recuerda que en providencia del 4 de marzo de 1997, la Corte, con ponencia del Magistrado Dídimo Páez Velandia, precisó que las circunstancias personales del autor que agravan la punibilidad y las materiales del hecho, se comunican al partícipe que las hubiere conocido, y ello no impide que el término prescriptivo previsto para las conductas imputadas a servidores públicos le sean igualmente imputadas al particular.

Con fundamento en ello, considera que la conducta imputable al procesado Eduardo Edmundo Albornoz Jurado no consistía en peculado por extensión sino por apropiación, pues intervinieron varias personas en la empresa criminal a quienes, por razón de la comunicabilidad de circunstancias, para efectos de la prescripción ha debido dársele la calidad de servidores públicos.

Manifiesta que en el curso del proceso se ha traído a colación el aspecto relacionado con un proceso disciplinario que se tramitó por el Consejo Superior de la Judicatura. Recuerda al efecto que la jurisdicción penal y la disciplinaria son independientes y autónomas, y el hecho de que en el proceso disciplinario se haya considerado que para ese caso el Fiscal delegado ante el Tribunal no actuó de manera maliciosa y de mala fe, esto no quiere decir que desde el punto de vista penal, habida cuenta del caudal probatorio que en éste existe, resulte vedado imputar una responsabilidad penal tan sólo porque en el proceso disciplinario no se hizo.

En relación con el aspecto subjetivo del delito investigado, dice, se ha alegado que el procesado actuó de buena fe. Al respecto, reiteradamente la jurisprudencia de la Corte ha convenido en precisar que para efectos de la investigación en el delito de prevaricato y la aplicación de la consecuente sanción penal, debe establecerse la actitud maliciosa o la mala fe por parte del servidor público.

Esa actividad maliciosa, en criterio del acusador, se deduce de varias actuaciones del Fiscal Delegado ante el Tribunal de Pasto; primero porque no existe complejidad en la interpretación de las normas de la prescripción. No se trataba tampoco de un asunto novedoso teóricamente, prácticamente, o que suscitara discusiones como para que pudiera decirse por parte del Fiscal que era un tema complejo, que entrañaba alguna dificultad en la interpretación, menos aún si precisamente la jurisprudencia ha señalado la misma claridad del régimen de prescripción de la acción penal, y desde el punto de vista doctrinario en los autores nacionales no ha existido discrepancia alguna.

En segundo lugar, la primera instancia había analizado en forma razonable el asunto y lo había hecho a la luz de la jurisprudencia; es decir, de los parámetros trazados por la Corte Suprema de Justicia, de tal manera que era imperioso para el Fiscal de segunda instancia, si allí mismo se citaba la jurisprudencia, por lo menos analizarla razonablemente o señalar el motivo de su desacato a los criterios trazados por ella, si esa era la idea que tenía en el sentido de que ésta era inequitativa e injusta como lo señaló. No obstante, omitió cualquier sustentación en relación con la jurisprudencia, hizo caso omiso de ella y eludió la discusión sobre el tema, lo que permite ubicar su conducta como maliciosa.

No puede aceptarse, sostiene, que la interpretación dada por el doctor ACOSTA DELGADO resulte simplemente fruto de una comprensión distinta del fenómeno o de una disparidad de criterios en torno a la institución de la prescripción de la acción penal; menos aún, si para el momento en que el funcionario emitió la decisión que se le reprocha,

contaba con los elementos de juicio suficientes que le indicaban la manera ilegal como anteriormente, en otros procesos, había decretado prescripciones con el mismo criterio con el que ordenó la prescripción a favor del procesado Albornoz Jurado.

Lo grave es que no era la primera vez que el funcionario acusado llevaba a cabo este tipo de conductas. Como elemento de juicio, la defensa trae a consideración que anteriormente en otros asuntos el procesado actuó de la misma manera; esto, en opinión de la Fiscalía, lo que significa es que ya había prevaricado, y que lo que hizo fue reincidir en una conducta delictuosa que le había resultado, a lo mejor, una forma fácil de favorecimiento a los procesados por la vía de una interpretación acomodada.

Tales elementos de juicio con que contaba el Fiscal acusado, ponían en evidencia su equívoco y la imperiosa necesidad de rectificarlo para no proferir decisión contraria a derecho. Pero además, los pronunciamientos judiciales, sobre todo los de segunda instancia, exigen una mayor valoración y profundización conceptual y jurídica cuando se trate de revocar una decisión de primera instancia. En este caso, la decisión de segunda instancia, fue inferior en el análisis, en relación con la de primer grado, lo que denota un procedimiento torcido por parte del fiscal acusado, quien simplemente de manera tajante hizo una deducción que no podía realizar.

El doctor ACOSTA DELGADO llegó incluso al extremo de pretender defender su actuación apoyado en los argumentos jurisprudenciales aparentemente transcritos por los impugnantes, pero resulta que éstos no reprodujeron ninguna jurisprudencia que apoyara la petición de prescripción, lo que indica que el funcionario acusado llegó entonces hasta el punto de manipular la decisión y crear situaciones dentro de ella que no eran ciertas. Es decir una manipulación premeditada en la argumentación para acomodarla al sentido de una ilegal resolución.

Pero además, la Fiscalía considera forzado el argumento expuesto por el doctor ACOSTA DELGADO cuando afirma que la disminución de la pena en un día con ocasión del reintegro de lo ilícitamente apropiado es injusta e inequitativa, pues el asunto en debate no era puramente conceptual subjetivo sino absolutamente objetivo que sólo exige realizar una simple operación aritmética. En razón de esto no resulta viable llegar a insinuar que se trató de un evento en el que frente a una determinada manera de valorar las normas aplicables al caso, se pretendió imponer otra diversa, de conformidad con los principios de valoración que rigen la actividad del funcionario judicial.

Ante una normatividad tan clara, una jurisprudencia unánime, y frente a un preciso estudio realizado por la Fiscalía de primera instancia, resulta evidente que el procesado acudió a la manipulación de pronunciamientos judiciales, pues éstos imponían una decisión en sentido contrario a aquella por la que se optó, para colocarse en contravía de la jurisprudencia y la misma ley. De manera que la conclusión no puede ser otra que el doctor ACOSTA DELGADO obró con el propósito de favorecer a quien figuraba como sujeto activo del punible investigado.

En suma, esas manipulaciones de la argumentación evidencian la intención de violar la ley, pues se acude a respaldos doctrinarios y jurisprudenciales en puntos tangenciales los cuales luego se descartan y desconocen cuando se aborda el punto central de la decisión. Así se pretendió dar apariencia de legalidad y de respaldo doctrinario y jurisprudencial a una providencia que no podía tenerla por ser manifiestamente ilegal.

Considera asimismo, que resulta difícil explicar la decisión proferida como fruto de un error de buena fe. El error puede eventualmente aceptarse si proviene de una equivocada interpretación en el alcance y contenido de algunas expresiones que configuran ingredientes normativos del tipo, pues en dicha hipótesis el entendimiento exige juicios valorativos especiales o de un contenido subjetivo. Sin embargo, en este caso no era necesario una tal elucubración ya que simplemente a un término máximo de pena fijado

en la ley para el injusto de peculado, había que restarle un mínimo correspondiente a la circunstancia de atenuación.

Además, para que el error genere inculpabilidad, es indispensable que posea una nota de insuperabilidad, es decir que humanamente no haya sido posible evitarlo o vencerlo, y, en este caso, dicha posibilidad se presentaba porque el fiscal de primera instancia había advertido cuál era la posición de la Corte Suprema de Justicia al respecto.

No existe entonces fundamento alguno para concluir que la conducta del procesado provino de un error inexcusable con efectos exculpantes; la prescripción decretada no admite semejante opción porque la situación probatoria con que el proceso contaba cuando fue revisado por la segunda instancia, impide entender la conducta de manera distinta a la manifestación consciente de la voluntad dirigida a quebrantar el claro e inequívoco precepto penal.

Además, tampoco podría sostenerse que el procesado hubiere actuado de manera imprudente. En opinión del organismo acusador lo que existió fue simplemente una actitud dolosa y manifiestamente contraria a la ley, porque el procesado en este caso tuvo toda la intención de violarla. Ello se establece, precisamente de la formación y experiencia del Doctor ACOSTA DELGADO, pues no se trata de un Fiscal advenedizo, con pocos años de experiencia, sino de una persona que ha cursado estudios especializados en derecho penal, que se desempeñaba desde hacía varios años en un cargo para cuyo desempeño la ley exige un conjunto de requisitos académicos de conocimiento y experiencia, y había ejercido otros cargos en la rama judicial, circunstancias que de plano descartan toda posibilidad de atribuir la conducta a errores derivados de la inexperiencia o de pensar que lo realizado fue el fruto de un comportamiento imprudente o negligente al resolver un caso.

A la convicción sobre la atribuibilidad dolosa del comportamiento se suma el análisis del contenido de la parte motiva de la resolución calificada como ilegal, en cuanto refleja una abierta manipulación de argumentos que no puede ser sino intencional. El doctor ACOSTA DELGADO se detuvo en consideraciones relacionadas con el fundamento dogmático del instituto de la prescripción, sin embargo, y sin ningún fundamento legal que lo respaldara, argumentó que el máximo de la sanción que determinaba el término prescriptivo se formaba de la pena fijada para el respectivo delito “más las adiciones menos las disminuciones que resultaran de las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, contabilizando para ello el máximo posible de disminución si se tratara de atenuantes”.

Tampoco desvirtuó los argumentos legales, jurisprudenciales y doctrinarios que sostenían la tesis expuesta por la primera instancia y resultó falso que la defensa hubiere expuesto argumentos jurisprudenciales que respaldaran su singular posición jurídica; además, a pesar de transcribir el texto del artículo 139 del Código penal y resaltar que la pena se disminuiría hasta en la mitad, decidió hacer una disminución completamente diferente y concluir que por razón del reintegro la pena máxima sería de quince años reducidos a la mitad, cuando la norma habla “hasta la mitad”.

Pero el contenido de injusticia y culpabilidad de la decisión reprochada, resulta igualmente manifiesto, dice, si se da en considerar que el Fiscal procesado generó impunidad en un gravísimo caso de corrupción administrativa y permitió una aplicación ilegal y discriminatoria de la justicia, pues condujo a que uno de los copartícipes del injusto investigado quedara amparado por una preclusión manifiestamente ilegal, cuando contra los demás intervinientes en la conducta punible juzgada se les han proferido sentencias de condena.

Es más, agrega, el acusado sabía, y tenía por qué saberlo -dado que ello había sido ventilado en la ciudad de Pasto-, que en el proceso culminado con condena había sido

negada, tanto en primera como en segunda instancia, la prescripción de la acción penal por los mismos motivos invocados en el asunto de su conocimiento.

Por lo anterior, concluye que en el proceso se encuentra demostrado que el doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO profirió una resolución manifiestamente contraria a la ley al declarar la prescripción de la acción penal y ordenar la preclusión de la instrucción en el proceso que se adelantaba contra Eduardo Edmundo Albornoz Jurado, ex Gobernador del departamento de Nariño, pues aún no había transcurrido el término exigido por la ley para que tal fenómeno operara ya que para el momento del pronunciamiento aún faltaban seis años y dos meses.

Igualmente se encuentra demostrado que con ese proceder, el doctor ACOSTA DELGADO lesionó gravemente el bien jurídico de la administración pública, en cuanto emitió un pronunciamiento que negó la vigencia y aplicación justa del ordenamiento jurídico, pues por medio de la preclusión proferida frustró una investigación penal y propició la impunidad en un caso concreto.

Considera, en consecuencia, que se encuentran procesalmente demostrados los extremos de la imputación, la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del procesado, con los que se satisfacen los presupuestos para la emisión de una sentencia condenatoria en contra del doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO por el delito de prevaricato por acción, con fundamento en las razones por las cuales fue acusado, conforme lo solicita de la Corte.

3.2.- El Procurador primero delegado para la investigación y el juzgamiento penal da inicio a su intervención recordando los hechos de que se ocupó la investigación en el proceso a cargo del doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO, Fiscal Delegado ante el Tribunal de Pasto.

A continuación dice haberse sentido muy confundido no sólo por el volumen del expediente, sino sobre todo por las declaraciones sobre la personalidad del acusado, sus antecedentes jurídicos, su situación social y sus antecedentes de comportamiento social; en fin, dichos testigos refirieron que se trata de una excelente persona desde todo punto de vista. Manifiesta haber titubeado porque no se sentía seguro en relación con el aspecto subjetivo de la conducta desplegada por este brillante servidor público.

Afortunadamente para el Ministerio público, dice, y gracias a la efectiva actividad probatoria por parte de la Vicefiscalía, en el sentido que logró recaudar cada una de las resoluciones que en torno a la prescripción se habían proferido entre 1992 y 1998 por la Unidad a que pertenece el acusado, encontró algunas en las que el inculcado estudió el tema de la prescripción de la acción penal y a las cuales se refiere.

Seguidamente, el Delegado de la Procuraduría resalta que el Fiscal de primera instancia en sus decisiones tuvo dos oportunidades, dos explicaciones no solamente conducentes sino profundas sobre la interrelación existente entre la norma del artículo 80 del Código penal de 1980, en conjunción con el artículo 133 y la diminuyente del 139 ibídem, en las cuales fue iterativo.

Si a eso se suma la apelación, y la trayectoria del doctor Acosta Delgado como hombre probo, como hombre de códigos, como hombre lector e informado de los últimos avances de la ciencia del derecho, junto con más de diez años de experiencia de los cuales por lo menos ocho han sido como Delegado, y los pronunciamientos que iterativamente profirió sobre el tema, ha de concluirse que sabía perfectamente lo que estaba haciendo, y no solamente por la confrontación de las decisiones por él proferidas, sino sobre todo, por la forma sutil, inteligente de hacer o beneficiar al ex gobernador por motivos que se desconocen, aunque es lo cierto que no existe ninguna conducta sin motivación, sea ésta consciente o de otra índole.

En todo caso, considera pertinente destacar el sentido de la jurisprudencia en torno al tema. Cita al respecto el pronunciamiento de la Corte proferido el 12 de diciembre de 1983 con ponencia del Magistrado Alfonso Reyes Echandía, donde se indica que en materia de prescripción es el correr del tiempo lo que el legislador ha tenido en cuenta para la consagración de tal institución; el 11 de noviembre de 1986, con ponencia del Magistrado Jaime Giraldo Ángel, se indica que interrumpido el término de prescripción de la acción penal por el auto de proceder o su equivalente, el nuevo lapso es igual a la mitad del que corresponda a cada disposición penal. Con fecha 12 de noviembre de 1986, la Corte, también con ponencia del Magistrado Giraldo Ángel, reiteró su tesis en cuanto el lapso de prescripción de la acción penal tiene relación con el máximo de la pena señalada en la respectiva disposición, disminuida en el mínimo si concurren circunstancias de atenuación y aumentada en el máximo para el caso de circunstancias agravantes.

La jurisprudencia también tiene establecido que independientemente de la calificación del sujeto agente y de las exigencias del artículo 122 de la Carta, el artículo 82 del Código penal tiene como propósito indicar un tiempo adicional para facilitar la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos por servidores públicos, cuyos pronunciamientos, a manera de ejemplo, reproduce.

Después de hacer algunas consideraciones generales en torno a quién es autor para el derecho penal, se pregunta si resulta posible aplicar a sujetos particulares la extensión del término de prescripción establecido para los delitos cometidos por servidores públicos, para responder acude a algunas citas jurisprudenciales, y en tal sentido menciona que el 7 de marzo de 1995, con ponencia del Magistrado Carlos Eduardo Mejía Escobar, la Corte precisó que para determinar el término prescriptivo de la acción penal, es necesario establecer el término máximo de la pena fijada en la ley para el respectivo delito, teniéndose en cuenta, como lo dispone el artículo 80 del Código penal, las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.

Como circunstancias han de entenderse aquellas que tienen la virtud de modificar los mínimos y los máximos previstos en la ley para el delito base, sean ellas de carácter objetivo o subjetivo, pues que los factores dosimétricos de la pena no inciden en la contabilización del término prescriptivo según lo ha aceptado pacíficamente la doctrina de la Corte.

La Delegada considera, entonces, que el texto del artículo 80 del Código penal, resulta en términos generales de fácil entendimiento, en primer lugar pues no se advierte dificultad alguna para establecer cuáles son los máximos de pena que contempla el legislador para los diferentes comportamientos humanos considerados como punibles ya que ellos aparecen de manera expresa consagrados en los tipos penales correspondientes, y determinado ese guarismo surge como algo obvio que el mismo corresponda al término en el cual se consumará el fenómeno de la prescripción, eso sí con la precisión contenida en la norma en cita, en el sentido de que ese término prescriptivo no podrá exceder en ningún caso de veinte años ni podrá ser inferior a cinco.

Ahora, en lo atinente a cómo se determina el máximo de pena para un hecho punible en particular, ante la presencia de esas agravantes o atenuantes específicas, sostiene que igualmente es reiterada y unánime la jurisprudencia desde la misma entrada en vigencia del Código penal de 1980, como así se establece, por ejemplo, del auto de 24 de abril de 1981, con ponencia del Magistrado Darío Velásquez Gaviria, en el sentido de que para efectos de la prescripción de la acción penal el máximo de la sanción fijada en la ley a que se alude en la norma (art. 80 del C. p.), se forma de la señalada para el respectivo delito, más las adiciones o menos las disminuciones que resultaren de las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, contabilizando para ello el máximo posible de incremento en caso de agravantes, o el mínimo posible de disminución si se trata de atenuantes.

Solicita que en el fallo se tome en cuenta la diligencia de inspección practicada por la

Vicefiscalía a los procesos que adelantaba el doctor ACOSTA DELGADO, no como pruebas en particular, sino como hecho indicador unitario, una unidad de hechos indicadores de los que se puede inferir el contenido probatorio de ellos en el sentido que en la medida en que se confronten las distintas decisiones de prescripción de la acción penal que el procesado adoptó, dentro del margen de tiempo en que éstas sucedieron, se resalta el aspecto subjetivo del delito de prevaricato.

Por lo anterior, el Ministerio Público considera que en el caso seguido contra el doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO se reúnen más que suficientemente los requisitos exigidos por el artículo 247 del Código de procedimiento penal de 1991 para dictar sentencia condenatoria.

3.3.- El defensor inicia su exposición sosteniendo que sería muy difícil presentar un argumento en pro de los intereses de su asistido pensando simplemente que éste burló “olímpicamente” la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte, como se alude por la Fiscalía, pues si ello fuese así, como objetivamente se plantea, muy reducidos serían los argumentos defensivos.

Considera importante observar quién es el sindicado a efectos de poder entender con claridad su entorno, toda vez que nadie llega a la comisión de un hecho punible de manera gratuita, y mucho menos exponiendo su capacidad intelectual, su bienestar económico, familiar y profesional, simplemente por que sí.

Al efecto solicita tener en cuenta los testimonios que funcionarios de la Unidad de Fiscalía a que pertenece el procesado, rindieron durante el juicio, en los cuales se pone en evidencia la personalidad del doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO, su entorno social y cultural, sin que ello implique asumir criterios de carácter positivista como algunos piensan. La defensa por el contrario considera importante conocer quién es la persona que está siendo juzgada y en últimas determinar por qué llevó a cabo la acción por la

que se le acusa y si dicha acción es reprochable, y sobre todo punible, pues el hecho de que el procesado haya realizado especializaciones en derecho penal, haya tenido una trascendencia y un estudio importante en la materia, no asegura su infalibilidad.

Sostiene que el derecho penal no puede convertirse en una simple operación matemática, ya que no contiene verdades absolutas, a punto tal que ello se da precisamente en la Corte Suprema, en donde se discuten y se exponen diversos criterios, unánimes, mayoritarios o minoritarios, pudiéndose incluso llegar a conciliar diversos puntos de vista del derecho; cuando esto no sucede se producen los salvamentos de voto para fijar las distintas posturas que sobre el mismo punto puedan llegar a presentarse; luego el problema del derecho penal no es de exactitud.

Sin embargo, en cuanto a la aplicación que del término de prescripción hace el doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO, debe ser analizado desde la perspectiva del tipo subjetivo, pues objetivamente la defensa no tendría nada que exponer en contrario toda vez que de la confrontación de la decisión adoptada y por la cual se le enjuicia, con los reiterados fallos de la Corte así lo han marcado. "Objetivamente mirando las cosas, como están y como se dieron, él podría estar incurso en un delito de prevaricato por acción".

Habría que analizar solamente si cuando el Fiscal acusado al momento de emitir su decisión tenía un dolo prevaricador. Al respecto considera que deben analizarse las declaraciones que en relación con el doctor ACOSTA DELGADO emitieron sus compañeros de unidad, tales como los doctores María Cristina Bucheli de Osejo, Efraín Salas Fajardo, Alberto Sigifredo Chamorro Rivas y Guillermo Ángel Rosero García.

Con fundamento en lo declarado por los mencionados testigos, la defensa considera que se está en frente de una persona que a través de su carrera profesional y su desempeño en el área del servicio público, cuenta con un claro y conciso patrimonio

personal, moral y ético, tal cual es resaltado por sus compañeros de la unidad de fiscalía a que pertenece.

Si se analiza la resolución acusatoria y los planteamientos del Vicefiscal general de la nación, agrega, habría que sostener que no por haber el procesado adoptado una postura interpretativa en relación con los artículos 80, 133 y 139 del Decreto 100 de 1980, realizó el delito de prevaricato por acción.

Claros fueron los planteamientos que hizo el fiscal acusado cuando en la indagatoria mostró su capacidad académica para resolver los asuntos puestos a consideración por la fiscalía que lo interrogaba para efectos de determinar si estaba frente a una persona que conocía el derecho.

Conocía tanto el derecho que aplicando unos criterios de carácter constitucional y legal produce la providencia que es materia de juzgamiento, donde hace un análisis de los tópicos planteados por la defensa, y se ocupa de hacer, en primer lugar, una revisión de la prescripción de la acción penal porque de ella dependía la continuidad del proceso, tomando en cuenta el aspecto relativo a la restitución de la totalidad de lo apropiado.

El doctor Acosta Delgado ha manifestado que de manera clara y precisa, acudiendo a los mandatos constitucionales planteó la posibilidad de hacer una interpretación de acuerdo a la ley, porque el artículo 80 del Código penal prevé la discrecionalidad que tiene el funcionario para analizar las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes. El acusado tomó en consideración este aspecto, pues cuando se refiere al artículo 133 del Código penal de 1980, consideró el máximo punitivo de quince años allí establecido, por razón del agravante previsto por la cuantía del ilícito.

Pero estaba frente a lo que él llama una atenuante específica, es decir el artículo 139 inciso segundo, que se refiere al reintegro efectuado antes de dictarse sentencia de segunda

instancia, evento en el cual la pena se disminuiría hasta en la mitad. Lógicamente cuando el Código penal de 1980 utiliza el término “hasta”, denota que el funcionario judicial tiene la posibilidad de utilizar el margen entre un día hasta la mitad.

La defensa manifiesta ser de la opinión que cuando en el Código penal se trata el tema de la pena, el sentido del legislador no ha sido el de fijar en la ley dos clases de pena, una para la prescripción y otra para la dosificación en el caso concreto, esto en razón a que considera que el principio de legalidad es uno solo y tiene que corresponder a los fijados en la ley en sus mínimos y máximos. De manera que cuando al operador del sistema se le otorga la posibilidad de hacer una interpretación conforme a la ley, tiene que necesariamente fijar la legalidad expresa en la misma, no se le puede exigir a una persona que por el simple hecho de tener un cierto grado de preparación académica, no pueda incurrir en errores o apartarse de los criterios bajo los cuales ha sido formado, pero que decidió pensarlos de modo diferente y no con el ánimo de apartarse de la ley.

Es claro dice, que la alegación de haber actuado de buena fe es común en los estrados judiciales, pero a pesar de que ella se debe presumir, en ningún momento en el curso del trámite se evaluó dicha posibilidad sino que simplemente se negó que el procesado hubiere actuado de buena fe. Pero esta buena fe está probada en el proceso, pues en su indagatoria el procesado trajo a colación las distintas providencias emitidas en torno al tema, y explicó que su comportamiento frente a la prescripción de la acción penal en el caso de Albornoz Jurado fue realizado de manera espontánea, con la absoluta certeza de no estar incurriendo con su actuar en el delito de prevaricato. El creyó que a mayor devolución o reintegro, mayor era la posibilidad de aplicar la atenuante específica, al punto que parte del agravante en el máximo de pena, es decir de quince años, no la disminuye en un día como ha sido el criterio reiterado de la Corte, sino que la reduce a siete años y medio, para concluir que como dicho lapso había sido superado, se produce la prescripción de la acción penal.

Si bien, como se anuncia por el Vicefiscal general de la nación de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, resulta válido sostener que el Consejo Superior de la Judicatura carecía de competencia para juzgar disciplinariamente al doctor ACOSTA DELGADO, por cuanto en tratándose de decisiones judiciales, si éstas son contrarias a la ley o se ha faltado a los deberes impuestos en ella, la competencia para investigar la conducta la tiene la jurisdicción penal.

Sin embargo, en dicho pronunciamiento, a más de las consideraciones a que ha hecho alusión el representante del Ministerio público, se indica que la actitud del funcionario de segunda instancia por sí sola en forma alguna compromete su responsabilidad disciplinaria, pues actuó dentro del ámbito de su competencia y en virtud del recurso de apelación que en ejercicio de sus funciones le correspondió resolver, apoyándose en los razonamientos que encontró pertinentes sin que pueda afirmarse categóricamente que procedió en forma ostensiblemente arbitraria.

Lo importante de este pronunciamiento, en opinión de la defensa, es que la decisión adoptada por el Fiscal ACOSTA DELGADO, no vulnera, por lo menos de manera protuberante, la Constitución o la ley, y que su interpretación y la solución jurídica que da al caso corresponde al leal saber y entender del funcionario.

El Ministerio público ha expuesto que tenía preocupación en torno al tipo subjetivo, lo cual, a criterio de la defensa, resulta en verdad ser un tema difícil de delimitar en cuanto se debe proceder a indagar sobre la intencionalidad del sindicado, a fin de establecer si actuó dolosamente. La defensa enfatiza que el prevaricato es un delito supremamente complejo de analizar en su tipo subjetivo, pues si se parte de los postulados de la buena fe, es necesario creer en los funcionarios, pues de no procederse de esta manera, cualquier error o discrepancia que surja entre la primera y la segunda instancia, podría generar entonces la investigación correspondiente.

La Corte ha reconocido en varios eventos que los abogados en un momento determinado pueden llegar a equivocarse y que esos errores no pueden recibir por ese solo hecho un reproche de carácter penal; entenderlo de modo contrario habría que concluir también que como el Consejo Superior de la Judicatura no era competente para conocer del proceso disciplinario en contra del doctor ACOSTA DELGADO y como en su decisión se hacen unas observaciones en el sentido de no aparecer violación protuberante de la Constitución y la ley, entonces dichos magistrados también podrían hallarse incursos en la conducta de prevaricato. Es decir, agrega, no se puede llegar a extremar la aplicación de esta figura.

En opinión de la defensa, después de escuchar las intervenciones de la Vicefiscalía y el Ministerio Público, éstos no han podido acreditar el aspecto subjetivo del tipo de prevaricato atribuido al procesado, es decir la motivación que lo llevó a violar la ley, independientemente de que ella esté contemplada o no como ingrediente subjetivo del tipo, sino desde el punto de vista humano.

A pesar de que el Ministerio público hace un esfuerzo por mostrar, por lo menos de manera indiciaria, la actuación dolosa del procesado, no logra concretar el dolo; es claro dice, que nadie expone su profesión, su vida, su prestigio, de manera que le produzca satisfacción la sola violación de la ley. La defensa es del criterio que el procesado actuó de manera equivocada o errada, y la acusación ha tratado de mostrar que incluso ese error se podía superar con la providencia de primera instancia, donde, según se afirma, era claro el concepto del fiscal seccional.

Dice, por el contrario, no creer que éste sea un primer elemento que permita brindar claridad al respecto, pues precisamente el Fiscal de segunda instancia lo encontró desacertado, pero lo hace de manera espontánea.

Advierte además, que los problemas jurídicos a veces no son tan fáciles de resolver

como se plantea por el Vicefiscal, quien considera el asunto como elemental, o lo reduce a una simple cuestión matemática y concluye como imposible que el acusado pudiera acudir a una interpretación distinta. En opinión de la defensa esto resulta fácil decirlo después de la realización de la conducta, pues a primera vista se puede observar el error cometido cuando la persona ya ha incurrido en él, pero es bien difícil para el funcionario que está abocado a resolver un problema jurídico y tiene dudas, y pensando en la mejor solución, consulta la doctrina con el propósito de no equivocarse, pero no obstante esto, de pronto falla en la decisión.

La discrecionalidad, en opinión de la defensa, contenida en el artículo 80 del Código penal de 1980, de moverse entre dos topes cuando se presenta la causal de atenuación prevista por el artículo 139 ejusdem, resulta válida, pues considerar como lo hizo el acusado, que era ridículo, inane, pretender simplemente la disminución de un día cuando esta devolución fue de la totalidad de lo supuestamente apropiado, lleva a pensar que respecto de la devolución puede operar el principio de la discrecionalidad al punto de reducir a la mitad la solución que sobre el problema de la prescripción se presenta.

Considera entonces que en este caso se está frente a una causal de inculpabilidad prevista en el artículo 40-4 del Código penal de 1980, pues la defensa dice estar segura que el fiscal acusado jamás tuvo una representación mental de que con su decisión estaba violando el artículo 149 del Código penal.

La acusación dice que el procesado contaba con todos los medios para salir y superar esa situación de error; si bien esta apreciación puede llegar a ser admitida por la defensa, es lo cierto que desafortunadamente, por descuido, no lo hizo; por eso considera que fue imprudente, es decir, agrega, lo que aconteció fue una especie de negligencia por no haber tratado de superar su postura equivocada.

Pero el dolo requiere que el actor se haga una representación mental, pues exige una

conciencia, un conocimiento de que se está actuando de manera ilegal, y que además de ello quiera el resultado, lo que aquí no se presenta.

Por el contrario, dice, en el juicio han sido analizadas varias pruebas que lo único que logran es corroborar la parte objetiva del tipo, mas no la subjetiva que no ha sido acreditada, ya que no obra prueba alguna que demuestre que el acusado obró de manera ilícita. Lógicamente cabría afirmar que al doctor Acosta Delgado le era exigible obrar de otra manera por tratarse de una persona especializada en derecho penal y con una gran trayectoria en dicho campo, pero igual resulta viable sostener que los abogados también corren el riesgo de equivocarse, como sucedió con el doctor Acosta Delgado, pero como él mismo lo acepta, lo hizo bajo un parámetro de interpretación.

La defensa considera que en la definición del asunto se debe optar por criterios de carácter político- criminal y también criminológicos, pues el derecho penal es un instrumento terrible de represión. Bajo el síndrome del prevaricato, no se puede arribar al extremo de que los funcionarios de primera instancia se abstengan de tomar decisiones esperando simplemente que la segunda instancia resuelva los asuntos, y que no asuman posiciones concretas, todo ello en detrimento de las garantías fundamentales de las personas.

Como quiera que el doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO pudo haber superado su error, y por negligencia no lo hizo, y no existe prevaricato culposos, en opinión de la defensa, debe absolversele de los cargos formulados en su contra pues ni siquiera pensó que estuviera actuando antijurídicamente. El haberse apartado de los pronunciamientos de la Corte, como se afirma, no significa que hubiere asumido una actitud dolosa o arrogante, por el contrario, actuó simplemente convencido como estaba que en el momento de adoptar su decisión tenía la discrecionalidad de poder moverse en el ámbito que establecía el artículo 139 inciso segundo del Código penal de hacer la

disminución hasta la mitad.

Considera entonces que no se satisfacen los presupuestos establecidos por el artículo 247 del Código de procedimiento penal de 1991, porque aparte del tipo objetivo, la parte subjetiva no se puede presumir, sino que debe estar debidamente acreditada, requisito que no se cumple.

Solicita entonces de la Corte, proferir sentencia absolutoria a favor del doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO, frente a los cargos que le fueran formulados en la acusación, por considerar que actuó sin dolo, con la convicción de que no estaba incurso en el delito de prevaricato y porque en el proceso no ha sido acreditado el tipo subjetivo.

SE CONSIDERA:

- 1.- Se acreditó la calidad de servidor público del doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO, quien para la fecha de los hechos, 17 de noviembre de 1998, se desempeñaba como Fiscal Delegado ante el Tribunal superior del Distrito Judicial de Pasto (fls. 17 y ss. cno. Fiscalía), cargo que, según se establece de la actuación, desempeña actualmente, por lo cual, de conformidad con el artículo 75-9 del Código de procedimiento penal, la Corte es competente para proferir la presente sentencia.
- 2.- De lo normado por el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, se establece que, a diferencia del grado de conocimiento exigido para proferir medida de aseguramiento (posibilidad) y para residenciar en juicio criminal al sindicado (probabilidad), para dictar sentencia condenatoria se requiere que la prueba obtenida en las distintas etapas del proceso conduzca a la certeza de la conducta definida en la ley como delito y la responsabilidad del enjuiciado.

Como derivado de dicho precepto, el material probatorio que conforma la actuación, ha de ser apreciado en conjunto, de acuerdo con los postulados de la lógica y las reglas de la experiencia, asignándosele el mérito que corresponda (art. 238 C. de P. P.), a fin de establecer las adecuadas consecuencias jurídicas que de allí se deriven.

3.- El doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO, por la época de los hechos Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, ha sido convocado a juicio bajo la imputación de haber realizado de manera antijurídica y culpable el tipo de prevaricato por acción que define y sanciona el artículo 149 del Código penal por entonces vigente (Decreto 100 de 1980), con la modificación introducida por el artículo 28 de la ley 190 de 1995, aplicable por razón del principio de favorabilidad en cuanto establece penas menos gravosas que las previstas en las nuevas regulaciones de que trata el artículo 413 de la ley 599 de 2000.

La disposición en comento, es del siguiente tenor:

“Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término de la pena impuesta.”

Desde una perspectiva objetiva, el tipo de prevaricato por acción encuentra realización cuando el servidor público en ejercicio de sus funciones, profiere dictamen, resolución, auto o sentencia, manifiestamente apartado del sentido de la norma jurídica aplicable al caso, haciendo prevalecer su voluntad sobre el mandato legal, afectando la integridad y credibilidad de la administración pública, indispensables para el funcionamiento del sistema jurídico.

A propósito de establecer si la conducta llevada a cabo en tales términos reporta

consecuencias social y jurídicamente relevantes, precisa tener que efectuar, en primer lugar, un examen entre el mandado jurídico contenido en la norma y lo decidido por el funcionario, y, en segundo término, establecida la realización del tipo en el entendimiento dicho que define el prevaricato activo, verificar si el imputado, de acuerdo con la información con que contaba al momento de resolver, tenía posibilidades reales de haberse ajustado al precepto transgredido, y, por tanto, si la conducta prohibida se llevó a cabo con conocimiento y voluntad, es decir, si la parte subjetiva del tipo igualmente tuvo realización.

4.- Frente a lo primero, es de destacarse que en la vista pública ninguno de los sujetos procesales, incluida la defensa, discutió la realización objetiva del tipo de prevaricato por parte del doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO al expedir la providencia de diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, mediante la cual declaró la prescripción de la acción penal en el proceso a su cargo, seguido contra el ex gobernador del Departamento de Nariño Eduardo Edmundo Albornoz Jurado por el delito de peculado por extensión, pues es lo cierto que tal fenómeno no había operado.

Al respecto resulta pertinente recordar que el artículo 80 del decreto 100 de 1980, establecía: “Término de prescripción de la acción. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de libertad pero, en ningún caso, será inferior a cinco años ni excederá de veinte. Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes” (se resalta).

No pocas veces la jurisprudencia trató el asunto:

Así por ejemplo, en pronunciamiento de 24 de abril de 1981, con ponencia del Magistrado Darío Velásquez Gaviria, precisó:

“Para efectos de la prescripción de la acción penal, el máximo de la sanción fijada en la ley a que se alude en la norma (artículo 105 del C.P. anterior y 80 del vigente), se forma de

la señalada para el respectivo delito más las adiciones o menos las disminuciones que resultaren de las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, contabilizando, para ello, el máximo posible de incremento, en caso de agravantes, o el mínimo posible de disminución, si se trata de atenuantes. Así lo ha entendido y precisado la jurisprudencia”.

En pronunciamiento de segunda instancia, proferido el 21 de mayo de 1981 con ponencia del Magistrado Pedro Elías Serrano Abadía, se indicó por la Sala:

“La providencia que se consulta está equivocada en toda su longitud en lo tocante a la prescripción de la acción penal que en ella se decreta. Contradice muchos años de jurisprudencia constante que se creía suficientemente conocida por encontrarse reproducida en multitud de libros, folletos, códigos concordados, etc. Data desde que la Corte empezó a ocuparse del tema con base en las disposiciones del Código Penal de 1936 y se reitera recientemente en providencia de 12 de diciembre de 1980 y 24 de abril de 1981.

“Para computar el lapso de prescripción de la acción penal, se repite una vez más, no se toma la cantidad de pena que se puede aplicar en una sentencia de condena –que es precisamente lo que ha hecho el Tribunal Superior de Cartagena en el caso concreto-, sino la que aparece indicada como máxima en la correspondiente norma sustantiva en que pueda ubicarse la delincuencia en examen, con las adiciones y disminuciones que surjan de las circunstancias específicas de agravación o de disminución, sin que pueda excederse del tope de treinta (30) años y del mínimo de cinco (5) si se fundamenta el juzgador en las disposiciones del Código Penal de 1936, o de veinte (20) y cinco (5) si se aplican las normas pertinentes del Código penal de 1980.

“Además, y como de prescripción se trata, debe tenerse en cuenta que las adiciones llegan hasta el punto máximo que la circunstancia de agravación permite y hasta el mínimo de

la disminución en el caso de atenuación” (Se destaca).

El doce de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, con ponencia del Magistrado Alfonso Reyes Echandía, indicó la Corte:

“Sabido es que la prescripción constituye fenómeno jurídico de extinción de la potestad punitiva del Estado cuando ha transcurrido término superior al máximo de sanción imponible para un determinado hecho punible, contado a partir de la fecha en que ocurrió. Como quiera que es el correr del tiempo lo que el legislador ha tenido en cuenta para la consagración de tal institución, lo que importa precisar en cada caso es el día en que el hecho sucedió y si este constituye comportamiento humano descrito en la (ley) penal como delito o contravención; por manera que la identificación misma de su autor o cómplice o el que estos hayan o no sido vinculados al proceso en legal forma, resulta indiferente para los efectos del reconocimiento de que se ha consumado el lapso prescriptivo; pudiera decirse entonces que no es este un fenómeno referido esencialmente a la persona de quien realizó o contribuyó a la ejecución del hecho punible, sino a comportamiento penalmente típico respecto del cual ha corrido término superior al legalmente fijado para que dentro de él la jurisdicción penal haga pronunciamiento definitivo” (se destaca).

En providencia de 11 de noviembre de 1986, con ponencia del Magistrado Jaime Giraldo Ángel, indicó la Corte:

“El artículo 80 del Código Penal enseña que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero, en ningún caso, será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20). Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.

“Es decir, que si la respectiva disposición penal contempla circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, debe el juez previamente determinar cuál es el tiempo

máximo de pena privativa de la libertad que puede imponer al procesado por su concreta conducta.

“Por ejemplo, si un empleado oficial se apropia en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado, en cuantía superior a quinientos mil pesos (\$500.000) el término prescriptivo será de quince (15) años, si no reintegrare lo apropiado (artículo 133, inciso 2º), incrementado dicho término en una tercera parte, es decir, en cinco (5) años (artículo 82), o sea veinte (20) años, lapso que no supera el máximo previsto en el artículo 80 ibidem” (se destaca).

En decisión del 12 de noviembre de 1986, también con ponencia del Magistrado Jaime Giraldo Ángel, indicó la Corte:

“El cómputo del tiempo requerido para la prescripción deberá hacerse teniendo en cuenta el máximo de la pena señalada en la respectiva infracción, disminuida en el mínimo si se presentan circunstancias de atenuación, y en el máximo aumentada para el caso de circunstancias agravantes, según lo tiene decidido la Corte...” (Se destaca).

Mediante pronunciamiento de ocho de septiembre de mil novecientos ochenta y siete, la Corte, con ponencia del Magistrado Guillermo Duque Ruiz, reiteró la jurisprudencia sentada en auto proferido el 24 de abril de 1981, y en relación con la circunstancia de atenuación punitiva contemplada en el inciso primero del artículo 139 del Código penal por razón del reintegro de lo apropiado con anterioridad a la apertura de investigación, señaló:

“El soslayo del sentido correcto de la preposición ‘HASTA’ que la Sala acaba de destacar, explica de suyo el yerro cardinal en el cual se ha incurrido aquí con sorprendente unanimidad al interpretar el fenómeno de la prescripción frente a la atenuante. En efecto, dicha preposición significa que la pena debe disminuirse no en una proporción fija, como se ha entendido en una suerte de sinonimia con la preposición ‘EN’, sino

dentro del campo cronológico respectivo, aquí marcado en su mínimo con un (1) día y en su máximo con noventa (90) meses, cantidad ésta que corresponde a las ‘tres cuartas partes’ del tope de pena señalado en el artículo 133 del Código Penal (120 meses)”.

En decisión del 14 de febrero de 1989, también con ponencia del Magistrado Guillermo Duque Ruiz, precisó la Corte:

“La afirmación que combate abiertamente el actor, viene siendo sostenida específica y unánimemente por esta Sala desde hace muchos años. Así, en casaciones de 7 de octubre de 1954 y 25 de marzo de 1955, y autos de 14 de febrero de 1957, 2 de abril de 1963 y 29 de julio de 1965 ha dicho al respecto: ‘Para determinar el tiempo necesario de la prescripción de la acción penal, se busca el máximo de la pena señalada en la ley para el delito sub iudice, pero, según el caso, relacionando ese máximo con los aumentos o disminuciones que la misma ley establece para las modalidades específicas que agraven o atenúen el hecho criminoso”.

Y en auto de 30 de octubre de 1984 reiteró:

‘Ni bajo la vigencia del código anterior... ni de acuerdo con las disposiciones actualmente en vigor, es posible afirmar que la acción penal prescribe en un tiempo igual al de la pena imponible al procesado, en caso de llegar a ser éste condenado por el delito que se le acusa, sino como, claramente lo disponen las normas anteriores y las actuales, es un tiempo igual ‘al máximo de la pena FIJADA EN LA LEY’ (resalta la Corte), esto es, no en el tiempo en que, en caso de condena, pudiera llegar a determinarse por el Juez como pena imponible, sino aquél en el que, sin acudir éste a las específicas situaciones referentes a cada procesado en particular, se indican por ministerio de la ley, objetiva y expresamente, como circunstancias que atenúan o que agravan las penas respecto de

cada delito, en sí mismo considerado (mayúsculas y paréntesis del original).

“Obvio que esa jurisprudencia se mantenga hoy inmodificable, como que no sólo es fruto de la sencilla lectura del respectivo articulado, sino que se corresponde con la misma naturaleza del instituto de la prescripción de la acción penal. En efecto, si ésta dependiera de la cantidad de pena que el Juez en cada caso puede imponer dentro de las pautas que la misma ley diseña (arts. 36 y 61 del Código P. de 1936 y 1980, respectivamente), se tornaría vaga e incierta y por lo mismo inaplicable, al menos con anterioridad al proferimiento de la sentencia, ya que hasta ese momento no se sabría el quantum de la pena imponible. Si la prescripción no es otra cosa que la extinción de la acción penal por el transcurso de determinado tiempo, ella no puede moverse sino dentro de límites ciertos y precisos, que son justamente los que consagra la ley; certeza y precisión, en cambio, que, de suyo, resultan excluidas en el marco de una dosificación ‘con fundamento subjetivo’ o ‘individual’, que surge cuando se aplican las referidas circunstancias de tipo genérico”.

Posteriormente, el siete de marzo de mil novecientos noventa y cinco, con ponencia del Magistrado Carlos E. Mejía Escobar, en torno al fenómeno de la prescripción concluyó la Corte:

“Debe señalarse la improsperidad de esta alegación en vista de que para establecer el término prescriptivo de la acción penal es necesario establecer el término máximo de la pena fijada en la ley para el respectivo delito, teniéndose en cuenta, como lo dispone el artículo 80 del C.P., las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.

“Como circunstancias han de entenderse aquellas que tienen la virtud de modificar los mínimos y máximos previstos en la ley para el delito base, sean aquellas de carácter objetivo o subjetivo, pues que los factores dosimétricos no inciden en la contabilización

del término prescriptivo, según lo ha aceptado pacíficamente la doctrina de esta Corte.

“Tampoco inciden aquí factores de punibilidad que eventualmente puedan hacer acreedor a un condenado al derecho a una rebaja o a gozar de una gracia especial, como ocurre con las rebajas de pena por trabajo y estudio, o con aquellas que pudieren llegar a suscitarse con ocasión de colaboración con la justicia producida con posterioridad a la sentencia, o con topes de pena cumplida a partir de las cuales es posible gozar de ciertos subrogados o beneficios penitenciarios (libertad preparatoria, libertad condicional, etc.).

“Tal es el caso de la rebaja prevista en la Ley 48 de 1987, que dispuso un descuento en las penas impuestas o que llegaran a imponerse respecto de ciertos delitos cometidos antes del primero de julio de 1986, sin afectar para nada los máximos y los mínimos previstos en la ley para esa clase de ilícitos, es decir sin modificar su naturaleza, ni su estructura, ni su penalidad abstracta”.

Con posterioridad, en pronunciamiento de dos de octubre de mil novecientos noventa y seis, con ponencia del Magistrado Ricardo Calvete Rangel, no obstante las aclaraciones que más adelante se harán en el cuerpo de este proveído, la Corte reiteró la tesis expuesta desde el auto proferido el 24 de abril de 1981 a iniciativa del magistrado Darío Velásquez Gaviria, y señaló:

“b) Análisis de la prescripción frente al Código Penal de 1980.

“Las tres apropiaciones fueron tenidas como un concurso material homogéneo y sucesivo, de modo que la acción prescribe respecto de cada una de ellas en forma independiente, de acuerdo con lo que ordena el artículo 85 ibídem.

“De esta forma, y para los efectos que se han venido analizando, el máximo de la pena para cada uno de esos tres hechos delictivos es de diez años de prisión (artículo 133 del

Código Penal), aumentada en tres (3) años cuatro (4) meses por ser delitos cometidos dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones (art. 82 del C.P.) disminuida en un (1) día por el reintegro efectuado antes de la sentencia de segunda instancia (art. 139, inciso 2º del C. P.)” (se destaca).

5.- Esta extensa, pero necesaria reseña jurisprudencial, con el sólo propósito de denotar la amplia, pacífica, reiterada y difundida, por lo mismo, conocida, doctrina de la Corte en torno al fenómeno de la prescripción de la acción penal, y el cabal entendimiento del artículo 80 del Código penal de 1980, donde una y otra vez se reitera que para efectos de la prescripción de la acción penal, el máximo de la sanción fijada en la ley a que se alude en la norma, “se forma de la pena señalada para el respectivo delito más las adiciones o menos las disminuciones que resultaren de las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, contabilizando, para ello, el máximo posible del incremento, en caso de agravantes, o el mínimo posible de disminución, si se trata de atenuantes”, en entendimiento que ha de mantenerse ante la legislación que entró a regir en 2001, no obstante el cambio de metodología para su cómputo que mayoritariamente adoptó la Sala.

Debe aclararse, no obstante, que la Corte posteriormente precisó que las circunstancias de atenuación punitiva consagradas en el artículo 139 del Código penal de 1980, no podían ser consideradas para efectos de la prescripción de la acción penal, afirmando que “es un mecanismo de reducción de la pena, no una atenuante de responsabilidad. La rebaja en ella establecida no se deriva de una circunstancia concomitante al hecho punible, que pueda incidir en la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, o en los grados o formas de participación, sino de una actitud posdelictual del imputado, de carácter procesal, que para nada varía el juicio de responsabilidad penal, y que como tal sólo puede afectar la pena una vez ha sido individualizada” (cfr.

sent. Cas. Nov. 23 de 1998. M. P. Arboleda Ripoll. Rad. 9657), precisión reiterada en pronunciamientos de 11 de julio de 2000 y 18 de diciembre de 2001 con ponencia del Magistrado Gómez Gallego, donde se sostuvo que “para la determinación del término de prescripción de la acción penal, es cierto, han de computarse ‘las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes’ (art. 80 C.P.). La misma expresión ‘concurrentes’ que usa el texto legal, indica que debe tratarse de factores contingentes de comportamiento coetáneos a la realización del hecho punible, no de conductas posteriores a la consumación del mismo, que de pronto puedan llegar a amainar la cantidad de pena, sencillamente porque las últimas se identifican como simples reductoras del monto de la sanción, al paso que los primeros son verdaderos elementos accidentales que están dentro de la estructura del delito”. Agregó el pronunciamiento, que “en fin, las circunstancias (atenuantes o agravantes) son ingredientes accidentales, que como tales no pueden ser fundantes o cofundantes del injusto ni de la responsabilidad del sujeto, que de todas maneras pertenecen a la estructura del hecho punible”.

Indicó, además, que “esta doctrina jurisprudencial fue recibida normativamente en el inciso 4º del artículo 84 del nuevo Código Penal (ley 599 de 2000), cuando dispone que para efectos del cómputo de la prescripción de la acción penal ‘se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad’. El precepto se refiere entonces a las causales sustanciales (no a las normas sustanciales), porque atañe a factores estructurantes o desencadenantes del hecho punible y no a sus consecuencias jurídicas bien obligadas ora voluntariamente asumidas por el procesado, de modo que toca con cualquier elemento relacionado con los presupuestos del hecho punible (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), siempre que afecte los límites de la sanción, y no con otros fundamentos que pueden variar la pena pero ocurren como manifestaciones posteriores al delito”.

De manera que independientemente del entendimiento en torno a si en el caso

sometido a consideración del doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO para efectos de determinar el lapso en que habría de operar el fenómeno prescriptivo resultaba aplicable o no la circunstancia de atenuación punitiva contemplada en el inciso segundo del artículo 139 del Código penal de 1980, lo cierto del caso es que atendiendo el claro mandato contenido en el artículo 80 ejusdem, en la doctrina de la Corte no existía discrepancia alguna en torno a que para efectos de la prescripción de la acción penal debía tomarse en cuenta el máximo de la sanción fijada en la ley y, en consecuencia, “el máximo posible del incremento, en caso de agravantes, o el mínimo posible de disminución, si se trata de atenuantes”.

Este criterio interpretativo fue precisamente el que motivó a la Fiscalía Diecisiete Seccional Delegada con sede en Pasto, a decidirse en negar el reconocimiento de la prescripción de la acción penal invocada por la defensa del procesado Eduardo Edmundo Albornoz Jurado y llamarlo a responder en juicio criminal por el delito de peculado por apropiación en la modalidad de extensión. Los siguientes fueron sus razonamientos, formulados con apego irrestricto a la normativa aplicable al caso y a la jurisprudencia por entonces imperante:

“El peculado por apropiación, injusto que se le endilga al procesado, trae en efecto una circunstancia de atenuación punitiva cuando se reintegra el valor de lo supuestamente apropiado, y según el momento en que se haga, antes de iniciarse la investigación o después, la rebaja de pena es mayor.

“En nuestro caso, tendremos que recurrir al inciso segundo del artículo 139 del código penal, pues la devolución de los dieciocho millones de pesos se hace en la etapa investigativa. La pena, en estos eventos y según la norma, ‘se disminuirá hasta en la mitad’.- Subraya esta Delegada-.

“El término ‘hasta’ tendrá que entenderse dentro de los límites que fija la regla

arriba citada, es decir, que la pena no necesariamente se disminuirá en esa proporción, sino que tendrá que moverse entre la pena máxima menos un día y la mitad.

“Ubicándonos en concreto, los límites frente a este atenuante, estarían entre los siete años y medio como pena mínima y quince años menos un día como pena máxima.

“Se tiene así un amplio margen para la tasación de la pena, la que será impuesta de acuerdo al criterio que se forme el juez de acuerdo a las diferentes circunstancias que rodeen cada caso concreto. La crítica a estos parámetros tan amplios es evidente y la compartimos, pues se deja al criterio subjetivo del Juez la ubicación de la pena entre un día y varios años, con lo que se pierde esa seguridad jurídica que impone el principio de legalidad de las penas. Sin embargo, no podemos apartarnos de los límites mínimos o máximos que estipula la ley”.

“Para concluir, si la pena máxima para este delito tomando en cuenta el atenuante es de quince años menos un día, la acción penal no ha prescrito, como quiera que el artículo 80 del código penal dispone que ésta -la acción penal- prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad y nunca en un plazo inferior a cinco años” (Resolución de diez de agosto de mil novecientos noventa y ocho, fls. 297 y ss. anexo 6).

Esta tesis fue reiterada por el instructor de primera instancia al resolver el recurso de reposición interpuesto por la defensa contra el proveído calificadorio del sumario, al sostener:

“Pero, reiteramos, la expresión HASTA es la que ofrece mayor complicación y en nuestro caso creemos sus límites son los siguientes: la pena mínima será de dos (años) de prisión, pues es el máximo de atenuación que se consagra. Mas hay que ubicar un límite máximo

que no puede ser los quince años de prisión, pues este es el mayor grado de punibilidad y de todas maneras debe reflejarse una rebaja. Tampoco decir que se hará en la mitad, ya que la expresión nos dice HASTA, para fijar el máximo en siete años y medio. Entonces, es allí donde la doctrina recurre a que por lo menos hay que disminuir en UN DÍA el parámetro máximo de la pena.

(...)

“Es por ello que creemos que la expresión HASTA nos lleva a considerar como posible que la mínima rebaja sea la de un día, que se tomará de la pena máxima establecida en la norma, lo que implica que en el probable caso que el juez quisiera imponer la máxima pena por estos hechos, tendría que tasarla en quince años menos un día. Si este es el punto más alto posible la prescripción operará en este lapso” (cfr. resolución de nueve de septiembre de mil novecientos noventa y ocho. Fls. 352 y ss. anexo 6).

No obstante la conformidad de estos pronunciamientos con la ley por entonces vigente y la doctrina imperante por la época, al desatar la alzada interpuesta por la defensa del procesado Eduardo Edmundo Albornoz Jurado, el doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO decidió declarar la configuración del fenómeno prescriptivo de la acción penal y decretar la consecuente cesación de procedimiento a favor de éste.

En la decisión proferida el diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, después de transcribir lo normado por el artículo 80 del decreto 100 de 1980, el Fiscal acusado hizo los siguientes razonamientos:

“La tasación de las consecuencias jurídicas, como cualquiera otra tarea propia del

derecho penal demoliberal, está gobernada por diversos postulados. Por supuesto, el más importante es el principio de humanidad, según el cual ninguna persona podrá ser sometida a penas o medidas de seguridad perpetuas, imprescriptibles, crueles, inhumanas o degradantes, que en el ordenamiento patrio tiene consagración constitucional en los artículos 12, 28 inciso 2º y 34.

“Al lado de este axioma aparece el de legalidad rotulado así por establecer que la intervención punitiva del Estado al determinar y ejecutar las consecuencias jurídicas del hecho punible debe regirse por el imperio de la ley, principio que se conoce también como de intervención legalizada, que tiene su máximo predicado en el postulado del artículo 29 de la [Constitución Política](#), artículo 1º del C.P., 15 de la Ley 74 de 1968, 9º de la Ley 16 de 1972, 1º del C. de P.P. y en todo el articulado consagratorio de las llamadas normas rectoras de la ley penal colombiana contentivas de un modelo penal garantista.

“Ciertamente la imposición de la pena como resultado de un proceso penal, es tal vez el momento procesal más difícil para el funcionario judicial el que debe procurar utilizar en primer lugar, el criterio del legislador, en segundo lugar, todo el contenido de la investigación y el juzgamiento y, finalmente, el equilibrio que se debe mantener entre los principios básicos del estado social de derecho. La dignidad de la persona humana, el principio de legalidad y la prevalencia del interés general, todos consagrados en la [constitución política](#).

“Por lo tanto, la función de la pena debe examinarse en el momento estático de su descripción legislativa y en el dinámico de su efectiva aplicación. Tal sucede con el artículo 61 del Código Penal, en donde se introducen como criterios genéricos básicamente dos: el grado del injusto y el grado de culpabilidad, que son manifestaciones respectivamente de los principios de lesividad o del bien jurídico y de culpabilidad, los cuales son tenidos en cuenta por el propio legislador a la hora de redactar los tipos

penales y determinar las sanciones imponibles.

“Desde ese punto de vista, la norma que establece la consecuencia jurídica -prescripción de la acción penal- frente al supuesto hecho (sic) -transcurso de tiempo- es norma de derecho sustancial en su más puro significado, como regla jurídica y cuyo contenido es la extinción absoluta de la sanción, tanto más, cuando el hecho de la prescripción va indisolublemente ligado a la pena del respectivo hecho punible, es decir, ‘en estos casos el juicio sobre la prescripción va atado a la identificación definitiva que el juez hace del hecho típico, de las circunstancias que determine la pena y por ende la prescripción’.

“Para efectos de la prescripción de la acción penal, el máximo de la sanción fijada en la ley a que se alude en la norma -art. 80- se forma de la pena señalada para el respectivo delito más las adiciones o menos las disminuciones que resultaren de las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, contabilizando para ello, el máximo posible de disminución si se trata de atenuantes (destaca la Corte).

“Olvida el Fiscal instructor que las preceptivas constitucionales y legales deben ser interpretadas y aplicadas armónicamente, luego no necesariamente el legislador debe en cada tipo penal establecer, además de las sanciones correspondientes, un término de prescripción de la acción penal.

“Por otro lado se recuerda que el fenómeno prescriptivo tal como está concebido en el precepto mencionado, tiene en cuenta la pena fijada en la ley en forma abstracta para el delito respectivo, pero atendida siempre la presencia de circunstancias específicas que aumenten o disminuyen esa tarifa abstracta.

“La dosimetría penal efectuada por el señor Fiscal A-quo ciertamente que se orientó para establecer la sanción imponible, tasación que efectuaría el juzgador, en el caso concreto, pero no es la adecuada para efectos de la prescripción. En efecto el artículo 139 del Código

penal enseña:

“ ‘Circunstancias de atenuación punitiva. Si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado o reintegrare lo apropiado, perdido, extraviado, o su valor, la pena se disminuirá en las tres cuartas partes.- Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia se segunda instancia, la pena se disminuirá hasta en la mitad...’ (subrayas del pronunciamiento).

“Al confrontar la última fecha de los hechos -febrero de 1990-, y la presente época -noviembre de 1998- y compararla con la normatividad antes señalada, al encontrarnos frente a lo que la doctrina denomina una atenuante privilegiada, tenemos que expresar que al cuantificar el término prescriptivo de la acción penal, en el caso que ocupa la atención de esta Fiscalía Delegada, la pena máxima sería la de quince años, reducidos a la mitad, la acción penal prescribiría en siete años y seis meses, tiempo que ha sido ampliamente superado y en tal predicamento, en esta parte de nuestra decisión hacemos eco a las argumentaciones expuestas por la defensa, en forma material y técnica.

“La anterior conclusión surge nítida al analizar el comportamiento delictual frente al tipo penal con su atenuante privilegiado y que tiene su base en los argumentos jurisprudenciales transcritos por los impugnantes. Dentro de esta perspectiva interpretativa, claramente tenemos que dar razón a la impugnación y apartarnos de las fundamentaciones de la Fiscalía instructora al no aceptar el recurso de reposición, que en forma ‘horizontal’ le fue impetrado y decidir conceder la apelación ante esta Delegada, como recurso ‘vertical’. Así las cosas no queda otro camino que declarar la prescripción de la acción penal y manifestar que la misma no puede continuar al tenor de lo dispuesto por el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal” (fls. 376 y ss. anexo 6).

Así surge nítida la configuración objetiva del delito de prevaricato por acción, consistente en desconocer el claro tenor literal de lo normado por el artículo 80 del decreto 100 de 1980 que ordenaba al funcionario establecer que hubiere transcurrido ininterrumpidamente “un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad”, tomando en cuenta “las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes”.

Esto, por cuanto si el señor Eduardo Edmundo Albornoz Jurado estaba siendo procesado por el delito de peculado por apropiación en la modalidad de extensión, sobre bienes en cuantía superior a quinientos mil pesos, el máximo de la pena para ese delito era de quince años de prisión, aumentada en cinco años por ser delito cometido dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones (art. 82 del C.P. de 1980), disminuida en un (1) día por el reintegro efectuado antes de la sentencia de segunda instancia (art. 139, inciso 2º ejusdem).

Respecto de la aplicabilidad al caso del artículo 82 del decreto 100 de 1980, ha de recordarse que la jurisprudencia de esta Corte tenía establecido por mayoría que el término prescriptivo afecta a todos los copartícipes, puesto que la norma no establece que el lapso extintivo de la acción penal habría de aumentarse únicamente para el empleado oficial que hubiere cometido un delito de responsabilidad. Lo que el precepto legal extiende, es el término de prescripción de la acción penal, cuando el delito hubiere sido cometido por un empleado oficial en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, afectando a todas las personas que hubieren tomado parte en la realización de la conducta punible sin que interese si se tiene o no dicha calidad.

Esto por cuanto en tal hipótesis la voluntad de la ley se encamina a que el Estado retenga la facultad de investigar el delito por más tiempo, en razón a que la condición de empleado oficial puede obstruir el descubrimiento del comportamiento ilícito, perturbar la investigación, posibilitar el ocultamiento o destrucción de las pruebas indispensables

para su esclarecimiento, y todas esas ventajas lo favorecen no solamente a él como sujeto investido de la cualificación jurídica de empleado oficial, sino también a todos sus copartícipes, pues éstos resultarían amparados con la impunidad de aquél (Cfr. auto cas. del 26 de abril de 1995. Rad. 9851. M.P. Mejía Escobar y auto de segunda instancia del 7 de octubre de 1999, rad. 14288. M.P. Arboleda Ripoll, entre otras).

Significa lo anterior, que si los hechos lograron consumación en el mes de febrero de 1990,- fecha en que en la Asociación Miguel Antonio Caro se recibieron los dineros procedentes del Congreso de la República-, la prescripción operaría en diecinueve (19) años, once (11) meses y veintinueve (29) días, los cuales no habían transcurrido para el diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, esto es, cuando el doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO declaró la prescripción de la acción penal en el asunto sometido a su consideración.

Debe aclararse, no obstante, que en la resolución acusatoria proferida en contra del doctor ACOSTA DELGADO, se consideró que el término de prescripción en el asunto sometido a su consideración “es de quince años -máximo de la pena- menos un día - mínima atenuación posible”, término prescriptivo que “aún no se había cumplido pues para ello faltaban seis años y dos meses como quiera que tal fenómeno sólo operaba en febrero de 2005”.

En este sentido el Vicefiscal general de la nación dijo acoger expresamente “el parecer del Ministerio Público y de la defensa en cuanto a la imposibilidad de fundamentar el cargo por prevaricato en la no aplicación del artículo 82 del Código Penal (de 1980) pues, a diferencia de la claridad legal y de la unanimidad jurisprudencial referidas al término prescriptivo, la extensión de ese término está referida expresamente a los servidores públicos y no a los particulares y, además, como se lo ha hecho ver, no es

unánime la extensión jurisprudencial de ese término a los particulares que concurren a la comisión de un delito especial. En esas condiciones, no puede decirse que al declarar la prescripción de la acción penal se haya emitido una resolución no sólo manifiestamente contraria al artículo 80 del Código Penal sino también al artículo 82 ya citado”.

Pero fuera que el doctor Acosta Delgado tuviera o no la obligación de considerar las previsiones del artículo 82 del decreto 100 de 1980, lo cierto del caso es que, de una parte, la transgresión de este precepto no le ha sido imputada en el pliego enjuiciatorio, y, de otra, que para la fecha de la resolución de segunda instancia, aún si se prescindiera de aplicar dicho incremento, el Estado no había perdido la facultad de investigar y juzgar el delito de peculado por apropiación en la modalidad de extensión imputado al ex gobernador del departamento de Nariño doctor Albornoz Jurado, toda vez que para el 17 de noviembre de 1998 no habían transcurrido los catorce (14) años, once (11) meses y veintinueve (29) días necesarios para que prescribiera la acción penal.

6.- Si bien en la actuación aparece acreditado en grado de certeza la realización típicamente antijurídica del delito definido como prevaricato por acción en el artículo 149 del decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 28 de la ley 190 de 1995, dado que la decisión proferida el 17 de noviembre de 1998 por el Fiscal delegado ante el tribunal superior de Pasto, doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO, evidencia manifiesto apartamiento de lo dispuesto por el artículo 80 del Estatuto punitivo por el que se rigió el asunto, no acontece igual en relación con el tipo subjetivo, pues no podría afirmarse con la certeza requerida que tenía un conocimiento claro de la ilicitud de su conducta, y que la orientó voluntariamente a apartarse del mandato legal cuya transgresión se le reprocha.

En efecto. En la acusación se afirma que “el propósito de violar la ley se hace manifiesto

no sólo con la manera caprichosa como se le da la espalda a las reglas que gobiernan la determinación del término de prescripción de la acción penal sino también con la mínima fundamentación que se le da al aparente disenso en la interpretación de la ley y, lo que es más, con la manera como se pretende amparar semejante postura en una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que fundamentaba una decisión en sentido contrario, incurriendo en una clara manipulación de ella para acomodarla al sentido de su decisión, llegando incluso al extremo de pretender amparar esa decisión ‘en los argumentos jurisprudenciales transcritos por los impugnantes’ cuando ninguno de ellos había citado pronunciamiento alguno que respaldara una tal decisión”.

Dentro de los fundamentos de la decisión ameritada y por cuya expedición el doctor ACOSTA DELGADO ha sido convocado a responder en juicio, se encuentra la siguiente consideración:

“Para efectos de la prescripción de la acción penal, el máximo de la sanción fijada en la ley a que se alude en la norma -art. 80- se forma de la pena señalada para el respectivo delito más las adiciones o menos las disminuciones que resultaren de las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, contabilizando para ello, el máximo posible de disminución si se trata de atenuantes” (destaca la Corte).

Al respecto, indicó la acusación que “como bien lo precisa el Ministerio Público, esa claridad del régimen de la prescripción de la acción penal ha sido corroborada por la jurisprudencia nacional, la que durante los últimos veinte años ha precisado que la determinación del máximo de la pena, y por esa vía del término prescriptivo, impone la realización de una mínima disminución en caso de atenuantes y la realización de un máximo incremento en caso de agravantes” (Se destaca).

Si bien el aparte que se destaca de lo plasmado en el pliego enjuiciatorio resulta enteramente cierto, en la medida en que ese precisamente ha sido el criterio interpretativo

unánime y reiterado de la jurisprudencia de esta Corte, no puede olvidarse que el procesado señaló en su indagatoria: “Creemos que la interpretación dada a la normatividad señalada -artículos 80 y 139 del Código Penal- es una interpretación sistemática y con respaldo jurisprudencial”.

Y aunque el procesado no mencionó expresamente cuál fue el respaldo jurisprudencial que tuvo en cuenta para emitir la providencia por cuya emisión se le acusa, pues la que cita a continuación en su injurada corresponde a un pronunciamiento donde se indicó por la Corte que “cuando el artículo 80 del Código Penal estipula que para efectos de la prescripción se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes, está haciendo remisión únicamente a las circunstancias específicas, adecuadas al caso concreto para aminorar o agravar la pena, y no así a las genéricas, cuya función es servir de parámetro referencial al juez para discurrir entre el mínimo y el máximo contemplado como sanción para el tipo de que se trate, como lo indica el artículo 67 ibídem”, dictada el 8 de junio de 1999 con ponencia del Magistrado Lombana Trujillo dentro del trámite de revisión con radicado 15029 -es decir tiempo después de aquella mediante la cual declaró la prescripción de la acción penal-, es claro que dicho referente podría encontrarse en la decisión proferida por la Corte el dos de octubre de mil novecientos noventa y seis con ponencia del Magistrado Ricardo Calvete Rangel dentro del proceso de radicado 9557 y a la cual insistentemente en la vista pública se refieren el Vicefiscal general de la Nación y el Procurador delegado.

Como resultado de cotejar el aparte del pronunciamiento proferido por el doctor ACOSTA DELGADO, párrafos arriba transcrito, y el de la Corte del 2 de octubre de 1996, se pone en evidencia que al parecer el error del funcionario radicó en haber tomado éste como referente de su pronunciamiento, y no la cita original de la providencia proferida el 24 de abril de 1981 con ponencia del Magistrado Darío Velásquez Gaviria, entre las cuales se observan ostensibles diferencias, no advertidas sin embargo por el procesado, su defensor, el Vicefiscal general de la Nación, ni la Delegada del Ministerio

público, a pesar de que éstos últimos mencionan que la Corte “ha reiterado esta posición para efectos del cómputo de las agravantes y atenuantes en materia de prescripción” (fl. 107 cno. Corte).

Véanse las diferencias:

En el pronunciamiento del 24 de abril de 1981, con ponencia del Magistrado Darío Velásquez Gaviria, dijo la Corte:

“Para efectos de la prescripción de la acción penal, el máximo de la sanción fijada en la ley a que se alude en la norma (artículo 105 del Código Penal anterior y 80 del vigente), se forma de la señalada para el respectivo delito más las adiciones o menos las disminuciones que resultaren de las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, contabilizando, para ello, el máximo posible de incremento, en caso de agravantes, o el mínimo posible de disminución, si se trata de atenuantes. Así lo ha entendido y precisado la jurisprudencia”.

En la decisión del dos de octubre de mil novecientos noventa y seis, la Corte, con ponencia del magistrado Calvete Rangel, indicó:

“Para resolver sobre la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos de peculado por apropiación por los cuales fue condenado el procesado, es pertinente recordar que sobre el tema propuesto por el impugnante la Corte de tiempo atrás ha hecho las siguientes precisiones:

(...)

“ ‘d). Para efectos de la prescripción de la acción penal, el máximo de la

sanción fijada en la ley a que se alude en la norma (artículo 105 del Código penal anterior y 80 del vigente) se forma de la pena señalada para el respectivo delito más las adiciones o menos las disminuciones que resultaren de las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, contabilizando, para ello, el máximo posible de disminución, si se trata de atenuantes. Así lo ha entendido y precisado la jurisprudencia' (Auto de abril 24 de 1981, M. P. Darío Velásquez Gaviria)".

Si el procesado fundamentó su pronunciamiento en que "para efectos de la prescripción de la acción penal, el máximo de la sanción fijada en la ley a que se alude en la norma -art. 80- se forma de la pena señalada para el respectivo delito más las adiciones o menos las disminuciones que resultaren de las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, contabilizando para ello, el máximo posible de disminución si se trata de atenuantes" (destaca la Corte), podría llegar a sostenerse que al parecer se apoyó en la cita que, como fruto de un error de transcripción mecanográfica, aparecía equivocadamente consignada en la decisión proferida por la Corte el dos de octubre de 1996.

Este error resultaría aún más patente, si se toma en cuenta que el doctor ACOSTA DELGADO utilizó las mismas expresiones, incluso los signos de puntuación, erradamente traídas a colación en la decisión de la Corte y que le daban a la jurisprudencia un sentido sustancialmente distinto, pues con ellas se dio a entender que para efectos de la prescripción de la acción penal, se debía contabilizar "el máximo posible de disminución", cuando la jurisprudencia que le servía de fuente establecía todo lo contrario.

Ahora, cómo un error de transcripción de la Corte pudo a su vez haber determinado un error en el procesado doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO. La respuesta no puede

ser más que objetiva. En el Tomo CCXLV, Volumen II, Número 2484, de la Gaceta Judicial de la Sala de Casación Penal correspondiente al Segundo Semestre de 1996, páginas 133 y siguientes, aparece reproducido el texto del pronunciamiento proferido el 2 de octubre de 1996, y específicamente en la página 141 se consigna el error mecanográfico de cita a que se ha hecho referencia.

Igual, en el libro “Jurisprudencia Penal, Segundo Semestre 1996”, publicado por “Editora Jurídica de Colombia”, en las páginas 364 y siguientes se reproduce el pronunciamiento de la Corte donde aparece consignado el mismo error que viene de mencionarse.

Si bien el procesado en su indagatoria no menciona esta circunstancia, tan siquiera tangencialmente, no puede desconocerse que dicha diligencia tuvo lugar casi diez meses después de haber proferido el pronunciamiento por el que se le vinculó al proceso, y que las expresiones utilizadas en su pronunciamiento son idénticas a aquellas indebidamente traídas a colación por la Corte y que daban un sentido distinto a la jurisprudencia, resultando posible que por el tiempo transcurrido y el volumen de los asuntos a su cargo le impidiera recordar y explicar con exactitud los pormenores de lo ocurrido o el fundamento que en su momento tuvo para adoptar la decisión por cuya emisión ha sido convocado a responder en juicio.

El tipo de prevaricato imputado al funcionario, previsto en el artículo 149 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 28 de la ley 190 de 1995, requiere para su configuración que el agente conozca el carácter ilícito de su comportamiento, es decir, que tenga conciencia de que el pronunciamiento que emite se aparta ostensiblemente del derecho y decida, sin embargo, llevarlo a cabo, lo cual excluye la posibilidad de realización culposa, de suerte que conforme a las previsiones del artículo 40 ejusdem, la

presencia de alguna causal de inculpabilidad tendría incidencia en la exclusión de responsabilidad del sujeto implicado, conforme hoy en día se establece por el artículo 32 de la ley 600 de 2000.

El error de tipo previsto por el artículo 40-4 del Código penal anterior y 32.10 del actual, encuentra configuración cuando el agente tiene una representación equivocada de la realidad, y, por tanto, excluye el dolo del comportamiento por ausencia del conocimiento efectivo de estar llevando a cabo la definición comportamental contenida en el tipo cuya realización se imputa, y que, según la concepción del delito de que se participe, conduciría a tener que declarar la atipicidad subjetiva por ausencia de dolo en la ejecución de una conducta delictiva que no admite modalidad culposa, o la ausencia de responsabilidad por estar contemplado el error de tipo como motivo de inculpabilidad que rechaza el dolo, según la ubicación sistemática de esta causal en uno y otro estatuto.

Es claro, sin embargo, que en este caso y bajo dicho supuesto, el error del funcionario no sería invencible, sino superable, toda vez que no habría incurrido en él de haber aplicado la diligencia debida para establecer que el pronunciamiento de primera instancia correspondía al cabal entendimiento del artículo 80 del Decreto 100 de 1980 y los abundantes desarrollos jurisprudenciales en torno al tema, y, además, que no empece la equivocada transcripción mecanográfica de la jurisprudencia reseñada en el pronunciamiento proferido por la Corte el dos de octubre de mil novecientos noventa y seis, la solución allí brindada al caso coincidía enteramente con los planteamientos expuestos por el Fiscal de primera instancia, que reiteraban la interpretación jurisprudencial que de la ley se viene haciendo, en sentido contrario a como lo estaba declarando.

No obstante, en lugar de proceder diligentemente acorde con la responsabilidad inherente a su alta investidura, pareja a su vasta experiencia como administrador de justicia y los cursos de capacitación académica realizados, que le habrían permitido

establecer que la razón estaba de parte del funcionario de primera instancia y no de los impugnantes, todo parece indicar que a partir de una transcripción mecánica de una cita jurisprudencial equivocada, debido a su falta de precaución para establecer si en verdad correspondía al cabal entendimiento del precepto aplicable al caso, realizó toda una serie de disquisiciones a fin de dotarla de sentido, camino por el cual la solución ofrecida en su pronunciamiento no podía ser menos que manifiestamente ilegal, como en efecto lo es, posibilidad esta que sin embargo no se representó.

Esta posibilidad de haber incurrido en error, la cual se constituye en indicio de ausencia de responsabilidad, no descarta enteramente, por supuesto, la hipótesis opuesta en el sentido de que de manera consciente y voluntaria hubiere acudido al error de la jurisprudencia para soportar en él la deliberada intención de otorgar entendimiento arbitrario al artículo 80 del Decreto 100 de 1980 y ponerlo a decir lo que no dice e inaplicarlo debiendo hacerlo.

Ello podría establecerse a partir de lo manifestado en su indagatoria al sostener que “ciertamente en la jurisprudencia citada por el señor Fiscal seccional para expresar que la acción penal no ha prescrito es la de 8 de septiembre de 1987, en la cual actuó como Magistrado Ponente el Dr. GUILLERMO DUQUE RUIZ, en un caso relacionado con la interpretación del artículo 139, para efectos de la prescripción, y para ello se remitió a la providencia de 24 de abril de 1981 en la cual se indica que ‘para efectos de la prescripción de la acción penal, el máximo de la sanción fijada en la ley, se forma de la pena señalada para el respectivo delito, más las adiciones o menos las disminuciones que resultaren de las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, contabilizando para ello el máximo posible del incremento en caso de agravantes o ‘el mínimo posible de disminuciones, si se trata de atenuantes’. Sobre esta pauta jurisprudencial, nosotros teniendo en cuenta, en primer término, el artículo 230 de la Constitución Nacional que pregona: los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley’ y el artículo 6º referente al principio rector de la

favorabilidad, efectuamos la interpretación antes indicada, teniendo además, en consideración que el reintegro fue total, nos pareció que la escala de disminución era equitativa y estaba acorde con lo señalado en dicha normatividad. Un día de disminución para la atenuante, en nuestro sentir no consulta una verdadera interpretación normativa. No se trata de un criterio insular, sino que ha sido permanente como se indicó anteriormente al exponer los diferentes casos que hemos conocido, porque lo que prescribe es la acción que nace de un delito concreto o individualizado y no de un delito en su tipo genérico, por lo cual aplicamos la atenuante específica o privilegiada del inciso segundo del artículo 139 del Código Penal y dentro de esa escala nos movimos como lo indicamos anteriormente. En el evento de habernos equivocado en la interpretación normativa, no se hizo con el ánimo de perjudicar o favorecer al sindicado, ni a terceras personas, ni por amistad o animadversión, menos de apartarnos de la ley, como ya se indicó...”.

Esto podría indicar, eventualmente, que el procesado al momento de adoptar la decisión tuvo presente la cita jurisprudencial del pronunciamiento proferido por la Corte el 8 de septiembre de 1987 con ponencia del Magistrado Guillermo Duque Ruiz donde se reprodujo fielmente un aparte de la del 24 de abril de 1981 con ponencia del Magistrado Darío Velásquez Gaviria.

Sin embargo, si se toma en cuenta que dicha manifestación fue posterior a la emisión de su pronunciamiento por cuya emisión ha sido acusado, que en esta decisión no mencionó expresamente ninguna de estas dos providencias, y que, por el contrario, en la fundamentación expuesta trajo a colación de manera casi textual la errada cita contenida en la decisión de dos de octubre de mil novecientos noventa y seis, publicada no sólo oficialmente sino en época concomitante a su pronunciamiento que le otorgaba el carácter de jurisprudencia reciente, lo que no sucedía con la mencionada por el

funcionario de primera instancia, no puede menos que concluirse que pudo haber actuado movido por un error que, aunque superable, resultó determinante en el sentido de la decisión objeto de reproche.

A igual aserto habría de arribarse si se da en considerar que en el proceso no aparece acreditado que el doctor ACOSTA DELGADO hubiere procedido en la forma como lo hizo atendiendo una especial motivación, como al respecto es mencionado por los intervinientes en la audiencia; además, que carece de antecedentes penales y disciplinarios, e igualmente que sus compañeros de Unidad manifiestan constarle que se trata de un hombre recto, vertical y honrado, y afirman que es “un funcionario estudioso, responsable, transparente y de una acrisolada conducta” (fl. 53 cno. Corte).

A términos del artículo 232 del Código de procedimiento penal, para proferir el juez sentencia condenatoria, se requiere que en el proceso obre prueba válidamente recaudada de la cual se establezca con certeza la realización de la conducta punible y la responsabilidad del procesado. Ello significa que dentro de los diversos grados probatorios establecidos por el ordenamiento procesal, de la posibilidad en que se funda la imposición de la medida de aseguramiento, la probabilidad de responsabilidad del justiciable fundamento de la resolución acusatoria, al momento de culminar el proceso ha de pasarse al más alto grado de conocimiento que supone la seguridad de que los hechos han ocurrido y que fueron realizados en determinadas circunstancias, que es lo que en esencia constituye la certeza.

En razón de ello, la acusación fundada en que “si se trata de determinar el máximo de la pena imponible no se ve con base en qué argumentos se ha de aplicar el máximo y no el mínimo de atenuación ante la concurrencia de circunstancias atenuantes, tal como lo hizo el Doctor ACOSTA DELGADO en su pronunciamiento tras afirmar que el término de prescripción se establece ‘contabilizando para ello, el máximo posible de disminución si se trata de atenuantes’ ”, podría contar con la explicación a que ampliamente ha hecho

referencia la Corte.

En este caso, encontrándose, entonces, la Corte ante la posibilidad real de que el procesado pudo haber actuado de buena fe movido por un error de cita jurisprudencial no originado voluntariamente, y también que eventualmente pudo haber hecho uso de él para imponer su propio capricho y por dicha vía violar la ley que le correspondía aplicar en un caso de honda repercusión social, no cabe más alternativa que resolver la duda a su favor y absolver al funcionario de los cargos por los que ha sido formalmente acusado en el presente proceso, conforme así será declarado en la parte resolutive de este pronunciamiento.

Es cierto, como se alude en la acusación, que “el doctor ACOSTA DELGADO, por virtud de su decisión, propició la impunidad en un grave caso de corrupción administrativa y permitió una aplicación ilegal y discriminatoria de la justicia haciendo que uno de los copartícipes del injusto investigado quedara amparado por una preclusión manifiestamente ilegal cuando los restantes intervinientes en los mismos hechos sobrellevan investigaciones y juzgamientos”, pero también es claro que la magnitud de estos resultados provenientes de una conducta típicamente antijurídica, no resultan suficientes para efectos de determinar la responsabilidad penal en el hecho, a menos que se apliquen criterios de responsabilidad distintos de los establecidos en el sistema que nos rige, menos aún, si como ha sido dicho, “no exige el prevaricato un determinado resultado y siendo ello así, el dolo eventual deviene incompatible con la naturaleza de dicho delito, lo contrario sería pretender que en todo proferimiento de una decisión fuera implícito el riesgo de que resulte contraria a derecho y que si tal posibilidad se aceptare, se estuviere ante un dolo eventual” (Sent. Segunda Inst. Mayo 15 de 2000. Rad. 13601. M.P. Gálvez Argote)

Es de anotar, y con ello responder una de las inquietudes que la defensa postula, que el fundamento de esta determinación no estriba en el hecho de que el Consejo Superior la Judicatura se hubiere abstenido de iniciar formal investigación disciplinaria contra el doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO por los mismos hechos de que se ocupa esta actuación, pues a más de lo expresado por el organismo acusador y el delegado de la Procuraduría en torno a la sentencia C-417 de 1993 que fijó el ámbito de operancia de la acción disciplinaria contra los funcionarios judiciales, resulta claro que dicho pronunciamiento no necesariamente implica la exclusión de la responsabilidad penal del procesado.

Esto, por cuanto en razón de los principios de autonomía e independencia que opera entre las acciones disciplinaria y penal, la definición del juicio penal no se subordina a las resultas del procedimiento disciplinario, pudiendo incluso existir una acumulación de responsabilidades penales y disciplinarias respecto del mismo sujeto agente y por los mismos hechos.

Al efecto es de recordarse lo sostenido en torno al tema por la Corte Constitucional:

“Cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios”.

“Si bien es cierto que entre la acción penal y la disciplinaria existen ciertas similitudes puesto que las dos emanan de la potestad punitiva del Estado, se originan en la violación de normas que consagran conductas ilegales, buscan determinar la responsabilidad del imputado y demostrada ésta imponer la sanción respectiva, siguiendo los procedimientos previamente establecidos por el legislador, no es menos cierto que ellas no se identifican, ya que la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Dichas sanciones son impuestas por la autoridad administrativa competente o por la Procuraduría General de la Nación, ente que tiene a su cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales”.

“La acción penal, en cambio, cubre tanto la conducta de los particulares como la de los funcionarios públicos, y su objetivo es la protección del orden jurídico social. Cabe agregar que ya no es posible diferenciar la acción penal de la acción disciplinaria por la existencia en la primera de los conceptos de dolo o culpa, pues al tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 200 de 1995, parcialmente acusada, “en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa” (Corte Constitucional Sentencia C-244/96).

Tampoco la decisión que la Corte advierte, se fundamenta en que en anteriores pronunciamientos de su competencia el procesado hubiere adoptado posturas jurídicas iguales o disímiles a aquella que motivó la acusación, pues es claro que respecto de dichas decisiones no se formuló acusación, y de ellas no se desentraña el motivo o motivos que pudo haber tenido para haber procedido conforme lo hizo en el caso concreto. En razón de esto no resulta viable fundar en tales pronunciamientos la prueba del dolo como sí lo hace la Delegada, menos aún cuando los supuestos fácticos allí

tratados no guardan relación alguna con los hechos del caso sometido a consideración del acusado.

Menos aún resulta plausible soportar la prueba del dolo en la circunstancia de que respecto de otros procesados por el mismo hecho, se hubiere denegado la solicitud de declarar la prescripción de la acción penal, pues en la actuación existe constancia en el sentido de que el proceso seguido contra los señores Eduardo Otoniel Montúfar Erazo y Segundo Salvador Lasso Gómez no estuvo al conocimiento del Fiscal delegado ante el tribunal superior del distrito judicial de Pasto, doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO (fl. 327 cno. Fiscalía), de manera que cualquier afirmación en contrario para sostener que tenía conocimiento de las incidencias presentadas dentro de aquella actuación y que no empece esto aplicó tratamiento desigual y discriminatorio de la ley penal, carece de fundamento y se convierte apenas en una conjetura sin apoyo probatorio alguno.

En consecuencia, al no haberse acreditado en grado de certeza el dolo en la conducta del doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO, en aplicación del principio in dubio pro reo consagrado en el artículo 7º del Código de procedimiento penal, deberá ser absuelto del delito de prevaricato por acción que le fuera imputado en la resolución de acusación.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. ABSOLVER al acusado, doctor CARLOS ENRIQUE ACOSTA DELGADO en razón de los cargos que le fueron formulados en el presente asunto.

SEGUNDO. EN FIRME esta determinación, DEVOLVER al doctor Acosta Delgado la

caución prestada cuando se le concedió la libertad provisional (fls. 266 y ss. cno. Fiscalía, y 59 cno. Corte), y levantar la restricción para salir del país (fl. 245 cno. Fiscalía) y demás compromisos adquiridos con ocasión de la definición de la situación jurídica y la calificación del mérito del sumario.

TERCERO. ARCHIVAR definitivamente el expediente.

La Secretaría de la Sala librará los oficios correspondientes para comunicar y hacer efectivas estas decisiones.

Contra esta sentencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE JORGE A. GÓMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO ALVARO O. PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN JORGE L. QUINTERO MILANÉS

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria