

Magistrado Ponente

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

SP1795-2018

Radicación n° 47310

Acta 159

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS:

Procede la Corte a emitir sentencia en la causa adelantada en contra del ex Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, AMBROSIO HERNÁNDO TOBÓN RESTREPO, acusado como probable autor del delito de prevaricato por acción.

HECHOS

En contra del doctor Ambrosio Hernando Tobón Restrepo se formuló acusación por el delito de prevaricato por acción, al expedir las resoluciones del 14 de diciembre de 2004 y 17 de enero de 2005, dentro de la investigación que cursaba en contra del Exdirector Nacional de Fiscalías Justo Pastor Rodríguez Herrera, quien fuera denunciado por presuntamente haber favorecido al empresario Jesús Guerrero Hernández, cuando varió la asignación de la fiscalía 118 ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá¹, que había formulado acusación e impuesto medida de aseguramiento en contra del aludido. Además, Rodríguez Herrera recibió de parte de Guerrero un reloj marca rólex.

El aquí acusado al definir la situación jurídica de Rodríguez, a través de la resolución del 14 de diciembre de 2004, se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento, tras considerar que no advertía irregularidad alguna en la Resolución que reasignó la investigación, la cual no consideró producto del capricho o la arbitrariedad del funcionario.

A su turno, excluyó el delito de cohecho propio, pues entendió que al descartarse el prevaricato, el acto administrativo mencionado no fue contrario a los deberes oficiales.

No obstante, reprochó el hecho de haber recibido el obsequio del reloj, conducta que adecuó en el inciso 2º del artículo 406 del C.P., es decir, cohecho impropio aparente o implícito.

Al resolver el recurso de reposición contra la anterior providencia, mediante resolución del 17 de enero de 2005, precluyó la investigación por los delitos de prevaricato por acción y cohecho propio; seguidamente, el 3 de mayo de 2005, al calificar el mérito del sumario, formuló acusación por cohecho impropio implícito.

El juzgamiento correspondió a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que en decisión mayoritaria profirió sentencia absolutoria en favor de Rodríguez Herrera, en el entendido que se tipificó erradamente la conducta, ya que el cohecho implícito no reprime la entrega de dádivas por actos cumplidos, porque era claro que recibió el reloj rólex varios meses después de haber emitido la variación de asignación del proceso penal, perspectiva desde la cual resultaba atípica la conducta a la luz del cohecho impropio implícito, y dispuso compulsar las copias en contra del procesado.

Sin embargo, cuatro de los magistrados de la Sala Penal salvaron el voto, para sostener que la norma por la cual se acusó al ex director de fiscalías -cohecho impropio inciso segundo- sí prohíbe a los funcionarios públicos recibir dádivas por actos ya cumplidos y ejecutados, de allí que era viable emitir sentencia condenatoria; además, la postura planteada en la providencia abría una indeseada compuerta de impunidad ante actos similares de

corrupción.

IDENTIFICACION DEL PROCESADO

AMBROSIO HERNÁNDO TOBÓN RESTREPO identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.295.530 de Medellín, expedida el 3 de septiembre de 1970, nació en Rionegro (Antioquia) el 7 de diciembre de 1948 y es hijo de Arturo Tobón y Magdalena Restrepo, casado con Patricia Contreras Jiménez y padre de dos hijos, Juan Guillermo Tobón Fitzgerald de 38 años y Valentina Tobón Contreras de 16 años. Es abogado de la Universidad de Antioquia y especialista en Derecho Procesal Penal de la Universidad del Rosario en Bogotá. Actualmente es jubilado y residente en el municipio de Chía, (Cundinamarca).

ACTUACIÓN PROCESAL

1- La Fiscalía General de la Nación inició investigación preliminar contra el doctor AMBROSIO HERNANDO TOBÓN RESTREPO el 20 de octubre de 2009 por el delito de prevaricato por acción², tras la cual, abrió proceso formal el 25 de noviembre de 2014³.

2- Escuchado en indagatoria el 19 de diciembre de 2014, la fiscalía definió su situación jurídica con abstención de medida de aseguramiento por ausencia de fines⁴.

3- El 30 de junio de 2015 se calificó el mérito del sumario acusando al funcionario judicial por el punible de prevaricato por acción⁵, al precluir la investigación seguida contra Justo Pastor Rodríguez Herrera por los delitos de prevaricato por acción y cohecho propio.

4- Escrito de acusación

4.1- Se dirigió a exponer las razones por las cuales la Resolución 664 del 21 de mayo de 2003 era manifiestamente ilegal, y que constituyen argumentos que debió tener en cuenta TOBÓN RESTREPO al calificar el prevaricato por acción endilgado a Rodríguez Herrera.

En primer lugar, reconoció que si bien no existía un procedimiento expresamente reglado para ordenar o facultar la variación de una fiscalía, no debía ignorarse que el numeral 3º del artículo 11 del Decreto 261 de 2000 establecía que la finalidad de dicho cambio de asignación era la de garantizar una “pronta y cumplida administración de justicia”, finalidad que claramente pasó por alto el aquí procesado.

Además, no advirtió que la orden de cambio de fiscalía fue expedida sin motivación, luego de reunirse con el defensor del empresario encartado, y lo más grave, de manera apresurada y sin contar con el informe del estado del proceso, documento sin el cual nunca se tomaban estas decisiones.

Asimismo, reprobó que si bien la variación de la Fiscalía 118 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá se ordenó a petición del defensor de Jesús Guerrero Hernández, dicha solicitud contenía reproches sustanciales que debían decantarse al interior del proceso penal, y no generaban el abrupto cambio de funcionario instructor.

El escenario antes descrito, sin duda alguna, evidencia que se emitió una decisión prevaricadora en la cual se favoreció irregularmente a quien posteriormente le obsequió el reloj rólex, valoración equivocada que configuró el prevaricato por acción que se reprocha en la presente actuación.

Otra irregularidad que advirtió el ente acusador consistió en que el procesado AMBROSIO HERNANDO TOBÓN RESTREPO, al disponer la preclusión favorable al ex director Justo Pastor Rodríguez Herrera, invocó equivocadamente la causal de “imposibilidad de proseguir la actuación penal”, pues si lo que pretendía sustentar era la atipicidad de la conducta, lógico era que fuese la causal de atipicidad la que aplicara en su decisión, sin embargo, erradamente optó por una que opera ante factores externos e indiscutibles, como por ejemplo, la muerte del procesado o el vencimiento del término prescriptivo, entre otros.

A pesar de lo anterior, técnicamente tampoco sería procedente la declaratoria de atipicidad de la conducta, ya que ésta debe ser de naturaleza absoluta y no relativa, y como en el caso del ex Director Nacional de Fiscalías no emergía dicha figura de manera contundente y objetiva, era necesario su estudio dentro del marco probatorio propio del proceso penal.

De allí que, la ilegal decisión de precluir truncara la posibilidad de realizar una investigación de los hechos relacionados con un supuesto acto de corrupción o que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia pudiera variar la calificación delictual, de estimarlo procedente.

También, censuró que en la parte resolutive del auto del 17 de enero de 2005, en el que se declaró la preclusión del prevaricato y el cohecho propio, se indicara que «contra esta decisión no procede recurso alguno», situación que denotó una irregularidad adicional al impedir su impugnación.

Para el ente acusador, esta manera de actuar del procesado AMBROSIO HERNANDO TOBÓN RESTREPO obedece a un sofisticado modo de cometer el prevaricato, pues las providencias cuestionadas denotan una aparente fundamentación, cuando lo real es que se trata de una ilegalidad velada o disfrazada para impedir que se impartiera justicia en un presunto caso de corrupción en el que se señalaba como responsable a un Director Nacional de Fiscalías.

Finalmente, en lo que toca al dolo, afirmó que se encuentra plenamente acreditado que AMBROSIO HERNANDO TOBÓN RESTREPO era consciente de la ilicitud, no solo por su amplia trayectoria profesional sino porque su fiscal auxiliar, José Darío Cediell Serrano, le presentó un proyecto de decisión en sentido contrario, pero que, como lo declaró este subalterno, a raíz de la socialización y reunión con el Coordinador de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia, Dr. Guillermo Mendoza Diago, se decidió cambiar el proyecto, para terminar siendo redactado exclusivamente por el aquí procesado.

4- Los anteriores argumentos fueron ratificados en providencia del 11 de agosto de 2015,

que desató el recurso de reposición contra la resolución de acusación.

5- Recibidas las diligencias, se llevó a cabo la audiencia preparatoria en la cual únicamente, a petición del ente acusador, se ordenó la remisión del memorial 040 del 20 de septiembre de 2001, suscrito por Justo Pastor Rodríguez Herrera en el que dispuso:

«A partir de la fecha, las solicitudes que se formulen a esta Dirección para que se examine la viabilidad de efectuar asignaciones especiales, variación de asignación, segundas instancias, entre otras, deben estar debidamente motivadas, haciendo mención de los documentos en que se soporta.»

ALEGATOS DE LAS PARTES

La Fiscalía

Además de reiterar los cuestionamientos endilgados en el escrito de acusación, agregó que AMBROSIO HERNANDO TOBÓN RESTREPO transgredió la norma que regula la terminación del proceso penal mediante preclusión (Art. 39 de la Ley 600 de 2000), la cual es de uso cotidiano, dominio general, arraigada en la cultura judicial, y que no ofrecía ninguna dificultad interpretativa, menos para el procesado TOBÓN RESTREPO, dada su amplia trayectoria profesional y el alto nivel del cargo que ostentaba.

No hay duda que la procedencia de la preclusión nace del máximo grado de conocimiento sobre la existencia de la causal que se invoque, y no cuando se encuentra en plena indagación, como en el presente caso.

Es claro que la terminación anormal de la investigación se ordenó en una fase incipiente, pues apenas se encontraba en definición de situación jurídica, escenario en el cual contaba con el tiempo suficiente para adelantar las labores investigativas necesarias, en orden a no tomar una decisión apresurada que terminara garantizado la impunidad de los hechos.

Para el acusador, lo único que no podía hacer TOBÓN RESTREPO era decretar la preclusión, pues la investigación clamaba averiguación y continuidad, ya que había evidencias para creer que la variación de asignación (Res. 664 de 2003) podía tener móviles diversos a los establecidos en el numeral 3º del artículo 11 del Decreto 261 de 2000, es decir, asegurar la pronta y cumplida administración de justicia.

Acotó que en el presente caso no se trata simplemente del estudio de la legalidad o ilegalidad de la variación de fiscalía en sí misma, sino que el debate trasciende a la equivocada decisión de precluir cuando era conocido que Justo Pastor Rodríguez varió de fiscalía sin motivación y sin soportes, y lo más importante, se terminó torpedeando el adecuado trámite penal seguido en contra de quien posteriormente le regaló un reloj rólex, contexto que demuestra que el cambio de fiscalía estuvo alejado de la buena administración de justicia.

El Ministerio Público

La Procuradora Tercera Delegada para la Investigación y Juzgamiento propuso imponer sentencia condenatoria contra el Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia AMBROSIO HERNANDO TOBÓN RESTREPO, con fundamento en que se encontraban acreditados los requisitos objetivos y subjetivos propios del prevaricato por acción endilgado.

En primer lugar, reconoció que sí existía un marco normativo que regulaba el cambio de asignación de investigaciones, concretamente el Decreto Ley 261 de 2000, el artículo 115 de la ley 600 de 2000, y peor aún, la Circular 040 de 2001, que el mismo procesado conocía porque fue él quien la emitió.

El anterior desconocimiento devino en la expedición de una preclusión manifiestamente contraria a derecho, apreciación que se refuerza al tenerse probado que el ex Director de Fiscalías, Justo Pastor Rodríguez Herrera, varió el conocimiento de la investigación sin

contar con el informe sobre el estado del proceso penal.

Por otro lado, respecto a los elementos subjetivos del prevaricato por acción, refirió que ellos se pueden extraer de la falta de oportunidad para impugnar la decisión preclusiva, así como de la declaración de su subalterno, José Darío Cediel Serrano, quien proyectó una decisión en sentido contrario y que fue cambiada por el procesado, luego de una reunión que sostuviera con el coordinador de las Fiscalías Delegadas a la Corte Suprema de Justicia.

La defensa

El defensor respondió los cuestionamientos endilgados, bajo el siguiente análisis:

En primer lugar, validó la legalidad de la Resolución 664 del 21 de mayo de 2004, al corroborar que el cambio de asignaciones no tenía trámite reglado del que se extrajera su desconocimiento para erigir el prevaricato por acción que examinó el procesado.

Además, la decisión sí estuvo suficientemente motivada, pues si bien dichos argumentos no se extraen completamente de la misma resolución, debe acudirse al escrito contentivo de la solicitud que elevó el defensor de Jesús Guerrero Hernández, la cual estaba debidamente sustentada con sólidos argumentos y pruebas que hacían ver la existencia de la necesidad del cambio de fiscalía ante los atropellos de que fue víctima el empresario.

Igualmente, en razón a que a la referida petición se anexaron copias de las piezas del proceso penal, ello tornaba irrelevante e innecesario requerir el informe del estado del proceso que emite el Director Seccional de Fiscalías, documento que echa de menos tanto el ente acusador y el Ministerio Público, pero que inclusive, si bien se acostumbraba a solicitar en tales trámites, no era obligatorio su recaudo para emitir decisión, ya que no había norma que lo requiriera.

En lo referente al memorial 040 de 2001, aduce que dicha directriz fue mal interpretada por el acusador, pues el deber de motivación se exige respecto del contenido de la solicitud que eleva el interesado y no a la resolución aceptando la variación que acceda a ella, como equivocadamente lo entendieron la Fiscalía y el Ministerio Público.

Agregó, que para mayo de 2003, cuando Justo Pastor Rodríguez Herrera emitió la variación cuestionada, no existía la sentencia C-873/03 en la que se prescribieron pautas relativas a la facultad de cambio de asignaciones, por lo cual en dicho momento la práctica evidenciaba que tales decisiones gozaban de una amplia discrecionalidad, al punto que la referida decisión solo fue cuestionada cuando se conoció el regalo del reloj.

Así, ninguna irregularidad se extrae de que se hubiera llevado a juicio al ex Director Nacional de Fiscalías por la conducta de cohecho impropio aparente, no solo porque los argumentos expuestos en el salvamento de voto así lo dejan ver, sino porque tal imputación surgió de la directriz que impartiera el Fiscal General de la Nación en el auto del 6 de diciembre de 2004, en el cual, indicó que de las tres modalidades de cohecho existentes en el Código Penal, la que se adecuaba a las circunstancias fácticas del ex director Justo Pastor Rodríguez Herrera era la de cohecho encubierto, contemplado en el inciso segundo del artículo 406 del Código Penal.

Desmiente que en el presente asunto AMBROSIO HERNANDO TOBÓN RESTREPO hubiere emitido una orden de preclusión apresurada y sin haber realizado las adecuadas labores investigativas, pues al momento de terminar el proceso penal por las conductas de prevaricato por acción y el cohecho propio existía suficiente material probatorio que no corroboraba que la entrega del reloj roléx hubiera nacido de una promesa remuneratoria, además que acreditar un acuerdo de tal naturaleza era muy difícil, toda vez que prácticamente debe nacer de una confesión.

Sobre el inciso final de la parte resolutive de la resolución del 17 de enero de 2005, en el

cual se estipulaba que contra la misma no procedía recurso alguno, explicó que ello obedeció a un simple olvido, que en nada cercenaba los derechos de los intervinientes, en razón a que los recursos proceden en virtud de la Ley, además, fue fruto de la propia dinámica del proceso, pues a través de dicha providencia se resolvió un recurso de reposición, contra el cual no procedía ningún recurso, salvo lo decidido por primera vez.

CONSIDERACIONES

1- A tenor de lo dispuesto en el artículo 235-5 y párrafo de la [Constitución Política](#), la Sala es competente para adoptar la presente decisión en tanto la conducta atribuida al Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia está vinculada con el ejercicio de las funciones desempeñadas.

2- Aun cuando el Acto Legislativo 01 de 2018 promulgado el pasado 18 de enero modificó los artículos 186, 234 y 235 de la [Constitución Política](#), al crear al interior de la Corte Suprema de Justicia las Salas Especiales de Instrucción y de Primera Instancia encargadas de investigar y acusar a los funcionarios aforados, es importante aclarar que hasta tanto no sean implementadas las mismas, la Sala Penal de esta Corporación conserva su competencia para continuar conociendo los procesos que actualmente adelanta.

Sobre esta temática se ha precisado:

“... que efectivamente, de conformidad con el artículo 4 del Acto Legislativo 01/2018, esa modificación de los artículos 186, 234 y 235 de la [Constitución Política](#) entró en vigencia con su promulgación como acto que tuvo lugar el pasado 18 de enero. Esa realidad normativa implica, en la práctica, que el Estado debe proceder a su pronta implementación, con el propósito de que materialmente resulte aplicable el cambio procesal connatural a la segunda instancia.

Precisamente, la falta de implementación de la reforma constitucional para los asuntos

como el presente caso constituye la razón que descarta una pérdida de competencia de esta Corporación para adelantar este proceso en la específica etapa en la que se encontraba a la entrada en vigencia del acto legislativo”6.

3- De acuerdo con el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, comete el ilícito de prevaricato por acción el servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley.

Desde el aspecto objetivo este tipo penal se edifica en la notoria discordancia que se presenta entre el contenido de la resolución, dictamen o concepto emitido por el servidor público y la descripción legal o conjunto de normas que regentan el caso específico.

En otras palabras, la característica de palmaria ilegalidad de la decisión surge cuando de manera sencilla y puntual es posible verificar que lo decidido es opuesto a la solución que el ordenamiento jurídico prevé para el asunto analizado.

El concepto de contrariedad manifiesta con la ley hace relación entonces a aquellas decisiones que ostensiblemente ofrecen conclusiones opuestas a lo que, según sea el caso, revelan las pruebas o los preceptos legales bajo los cuales se adopta alguna determinación, de tal modo que la decisión que se adopte resulta arbitraria y caprichosa al provenir de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico.

Debe indicarse que la contrariedad entre el mandato legal y lo resuelto debe ser notoria, al extraerse de bulto con la sola comparación de la norma que debía aplicarse; de modo que, se excluyen de reproche penal, todas aquellas decisiones respecto de las cuales surja discusión o diferencias de criterio, interpretaciones o equivocaciones despojadas del ánimo de violar la ley⁷, pues en el delito de prevaricato el juicio que se emite en relación con una decisión no es de acierto sino de legalidad.

4- Descendiendo al asunto que ocupa la atención de la Sala, al confrontarse los cargos endilgados en la acusación con los elementos de prueba obrantes en la actuación, se tiene que deberá emitirse sentencia absolutoria, pues no se encuentran reunidos los requisitos que estructuran el delito de prevaricato por acción, por las razones que pasarán a explicarse.

4.1- Como se ha visto, el objeto de juzgamiento se centra en que AMBROSIO HERNANDO TOBÓN RESTREPO valoró de manera equivocada las conductas de prevaricato por acción y cohecho propio endilgadas a Justo Pastor Rodríguez Herrera, errores que lo llevaron a emitir orden de preclusión contraria a derecho.

En razón a que la cuestionada decisión preclusiva tuvo como marco fáctico las conductas punibles atribuidas al ex Director Nacional de Fiscalías, se hace necesario abordar el estudio de tales delitos, en su orden, pues constituyeron los hechos que rodearon el análisis plasmado en las resoluciones que profirió el aquí procesado el 14 de diciembre de 2004 y 17 de enero de 2005, para seguidamente finalizar con el examen de las demás recriminaciones contra AMBROSIO HERNANDO TOBÓN RETREPO.

4.2- Sobre la preclusión del prevaricato por acción

Tal y como lo expone la defensa, el principal argumento que utilizó el aquí acusado para concluir la atipicidad del prevaricato por acción, respecto de la Resolución 664 del 21 de mayo de 2003, estribó en que, desde la perspectiva del juicio de tipicidad objetiva, no había un marco normativo específico que regulara el procedimiento y la procedencia de la figura de variación de fiscalías.

En efecto, del estudio de la providencia del 14 de diciembre de 2004 se extrae que el procesado partió de la aseveración que la única norma que regulaba la variación de asignación de fiscalías se circunscribía al cumplimiento de la finalidad establecida en el numeral 3º del artículo 11 del Decreto 261 de 2000, concretamente: garantizar una pronta y

cumplida administración de justicia.

Luego, al examinar las circunstancias que rodearon la expedición de la Resolución 664 de 2003, encontró, según testimonio de quienes fungían como asesores de la Dirección Nacional de Fiscalías⁸, que dicha finalidad se satisfacía inclusive, cuando se variaba una fiscalía en procura de garantizar el respeto de los derechos y garantías fundamentales de los intervinientes en la actuación penal, sin importar el momento procesal en que ésta se produjera, siempre y cuando el peticionario acompañara las pruebas que respaldaran sus afirmaciones.

No obstante lo anterior, el procesado calificó de inusual que con insoslayable premura se hubiera resuelto la variación de asignación sometida a estudio, sin que previo a ello se hubiera contado con el informe del estado del proceso.

Pese a tal crítica, terminó ratificando que al momento de producirse la reasignación del caso, no existía una clara regulación sobre la materia que sirviera de fundamento para validar, respecto a ella, un juicio de prevaricato, concretamente, frente al hecho de no contar con el informe de la actuación sometida a cambio de fiscalía.

En sus palabras, el acusado, en la Resolución del 14 de diciembre de 2004, al referirse a la falta de regulación legal, expuso:

«La razón que blande ahora la delegada para declarar la ausencia de contrariedad entre esa decisión y el ordenamiento jurídico, no se sugiere traída a colación por el prurito de justificar el comportamiento del Director Nacional de Fiscalías per se, ni tampoco de que se tome como la interpretación de un poder omnímodo guiado exclusivamente por el arbitrio o el capricho del funcionario.

A contrario sensu, a falta de una clara y específica regulación, el juicio de reproche frente a los elementos estructurales del delito de prevaricato activo adviene inconsecuente ante la

imposibilidad de confrontar cuál fue, en concreto, el procedimiento que pudo obviar para determinar la pertinencia de la reasignación y, por esa misma razón, cuál la manifiesta contrariedad con el derecho a la situación de hecho planteada le correspondía.

(...)

Lo precedente, para señalar que si el juicio de tipicidad objetiva debe producirse a través de responder negativamente a la pregunta de si estaban dados los presupuestos necesarios para producir la resolución variando la asignación, y como tal respuesta no es posible actualizarla, emerge atípico el comportamiento (...)»

Desde la anterior óptica, es claro que el juicio de prevaricato, finalmente, se limitó al cotejo de la finalidad de garantizar una pronta y cumplida justicia, aspecto que claramente para el acusador y el Ministerio Público no se verificó y que edifica el prevaricato en el presente asunto, pero que para el defensor sí, en el entendido que su estudio implicaba responder a las irregularidades que afectaban el debido proceso, contenidas en la solicitud de cambio de fiscalía que elevó el defensor de Jesús Guerrero Hernández, tal y como lo expuso el procesado en la providencia cuestionada, haciendo alusión a las pruebas testimoniales recaudadas.

En tal orden, obran en el plenario evidencias que advierten la posibilidad que en contra del empresario Jesús Guerrero Hernández se violaron sus derechos a la defensa y debido proceso, argumentos que si bien en principio no sería oportuno traerlos a colación, ante la amplitud de la norma que regulaba el tema (variación de fiscalías en procura de una pronta y cumplida administración de justicia) se hace pertinente su análisis, amén de que el propio defensor alude a ellos.

Sobre este tópico, basta decir que la fiscal que asumió el caso (298 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá adscrita a la Unidad de delitos contra el orden económico y social) el 15 de junio de 2003, declaró la nulidad de lo actuado al evidenciar

que:

«se había incurrido en violación al artículo 306 por cuanto al sindicato GUERRERO HERNÁNDEZ (previo a la formulación de acusación e imposición de medida de aseguramiento en su contra) no se le interrogó sobre los hechos constitutivos de violación de la ley penal, no se le puso de presente el experticio técnico de la escritura pública 2452 tachada de falsedad, se omitió ponerle de presente la imputación jurídica provisional, no se le formularon los cargos ni los hechos que motivaron su vinculación.⁹»

A pesar que contra la anterior providencia no se interpusieron recursos, fue sometida al escrutinio de la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia en investigación de prevaricato por acción, resolviendo, el 28 de enero de 2005, que ninguna irregularidad se extraía de la decisión antes citada, pues tal postura se encontraba apoyada en pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia¹⁰.

Así las cosas, el simple análisis de la satisfacción de la finalidad citada, traslada el debate al campo interpretativo, escenario que fácilmente diluye la concreción objetiva del prevaricato activo, necesario para superar el nivel de tipicidad objetiva.

Es claro que al momento de proferir la Resolución 664 del 21 de mayo de 2003 no existía la reglamentación que con posterioridad plasmó la entidad en la Circular 0002 de 2004, las resoluciones 3605 de 2006 y 689 de 2012, en las cuales claramente fijó parámetros para la procedencia y el trámite de la variación de asignaciones, siguiendo los derroteros establecidos en la sentencia C-873 del 30 de septiembre de 2003.

Ahora, en lo que respecta al deber de motivación, el cual sin lugar a dudas fue escueto y ligero, debe decirse que según la lectura de la referida circular, le otorga la razón a la defensa en el sentido que tal directriz no tiene el alcance que fijan el ente acusador y el Ministerio Público, pues la simple lectura ofrece que son “las solicitudes» (...) las que «deben estar debidamente motivadas».

Sin embargo, sobre el cumplimiento al deber de motivación, unánimes fueron los declarantes Milvia Zoraida León López¹¹, Gladys Alvarez Salamanca¹², Orlando Nieto González¹³, José Alonso Pérez Huertas¹⁴, Juan Carlo Girón Ortégón¹⁵, Hernando Aníbal García Dueñas¹⁶ y Cecilia Imelda Villamil García¹⁷, asesores de la Dirección Nacional de Fiscalías, al afirmar que, en todos los casos, la justificación de las variaciones era sencilla, contenida en un formato en el que no se abarcaban temas propios del proceso penal, para no tratar cuestiones que se salieran de la competencia administrativa y que se involucraran en aspectos propios del debate judicial.

Ante este escenario para analizar la conducta de prevaricato por acción por reasignarse un asunto, se enfrentaba AMBROSIO HERNANDO TOBÓN RESTREPO, problema que no se resolvía desplegando un extenso análisis probatorio o investigativo, pues el test de análisis de tipicidad objetiva de este delito no va más allá del cotejo entre la disposición normativa y el acto presuntamente prevaricador.

Tan admisible resultaba una interpretación como la realizada por el acusado, que vale la pena mencionar que el apoderado de la contraparte en el proceso penal objeto de variación en la Resolución 664 de 2003, puso en conocimiento las supuestas irregularidades derivadas del cambio de asignación contenida en dicho acto administrativo, queja que fue atendida por el propio Fiscal General de la Nación en Oficio 4981 del 19 de agosto de 2003¹⁸, en los siguientes términos:

«Sobre el particular, le informo que una vez revisada la intervención de los referidos funcionarios dentro del trámite procesal, se encontró que el mismo se ajustó a la legalidad y procedimientos establecidos en el numeral 3º, del artículo 10º del Decreto 261 de 2000, en virtud del cual es facultad del Director Nacional de Fiscalías, luego de efectuar el seguimiento y evaluar los resultados de la investigación, “... cambiar su asignación cuando lo estime necesario, en orden a una pronta y cumplida administración de justicia”.

Ahora bien, con fundamento en la misma normativa y por expresa disposición de la Resolución 664 del 21 de mayo de 2003, se facultó al Director Seccional de Fiscalías de Bogotá, para que destacara el Fiscal Especial que debía continuar con el trámite respectivo, fue así como se designó, para tal responsabilidad, al Fiscal 298 Seccional.

Así las cosas, este Despacho no encuentra que con dichos actos administrativos, emanados de las direcciones antes mencionadas, se haya incurrido en irregularidades que ameriten ser cuestionadas judicial o disciplinariamente»

El citado pronunciamiento, muestra una interpretación plausible sobre la legalidad del acto administrativo, máxime cuando quien la realizó fue el jefe máximo del ente acusador, de suerte que no puede sostenerse indefectiblemente que el procesado incurrió en una valoración notoriamente apartada del espíritu de la ley.

De todo lo visto en precedencia, no puede tildarse de prevaricadora la conclusión a la que arribó el acusado AMBROSIO HERNANDO TOBÓN RESTREPO al estimar que el delito de prevaricato enrostrado a Justo Pastor Rodríguez Herrera era atípico, y con fundamento en ello dispuso la preclusión de la investigación, toda vez que no se trata de una decisión manifiestamente contraria a la ley, y si eso es así, desde el punto de vista objetivo el prevaricato por acción no se configura.

4.3- Sobre la preclusión del delito de cohecho propio

En lo que tiene que ver con este punible se tiene lo siguiente:

Se reprocha que AMBROSIO HERNANDO TOBÓN RESTREPO excluyó el delito de cohecho propio, sin embargo, no puede pasar inadvertido que dicho razonamiento nació de un derrotero interpretativo fijado, al interior del expediente, por el Fiscal General de la Nación en auto del 6 de diciembre de 2004, cuando, al momento de resolver la solicitud de incompetencia planteada por el aquí procesado, indicó:

«Las modalidades de cohecho previstas en los artículos 405 y 406 inciso 1º, se consuman cuando el servidor público recibe el dinero y otra utilidad o acepta la promesa remuneratoria.

Sin embargo, la recepción del dinero u otra utilidad o la aceptación de la promesa remuneratoria se hacen en razón de actos u omisiones funcionales futuros. De allí la utilización de las expresiones para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales...” (art.405; la preposición “para” indica el fin de una acción y, por ende, futuro); y “por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones” (art.406 inciso1º.) Nótese que se refiere a una acción que deba ejecutarse y no que “se haya ejecutado”).

En el caso concreto, el acto funcional (reasignación), bien que se estime legal o ilegal, ya se había ejecutado cuando el sujeto activo recibió el regalo (dádiva). De esta manera, no puede tipificarse ninguna de las dos modalidades de cohecho señaladas, salvo que aparezca claro que el regalo obedeció a una promesa remuneratoria anterior, pues, de otra manera, se invertiría la relación de causalidad (dádiva-acto funcional).

Queda como hipótesis la de cohecho encubierto, prevista como modalidad de “cohecho impropio” en el inciso 2º del artículo 406 del Código Penal,

(...)

Se trata de una modalidad de “cohecho impropio” que se caracteriza porque no aparece evidente un pacto para vender la función por medio de una acción u omisión legal o ilegal, sino que el servidor público se deja remunerar o halagar por quien tiene interés en un asunto sometido a su conocimiento.

Sin embargo, surge la cuestión de si el cohecho encubierto sólo se aplica para cuando el asunto en el cual existe interés de la persona está pendiente de decisión por el servidor

público, o también se configura cuando el caso estuvo sometido a la consideración del funcionario.

Pues bien, para proteger integralmente el prestigio y buen nombre de la administración pública (y en particular de la administración de justicia), se sanciona esta modalidad de cohecho por cuanto, a pesar de la inexistencia del pacto ilícito, de todas maneras se advierte una conexión causal entre “el dinero u otra utilidad” y el asunto sometido a conocimiento del servidor público. Es lo que ocurre en el caso examinado, pues darle dinero u otra utilidad a un servidor público per se no es delito, salvo que se establezca el vínculo con actos funcionales o que proviene de una persona que tiene interés en asunto de su conocimiento o, en fin, que ha aprovechado el cargo para enriquecerse ilícitamente.

Ahora bien, dentro de las posibilidades gramaticales del texto punitivo, la persona que remunera al servidor público puede tener un interés (actual) en un “asunto sometido a su conocimiento” (que esté o haya estado sometido al conocimiento de funcionario), pues, en ambos casos, pervive el interés del tercero, bien para estimular una decisión futura favorable a sus propósitos (si el caso está pendiente) ora para compensar la que esperaba (si el caso ya fue definido favorablemente).»

Entonces, reasignada la competencia de la investigación, contra el exdirector, al acusado AMBROSIO HERNANDO TOBÓN RESTREPO, éste en una clara aplicación de los parámetros fijados por su superior, encontró que la clase de cohecho aplicable en el presente asunto era el implícito, establecido en el segundo inciso del artículo 406 del Código Penal.

Esto porque entendió que el reloj rólex se había entregado por retribuir o en agradecimiento por un acto cumplido (la variación de fiscalía) pero del que no existía evidencia de un pacto bilateral que mediara este pago o retribución, a pesar de la comprobada cercanía entre Justo Pastor Rodríguez Herrera y Jesús Guerrero Hernández.

Esta conclusión no puede ser calificada como manifiestamente contraria a la ley, no solo

porque mediaba una directriz válida de su superior jerárquico, sino porque además, existía suficiente material probatorio al interior de la investigación, que le sirvió para arribar a ella.

Sobre el particular, indíquese que el derrotero investigativo del proceso seguido en contra del ex director Justo Pastor Rodríguez Herrera fue demarcado inicialmente por el Vicefiscal General de la Nación, quien dirigió la indagación desde su apertura, esto es, el 24 de febrero de 2004, hasta el día que se remitió al aquí procesado mediante oficio del 29 de septiembre del mismo año; lapso en el cual, se recaudaron veinticuatro testimonios, entre ellos, sus asistentes, amigos, escoltas, asesores, funcionarios de las fiscalías que conocieron la investigación contra el empresario; se realizaron ocho diligencias de inspección judicial y se recolectó abundante material documental, referidos todos a la expedición de la Resolución 664 de 2003 y la entrega del reloj rólex.

Fue así que, con este material probatorio, encontró que también debía precluirse el delito de cohecho propio, pero a la vez planteó como teoría del caso, la estructuración del cohecho implícito, delito por el cual terminó acusando a Justo Pastor Rodríguez Herrera, el 3 de mayo de 2005.

Tan viable era esta calificación jurídica que finalizado el juicio por la conducta de cohecho implícito, los cuatro integrantes de la Sala de Casación Penal que salvaron su voto encontraron que según los resultados de las pesquisas, era procedente dictar sentencia condenatoria por tal conducta; puntualmente, sostuvieron:

« Una interpretación del tipo de la que se plasma en la decisión mayoritaria, no sólo desconoce la actual realidad social en cuanto deja de considerar que en nuestro país la corrupción administrativa ha llegado a elevados niveles de sofisticación, sino que daría lugar a que se abrieran indeseables espacios para que esta clase de conductas social y jurídicamente reprochables, logren impunidad, tan solo por haber sido realizadas de una

manera muy elaborada a fin de encubrir la verdadera magnitud del daño causado al bien jurídico y a la estabilidad social.

(...)

4.1.3.2.- Consideramos asimismo, que la Corte no ha debido abandonar sin más, depurados estudios jurisprudenciales¹⁹ sobre la naturaleza, finalidades y alcance del tipo penal en comento, los cuales le habrían permitido fundamentar la declaración de condena en contra del procesado.

5.- CONCLUSIÓN

Todo lo expuesto para denotar, que en el presente evento la interpretación normativa no debió llevarse a efecto por fuera del ámbito de operancia del bien jurídico que el tipo penal pretende tutelar; de los principios y valores que inspiraron al legislador erigir como delito el acto de recibir dinero u otra utilidad de persona que tenga (o tuvo) interés en asunto sometido a su conocimiento; o por fuera de la valoración social y jurídica de la conducta realizada.

Una postura contraria, como la que se sienta en la decisión mayoritariamente adoptada, podría crear el riesgo de que la censura social no sea para el funcionario corrupto que logró la impunidad gracias a la manera como ejecutó la conducta reprochable y punible, sino para el juez que absuelve por prohiar interpretaciones normativas distanciadas de la realidad social.»

De modo que, la calificación jurídica moldeada por el procesado en la que determinaba que Justo Pastor no había incurrido en la conducta de cohecho propio sino en la modalidad de implícito, no tenía una intención velada de favorecer la impunidad, sino que respondía a unos fundamentos válidos que se derruyeron en el campo interpretativo del delito de cohecho, por lo tanto, tampoco se percibe como prevaricadora la decisión acá analizada.

4.4 Tampoco se advierte que AMBROSIO HERNANDO TOBÓN RESTREPO hubiere cometido la conducta de prevaricato al haber dicho que contra la Resolución del 17 de enero de 2005 no procedía recurso alguno.

Esta afirmación nace del régimen general de inimpugnabilidad consagrado en el artículo 190 de la Ley 600 de 2000; en el que, como excepción a la regla, procede el recurso de reposición cuando en la nueva providencia se deciden puntos que no fueron decididos en la anterior.

Si bien es cierto que en la providencia del 17 de enero de 2005 se resolvieron temas nuevos, no menos cierto es que no se evidencia que hubiera existido interés de parte de algún sujeto procesal en recurrir la nueva providencia y que concomitantemente, el procesado se hubiere negado a darle el trámite correspondiente.

Por lo tanto, resulta intrascendente el cargo aquí analizado.

4.5 Finalmente, ningún reproche merece que AMBROSIO HERNANDO TOBÓN RESTREPO hubiere cambiado el proyecto que le presentara su subalterno, José Darío Cediél Serrano, luego de socializar el caso ante la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia, pues tales acontecimientos por sí solos no estructuran la conducta de prevaricato endilgada. Al contrario, demuestra que la decisión se produjo luego del estudio que realizara en compañía de los demás integrantes de la Unidad, aspecto que descarta cualquier dolo.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Absolver al doctor AMBROSIO HERNANDO TOBÓN RESTREPO, ex Fiscal Delegado ante la

Corte Suprema de Justicia, del delito de prevaricato por acción endilgado por la Fiscalía General de la Nación en la resolución de acusación proferida el 30 de junio de 2015.

Contra este fallo no procede recurso alguno y una vez en firme la providencia archívense las diligencias.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Por medio de la Resolución 664 del 21 de mayo de 2003.

2 Fol. 29-31 del c.o. 1

3 Fol. 160 a 199 del c.o. 1

- 4 Fol. 1 a 97 del c.o. 2
- 5 Fols. 1 a 127 c.a.o. 4.
- 6 CSJ AP, ene. 31 de 2018, rad. 39768.
- 7 AP3288-2017.
- 8 José Alonso Pérez Huertas, Milvia Zoraida León López, Maribel Córdoba
Guerrero, Orlando Nieto González, Juan Carlos Girón Ortegón y Hernando Aníbal García
Dueñas.
- 9 Fol. 257 c.a.o 1.
- 10 Fols. 155 a 183. c.o. 3
- 11 Fol. 61 c.a.o 2.
- 12 Fol. 79 c.a.o. 2.
- 13 Fol. 95 c.ao. 2.
- 14 Fol. 132 c.a.o. 2.
- 15 Fol. 150 c.a.o. 2.
- 16 Fol. 168 c.a.o. 2.
- 17 Fol. 121 c.a.o. 3.
- 18 Fol. 2 c.a.o. 2
- 19 Entre los cuales menciona las sentencias de segunda instancia del 26 de abril

de 1989 Rad. 3306; y del 24 de enero de 2001, Rad. 13155.