

Magistrado Ponente

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

SP2767-2019

Radicación N° 54023

Acta 171

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019).

ASUNTO

Resuelve la Corte el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Tercero Delegado ante el Tribunal Superior de Barranquilla, Eje Temático de la Corrupción en la Administración de Justicia, los apoderados de las Víctimas y el Ministerio Público, en contra de la sentencia del 30 de julio de 2018, por medio de la cual la Sala Penal de la citada Corporación, absolvió a Abelardo Tercero Andrade Meriño y Clara María Zabala Torres, Jueces 22 Civil Municipal y 11 Civil del Circuito de la misma ciudad, respectivamente, a quienes se les acusó como autores del punible de prevaricato por acción y coautores del delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

HECHOS

El 22 de marzo de 2011, la Sociedad Reciclajes Generales de Colombia S.A.S. presentó ante la DIAN, de forma extemporánea, la declaración de impuestos sobre las ventas correspondiente al periodo uno del año gravable 2011, y en ella indicó la existencia de un saldo a favor por un valor de \$3.072.866.000, cifra que solicitó le fuera devuelta.

El 28 de septiembre del mismo año la DIAN, luego de tramitar la respectiva investigación, profirió el requerimiento especial No. 022382011000133, mediante el cual concluyó que la devolución era improcedente, que existieron inexactitudes en la declaración privada y que por ello proponía su modificación e imponía al contribuyente una sanción de \$4.916.586.000 por inexactitud.

El 22 de marzo de 2012, la Sociedad Reciclajes Generales de Colombia S.A.S. por conducto del señor Jorge Miguel Vásquez Donado, quien fungió como agente oficioso, presentó acción de tutela con miras a que se revocara la liquidación oficial realizada por la autoridad de impuestos y se dispusiera la devolución del saldo a favor reclamado.

De dicho proceso constitucional conoció en primera instancia el Juzgado 22 Civil Municipal de Barranquilla, en cabeza de Abelardo Tercero Andrade Meriño, quien mediante fallo del 11 de abril de 2012, y pese a haber sido advertido sobre la improcedencia del trámite, amparó los derechos del accionante y ordenó dejar en firme la liquidación presentada por éste, motivo por el cual dispuso la devolución de los dineros solicitada.

Tal providencia fue confirmada en segunda instancia por la Juez 11 Civil del Circuito de la misma ciudad, Doctora Clara María Zabala Torres, quien además adicionó el fallo en el sentido de ordenar el pago de intereses sobre el valor a devolver.

Los fallos fueron debidamente acatados por la DIAN, que, de una parte procedió a compensar los \$3.072.866.000 con unas deudas fiscales que tenía el reclamante, mientras que los \$405.167.000 correspondientes a los intereses ordenados, se pagaron mediante consignación que se hiciera a una cuenta de ahorros de la accionante.

Esas decisiones fueron seleccionadas para revisión por la Corte Constitucional, que mediante fallo T-031 del 28 de enero de 2013 las revocó, tras considerar que el amparo deprecado era improcedente, ya que la tutela no era el medio para lograr la efectividad de las pretensiones del demandante.

ANTECEDENTES PROCESALES

El 3 de febrero de 2016, ante el Juez 15 Penal Municipal de Barranquilla, con función de Control de Garantías, se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación, en la cual los acusados Andrade Meriño y Zabala Torres manifestaron no allanarse a los cargos atribuidos por los punibles de prevaricato por acción en concurso con peculado por apropiación en favor de terceros.

Posteriormente, el 14 de abril del mismo año, la Fiscalía radicó escrito de acusación en contra de los procesados, el cual fue verbalizado en diligencia del 8 de noviembre de 2016, en tanto que la audiencia de juicio oral fue instalada el 24 de octubre de 2017 y culminó con el anuncio de un sentido del fallo absolutorio.

EL FALLO IMPUGNADO

1. El Tribunal de conocimiento, al realizar el estudio de los elementos de convicción aportados y las alegaciones presentadas por quienes intervinieron en la vista pública, consideró que el ente acusador no logró llevarlo a un convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la responsabilidad penal de los procesados, en relación con los delitos por los cuales se les acusó.

2. Arguyó que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no era cierto que la tutela fuera absolutamente improcedente contra actos administrativos, de modo que se podía afirmar que el juez de primera instancia, en su fallo de amparo, expuso premisas y conclusiones aceptables.

Sostuvo que una regla de la experiencia enseña que “cuando la administración dirime asuntos sometidos a su justicia, su imparcialidad no es la misma que tienen los jueces que no dependen de nadie, ni están influenciados por superiores”, por ello, decir que el accionante contaba con el recurso de reconsideración, es una verdad formal que al final no

se ofrece muy garantista, pues la administración siempre resuelve los recursos en su favor.

3. Indicó que de conformidad con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, una providencia puede llegar a ser ilegal pero no prevaricadora, siempre y cuando no exista una expresión dolosa de la conducta, de modo que la contradicción con la norma debe ser evidente y no surgir de largas elucubraciones.

Entonces, el hecho que los jueces investigados hubieran interpretado una norma del Estatuto Tributario a partir de los elementos de prueba que les fueron aportados y de ello concluyeran, erradamente, que se estaba frente a una afectación de derechos fundamentales, no constituye prevaricato por acción, pues finalmente su decisión resultó razonable, ello sin olvidar lo complicado que puede resultar la interpretación y aplicación de las normas del referido Estatuto.

Así las cosas, consideró el A quo que en las decisiones de los procesados no existe una manifiesta contrariedad entre estas y la normas aplicables al caso concreto, pues a la postre la solución proporcionada por ellos era una posibilidad jurídica.

4. Finalmente, frente al delito de peculado por apropiación, consideró que al no concretarse el delito medio que era el prevaricato, tampoco se estructuró el delito fin de la apropiación de los dineros públicos, e igualmente adujo que en la medida que la DIAN optó por compensar las deudas, la Entidad no realizó un desembolso efectivo de dinero que le causara un detrimento patrimonial.

Del mismo modo, estimó en lo referente al pago de los intereses moratorios, que no se demostró que el mismo se hubiera efectuado, según lo aseveraron los defensores.

La anterior decisión fue recurrida tanto por el representante de la Fiscalía, el agente del Ministerio Público y los representantes de víctimas, quienes presentaron la sustentación de

su recurso por escrito y dentro del término legal concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

1. Los motivos de inconformidad planteados por el fiscal del caso en contra de la sentencia de primer grado, son los siguientes:

Considera que el Tribunal erró en la interpretación hecha sobre la procedencia excepcional de la tutela en contra de actos administrativos, pues desconoció que, en el presente caso, el accionante contaba con otros recursos para atacar la resolución proferida por la DIAN.

Aseveró que la tutela conocida por los procesados y cuyos fallos se reprochan como prevaricadores, era manifiestamente improcedente, en la medida que se ejerció y decidió sin tener en cuenta que la Sociedad Reciclajes Generales de Colombia acudió a la protección constitucional, sin haber agotado la vía gubernativa ni el proceso contencioso administrativo con el que contaba para la defensa de sus derechos, escenarios estos donde se pudo solicitar la suspensión provisional del acto cuestionado.

Igualmente reseñó que durante el curso de la tutela nunca se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que justificara la orden de amparo, al tiempo que resaltó el hecho que la decisión fue definitiva y no transitoria, aspecto aprovechado por los jueces para invadir las competencias de la Dirección de Impuestos.

Arguyó que los jueces de tutela, al desplazar a la DIAN de sus competencias, propiciaron que hubiera tenido que pagar unas significativas sumas de dinero a un tercero, cifras que se reflejaron en una compensación de deudas entre la referida Dirección y el contribuyente, actuación que de manera contable afecta negativamente las arcas del Estado, y una consignación en efectivo por el valor de los intereses que ordenó pagar la Juez Zabala Torres, monto dinerario este que no pudo ser recuperado.

Finalmente, manifiesta que no se puede admitir unos fallos de tutela como los que profirieron los procesados Andrade Meriño y Zabala Torres, personas con amplia experiencia en sus cargos y quienes día a día adelantaban ese tipo de trámites en sus Despachos, actividad que les permitía tener amplio conocimiento acerca de la improcedencia de un amparo constitucional cuando se cuenta con otros mecanismos de defensa.

2. El apoderado de la Rama Judicial, en calidad de víctima, solicitó que la sentencia de primera instancia fuera revocada tras considerar que:

Los acusados son personas con título profesional de abogados y una experiencia como jueces de más de 20 años de servicio continuo, factores que les permitían saber que la tutela no era el medio idóneo para ordenar el pago de intereses moratorios por una suma de dinero, menos cuando los mismos no se encontraban reconocidos mediante un acto administrativo y se trataba de un concepto que no había sido solicitado por el accionante en tutela.

Se cuestiona acerca de cuál era ese perjuicio irremediable que se le causaría al tutelante si no se amparaban sus derechos, en la medida que contaba con otros instrumentos de defensa ordinarios que jamás ejercieron.

Sustentado en apartes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia que se refieren al punible de peculado por apropiación, y de la Corte Constitucional acerca de la improcedencia de la acción de tutela en casos como el que se estudia, solicitó se profiera sentencia condenatoria en contra de los procesados.

3. La Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, en su condición de víctima, por conducto de su apoderado judicial solicitó que el fallo fuera revocado, para en su lugar, sancionar penalmente a los procesados por los delitos de prevaricato por acción y peculado en favor de terceros.

Indicó que en la sentencia apelada, el Tribunal realizó el análisis de la conducta de los imputados a partir del texto vigente en la actualidad del artículo 647 del Estatuto Tributario, pero que no hizo lo propio con el que se encontraba en rigor al momento de los hechos.

Informó que para el año de los sucesos, la DIAN estableció una inexactitud en la declaración presentada por Reciclajes Generales de Colombia, luego de corroborar que la misma relacionaba unos proveedores inexistentes, aspecto que descartaba la posibilidad de realizar un reconocimiento de compras e impuestos descontables e imponía la necesidad de efectuar un requerimiento especial.

Sostuvo que los jueces de tutela desconocieron el procedimiento tributario, el cual es especial, y lo sustituyeron por el trámite de la acción constitucional, para a partir de ello amparar un derecho como el de la igualdad, el cual nunca se conculcó, pues si bien el trámite adelantado en el año 2010, que favoreció con una devolución al accionante, era parecido al planteado en el 2011, las circunstancias que rodeaban a uno y otro no eran idénticas y por lo tanto su resolución tampoco podía serlo.

Arguyó que la tutela, en el caso planteado ante los jueces procesados, era improcedente, toda vez que el accionante contaba con otros medios de defensa que jamás utilizó, pero que tal situación fue desatendida por aquellos, quienes optaron por proferir unas decisiones manifiestamente contrarias a la ley.

Añadió que la determinación tomada por la Juez Zabala Torres, en el sentido de ordenar el pago de unos intereses moratorios, desconoció por completo las normas tributarias y el derecho de defensa de la DIAN, que sencillamente se vio compelida a desembolsar esa suma de dinero.

Igualmente sostuvo que los jueces de tutela están en la obligación de analizar la idoneidad de otros medios de defensa, así como la irremediabilidad del daño que se pretende evitar, pero que tales aspectos fueron ignorados en el presente asunto.

Respecto al delito de peculado por apropiación, reseñó que se reúnen los requisitos de orden objetivo para su configuración, pues se trata de dos servidores públicos que en ejercicio de sus funciones dispusieron de unos dineros del Estado, permitiendo que un tercero se apoderara de ellos de forma injustificada.

Recordó que con las órdenes de tutela se dispuso la entrega, por un lado, de una suma de dinero superior a los tres mil millones de pesos, que fue compensada con otra deuda que tenía el contribuyente con la DIAN y, de otro, el pago de \$405.167.000, los cuales fueron depositados en una cuenta bancaria.

Explicó que el hecho de no haber desembolsado una parte del dinero por cuanto se aplicó una compensación, no significa que el daño no hubiera existido, dado que finalmente el dinero sí salió de las arcas del erario, tal como se puede reflejar contablemente, y añadió que en relación con el pago de intereses, la Fiscalía aportó los documentos necesarios que dan cuenta de su efectiva consignación.

4. La Delegada de la Procuraduría General de la Nación planteó su disenso con el fallo de primera instancia de la siguiente manera:

Calificó de inexplicable que el A quo, luego de citar a la Corte Constitucional, concluyera que la decisión del Juez de Tutela en primera instancia era razonable, cuando precisamente se contraponen a las exigencias del máximo Tribunal, toda vez que a pesar de estar obligado, nada dijo acerca de la existencia de otros medios de defensa y las razones por las cuales los mismos no eran efectivos para la protección de derechos fundamentales, ello pese a que fue advertido por la accionada y el acto cuestionado lo enunciaba en su parte resolutive.

Indicó que el Juez Andrade Meriño, en su providencia, jamás abordó las razones dadas por la jurisprudencia constitucional acerca de la procedencia de la acción de tutela en contra de actos administrativos, valoración que era obligatoria para poder entrar a decidir el asunto

propuesto.

Resaltó que en virtud de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 720 del Estatuto Tributario, el contribuyente, además de contar con el recurso de reconsideración, también podía acudir de forma directa ante la jurisdicción contencioso administrativa, con miras a iniciar un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, ello sin estar obligado a agotar la vía gubernativa.

Así las cosas, es claro que la Empresa Reciclajes Generales de Colombia S.A.S., contaba con unos medios de defensa ordinarios vigentes al momento de plantear la demanda de tutela, aspecto que de paso descarta la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, ya que dichos instrumentos de contradicción están diseñados, precisamente, para corregir los posibles yerros en los que incurra la administración, situación que hace evidente la improcedencia del amparo constitucional.

Recalcó que el supuesto perjuicio que se causaría con el acto administrativo de liquidación de la DIAN, era perfectamente remediable, en la medida que el mismo se podría revertir mediante el uso de los recursos y procesos diseñados para cuestionar la decisión de la administración, los cuales, insiste, jamás se ejercieron.

Agregó que, tanto con el ejercicio del recurso de reconsideración como con el planteamiento de una nulidad y restablecimiento del derecho, se podría obtener la suspensión provisional del acto hasta cuando se resolviera de fondo el asunto propuesto, de modo que ello hacía inviable la intervención del juez de tutela en el problema a debatir.

Por manera que, sostiene la Delegada de la Procuraduría, los fallos de tutela adoptados por los jueces procesados se contraponen a lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución política de Colombia, y 6 del Decreto 2591 de 1991, y por ende son manifiestamente contrarios a la ley.

Rechazó la argumentación presentada por la Juez de segunda instancia, según la cual el perjuicio irremediable se reflejaría en la imposibilidad del accionante de cumplir con los términos convenidos en un contrato de compraventa con pacto de retroventa, toda vez que el mismo era ajeno a la empresa declarante y su cumplimiento no podía depender de las decisiones de la DIAN, luego no puede alegarse como perjuicio o justificación para hacer procedente una tutela, un hecho que fue generado por el representante legal del contribuyente.

Expuso que de acuerdo con los elementos materiales de prueba allegados al proceso, los cuales fueron extraídos del trámite administrativo adelantado por la DIAN, se puede concluir que el contribuyente presentó una declaración y solicitud de devolución sustentadas en datos falsos e inexactos, pues en dicha actuación se determinó que Reciclajes Generales de Colombia, para el periodo uno del año 2011, registró un aumento en sus operaciones, al tiempo que las declaraciones rendidas por las empresas con las cuales realizó negociaciones, no dan cuenta de un pago de impuestos a las ventas tan alto como el valor que se reclamaba de vuelta, aspecto que evidencia un proceder cuestionable desde el punto de vista fiscal.

Finalmente, frente al delito de peculado por apropiación, solicitó se tengan en cuenta las consideraciones de la DIAN para establecer la inexactitud en la declaración del contribuyente, así como la argumentación realizada en el punible de prevaricato por acción, el cual fue el ilícito medio para materializar el apoderamiento de los dineros públicos.

Igualmente llamó la atención con el fin que sea revisada la prueba documental allegada al expediente, la cual da cuenta del efectivo pago, por parte de la Dirección de Impuestos, de la cifra dineraria correspondiente a la liquidación de intereses ordenada en segunda instancia por la Juez Zabala Torres.

INTERVENCIÓN DE LO NO RECURRENTES

1. El defensor de Clara María Zabala Torres cuestionó que el apoderado de la DIAN, al momento de recurrir la sentencia de primera instancia, hubiera manifestado que “adhería al recurso de apelación interpuesto por el fiscal”, al considerar que con tal manifestación no se formuló un recurso autónomo, sino que se sumó a uno ya interpuesto, razón por la cual solicitó que no se tenga en cuenta tal apelación.

Acerca de los demás recursos, aseguró que la sustentación de los mismos es aparente y no efectiva, porque carecen de una real fundamentación jurídica que conlleve a alterar las bases de la decisión cuestionada.

Calificó de justa la decisión tomada por el Tribunal de primera instancia, y aseveró que esa sentencia posee suficiente contenido jurídico, lo cual la hace ajustada a derecho y equidad.

Consideró que a lo largo del proceso no se pudo demostrar, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad de su representada en los delitos que le fueron endilgados, motivo por el cual deprecia la confirmación del fallo absolutorio.

2. Por su parte, el defensor de Abelardo Tercero Andrade Meriño, luego de realizar una síntesis de la sentencia y la sustentación de cada uno de los apelantes, cuestionó que la Fiscalía hubiera afirmado que en el presente asunto el dolo “aflora” con facilidad, porque se trata de una figura con implicaciones jurídicas que se obtiene a partir de inferencias razonables realizadas por los sujetos procesales.

En ese orden de ideas, el dolo debe ser demostrado y sustentado probatoriamente, labor que en el asunto sub iudice no fue cumplida por la fiscalía, que jamás acreditó la existencia del mismo.

Manifestó que el ente investigador se contradice cuando se refiere al pago de las sumas de dinero de donde deriva el punible de peculado por apropiación, toda vez que hay momentos

en los que afirma que las mismas se desembolsaron pero en otros sostiene que ello no fue así.

Sostuvo que la fundamentación presentada por la Fiscalía, a pesar de indicar la existencia de unos errores en la sentencia recurrida, no concreta cuáles son esos yerros, situación que hace imposible contradecir los planteamientos del apelante.

Frente a la apelación de la Procuraduría, indicó que merecía los mismos cuestionamientos que se le efectuaron a la sustentación realizada por la Fiscalía y en cuanto al recurso presentado por el abogado de la Rama Judicial, aseguró que dicho profesional del derecho no comprende la figura de delito medio y delito fin.

Finalmente, manifestó encontrarse de acuerdo con el otro abogado de la defensa frente al hecho que no se puede tener en cuenta el recurso de apelación presentado por la DIAN, pues lo interpuso de forma adhesiva, figura que no se encuentra contemplada en la legislación procesal penal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 3º, de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de los recursos de apelación contra los autos y sentencias que profieran en primera instancia los Tribunales Superiores.

2. Con el fin de dar respuesta a las proposiciones hechas por los recurrentes y no recurrentes, la Sala adoptará un orden lógico de temas, de modo que en primer lugar se analizarán los argumentos presentados por los defensores de los procesados en contra de la apelación interpuesta por la apoderada de la DIAN, acto seguido se abordará lo concerniente a los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación, en orden a determinar si el fallo debe confirmarse o por el contrario revocarse.

3. Del recurso de apelación interpuesto por la DIAN en su calidad de víctima:

Aseguran los abogados defensores en sus escritos allegados como no recurrentes, que no es posible aceptar la sustentación presentada por la apoderada de la DIAN, en la medida que consideran no interpuso recurso alguno en contra de la sentencia de primera instancia, ya que en audiencia de lectura de fallo manifestó, “adherirse a la posición del fiscal”, lo cual debe entenderse como una apelación adhesiva, figura inexistente en el procedimiento penal.

Pues bien, al revisar el audio de la audiencia en cuestión, se observa que al ser indagadas las partes e intervinientes acerca de la interposición de recursos en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, la apoderada de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales manifestó: “Como apoderada de la DIAN, me adhiero a la posición del fiscal y nosotros vamos a sustentar dentro del término legal.”

Para la Sala, tal manifestación no constituye una “apelación adhesiva”, según lo aseguran los defensores, sino una simple expresión con la cual se hizo entender que apelaba la sentencia absolutoria y que con posterioridad presentaría las razones de su disenso, como en efecto lo hizo cuando radicó el respectivo escrito, en el cual de manera independiente y autónoma, argumentó las razones por las cuales no compartía la decisión del A quo y solicitó que la misma fuera revocada.

La manifestación de sustentar dentro del plazo legal, si bien podría no parecer la más técnica, no deja duda acerca de que la intención era impugnar la decisión, toda vez que es claro que lo único que requería una fundamentación era justamente la apelación.

En el anterior orden de ideas, se tendrá por presentado y sustentado el recurso de apelación por parte de la DIAN y, los argumentos propuestos en él serán tenidos en cuenta al momento de resolver la alzada.

4. Del Prevaricato por acción:

Esta conducta es tipificada en el artículo 413 de la ley 599 de 2000, norma cuyo tenor es el siguiente:

“ARTICULO 413. PREVARICATO POR ACCION. (...) El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.”

De acuerdo con lo anterior, el comportamiento punible desde el punto de vista objetivo, se descompone en los siguientes elementos:

(i) un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público; (ii) que profiera resolución, dictamen o concepto; y (iii) que este pronunciamiento sea manifiestamente contrario a la ley, esto es, no basta que la providencia sea ilegal -por razones sustanciales, de procedimiento o de competencia-, sino que la disparidad del acto respecto de la comprensión de los textos o enunciados -contentivos del derecho positivo llamado a imperar- “no admite justificación razonable alguna”^{1.2}

Ahora, sobre el ingrediente normativo “manifiestamente contrario a la ley”, se ha precisado lo siguiente:

...para que la actuación pueda ser considerada como prevaricadora, debe ser “ostensible y manifiestamente ilegal,” es decir, “violentar de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma”³, dependiendo siempre de su grado de complejidad, pues resulta comprensible que del grado de dificultad para la interpretación de su sentido o para su aplicación dependerá la valoración de lo manifiestamente ilegal, de allí que, ciertamente, no

puedan ser tenidas como prevaricadoras, todas aquellas decisiones que se tilden de desacertadas, cuando quiera que estén fundadas “en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso”⁴.

Se concluye, entonces, que para que el acto, la decisión o el concepto del funcionario público sea manifiestamente contrario a la ley, debe reflejar su oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo.⁵

En tal virtud, la materialidad de la conducta calificada como prevaricadora requiere demostrar que el acto censurado, esto es, resolución, dictamen o concepto, fue dictado de manera caprichosa o arbitraria por el sujeto, al desconocer abiertamente y de forma ostensible los mandatos normativos o exigencias de análisis probatorio que regulaban el caso, pues no basta la simple divergencia de criterios o posturas frente a la decisión adoptada.

Por manera que, no encuadrarán en el tipo penal aquellas providencias que resulten del examen complejo de las distintas disposiciones que regulen el asunto propuesto ante el funcionario, respecto de las cuales exista la posibilidad de interpretaciones discordantes, toda vez que en el prevaricato el juicio no es de acierto sino de legalidad, por cuanto, se insiste, «la emisión de una providencia “manifiestamente contraria a la ley” solamente es compatible con un conocimiento y voluntad intencionada en el caso concreto de decidir de manera contraria al ordenamiento jurídico, ese propósito no puede ser fruto de intrincadas elucubraciones, tiene que ser evidente, grosero y advertible de inmediato en relación con el problema jurídico identificado por el funcionario judicial en el momento en cuya conducta se juzga y no a posteriori.»⁶

Además, en cuanto al elemento subjetivo del tipo, el delito de prevaricato por acción sólo es

atribuible a título de dolo, bajo el entendido que el artículo 21 del Código Penal estableció que todos los tipos de la parte especial corresponden a conductas dolosas, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales, de modo que únicamente podrá hablarse de dolo en este delito, si se demuestra que el agente obró con el conocimiento y voluntad de resolver el caso puesto a su consideración de manera ostensiblemente contraria al ordenamiento jurídico, o según lo ha precisado la Sala, “es necesario comprobar que hubo una actitud consciente y deliberada de contradecir de manera rampante y ostensible el texto legal, además, es indispensable evidenciar el afán de hacer prevalecer el capricho o el interés personal a toda costa, que se obre con malicia o mala fe, esto es, que el dolo sea directo”.⁷

5. De la Naturaleza y Procedencia de la Acción de Tutela:

La acción de tutela ha sido concebida como un mecanismo preferente, sumario y residual, que procede cuando los derechos fundamentales de los ciudadanos se vean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad, e incluso por particulares en los casos expresamente señalados en la Ley.

Indica el artículo 86 de la [Constitución Política](#) de Colombia que el amparo constitucional procederá “cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

Por su parte, el Decreto 2591 de 1991, por medio del cual se reglamenta la acción de tutela, en su artículo 5 consagra:

“ARTICULO 5o. PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la

autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.”

La misma normatividad, en el numeral 1 de su artículo 6, al referirse sobre la improcedencia de la tutela, indica:

“ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.” (Resaltado fuera de texto)

En síntesis, el carácter excepcional y residual de la acción de tutela, obliga para su procedencia que, previo a acudir al juez constitucional, el accionante haya agotado todos los medios ordinarios diseñados por el legislador para la protección de sus derechos, pues en esos eventos se suele contar con unos previamente diseñados para debatir ante un funcionario competente las divergencias que se tengan con la decisión cuestionada, siendo inadmisibles sustituir dichas facultades y herramientas por el uso caprichoso del instituto constitucional.

Por supuesto, no desconoce la Sala que eventualmente se puede acudir al amparo transitorio de la tutela, cuando se demuestre que los procedimientos ordinarios no son plenamente efectivos para evitar un perjuicio irremediable al ciudadano, circunstancia ésta que debe ser debidamente valorada y sustentada tanto por el accionante como por el juez constitucional.

6. Pues bien, en relación con el delito de prevaricato imputado a los procesados, de entrada puede afirmarse que tanto objetiva como subjetivamente se configura.

En relación con lo primero, no hay duda de la calidad de servidores públicos que tenían para el momento de la ejecución de los hechos, toda vez que Andrade Meriño fungía como Juez 22 Civil Municipal de Barranquilla y en ejercicio de sus funciones profirió el fallo de tutela del 11 de abril de 2012, dentro del radicado 2012-00214, en tanto que Clara María Zabala Torres al instante de emitir la sentencia de segunda instancia el 7 de mayo de 2012, para confirmar el anterior, se desempeñaba como juez 11 Civil del Circuito de la citada ciudad, de manera que se satisface cabalmente la calidad especial que exige el tipo de prevaricato activo.

Ahora bien, de acuerdo con el escrito de acusación, al primero se le señala de haber incurrido en prevaricato por acción, al decidir la acción de tutela promovida por el Representante Legal de Reciclajes General de Colombia S.A.S., en contra de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y haber resuelto:

“PRIMERO: CONCEDER el amparo de tutela a los derechos fundamentales de igualdad, y debido proceso, invocados por el señor JORGE MIGUEL VÁSQUEZ DONADO, en su condición de agente oficioso y representante legal suplente de la sociedad RECICLAJES GENERALES DE COLOMBIA S.A.S., interpuso acción de tutela (sic) contra la DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS DE BARRANQUILLA.

SEGUNDO: En consecuencia, ordénese a la parte accionada DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS DE BARRANQUILLA para que en el término de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación del presente fallo, revoque la liquidación oficial de impuestos sobre las ventas revisión No. 022412012000012, y mantenga en firme la liquidación presentada por el contribuyente para el periodo primero (1) de dos mil once (2011).

TERCERO: DEJAR SIN EFECTOS la sanción impuesta por la DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS DE BARRANQUILLA en requerimiento especial No. 022382011000133 de fecha 28 de septiembre de 2011, por inexactitud en la declaración de impuestos del periodo uno

(1) de dos mil once 82011), presentada por la Sociedad Reciclajes Generales de Colombia S.A.S. (...)"

Según la acusación, dicho fallo de tutela contraviene lo dispuesto en los artículos 86 de la [Constitución Política](#) de Colombia y 6 del Decreto 2591 de 1991, toda vez que contra las decisiones proferidas por la DIAN que fueron revocadas por vía constitucional, procedía el recurso de reconsideración y/o la acción contencioso administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho, que no fueron ejercidos por el accionante.

Tras revisar los elementos materiales de prueba allegados al proceso, se encuentra que previo a resolverse la acción de tutela propuesta por la sociedad Reciclajes Generales de Colombia, la apoderada judicial de la DIAN, en la respuesta allegada al trámite constitucional, le advirtió al juez de conocimiento acerca de la improcedencia del amparo, en la medida que el accionante no había agotado las vías ordinarias de defensa con las que contaba, las cuales se encuentran consagradas en el artículo 720 del Estatuto Tributario, norma cuyo tenor es el siguiente:

“ARTICULO 720. RECURSOS CONTRA LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA.
<Artículo modificado por el artículo 67 de la Ley 6 de 1992.> Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales de este Estatuto, contra las liquidaciones oficiales, resoluciones que impongan sanciones u ordenen el reintegro de sumas devueltas y demás actos producidos, en relación con los impuestos administrados por la Unidad Administrativa Especial Dirección General de Impuestos Nacionales, procede el Recurso de Reconsideración.

El recurso de reconsideración, salvo norma expresa en contrario, deberá interponerse ante la oficina competente, para conocer los recursos tributarios, de la Administración de Impuestos que hubiere practicado el acto respectivo, dentro de los dos meses siguientes a la notificación del mismo.

Cuando el acto haya sido proferido por el Administrador de Impuestos o sus delegados, el

recurso de reconsideración deberá interponerse ante el mismo funcionario que lo profirió.

PARAGRAFO <Parágrafo adicionado por el artículo 283 de la Ley 223 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando se hubiere atendido en debida forma el requerimiento especial y no obstante se practique liquidación oficial, el contribuyente podrá prescindir del recurso de reconsideración y acudir directamente ante la jurisdicción contencioso administrativa dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de la liquidación oficial.” (Resaltado fuera de texto)

No obstante lo anterior, y pese a las exigencias legales y jurisprudenciales que le imponían al funcionario judicial la obligación de verificar el agotamiento, por parte del accionante, de todos los mecanismos de defensa ordinarios procedentes en contra de los actos administrativos cuestionados previo a acudir a la tutela, el entonces Juez Andrade Meriño optó por acceder al amparo constitucional, desconociendo por completo el procedimiento tributario y, por sobre todo, las normas que regulan el trámite de la acción mencionada.

En efecto, de la demanda respectiva y la decisión de primera instancia, ni el accionante, ni el Juez 22 Civil Municipal de Barranquilla, realizaron un trabajo de ponderación y argumentación por medio del cual justificaran las razones por las cuales consideraban que los instrumentos de defensa consagrados en el artículo 720 del Estatuto Tributario carecían de idoneidad para la defensa de los derechos del actor y que, por lo tanto, debían ser reemplazados de manera transitoria por el amparo excepcional.

Tal circunstancia hace de la providencia del juez procesado una decisión caprichosa, pues sin fundamento fáctico y jurídico, desconoció el carácter residual de la tutela, para de ese modo invadir la competencia, tanto de la autoridad de impuestos como la del contencioso administrativo y, a partir de ello, adoptar una decisión definitiva como fue dejar sin efectos una liquidación oficial de la Dirección Nacional de Impuestos y una sanción pecuniaria por inexactitud de una declaración de impuestos sobre las ventas.

También ha de decirse que, de haber sido procedente el trámite constitucional y el mismo resultar próspero, el amparo debía proferirse de manera transitoria, según lo dispone el Decreto 2591 de 1991, y no de forma definitiva como lo concedió el juez Andrade Meriño, aspecto que denota un deseo incontrovertible de su parte de favorecer al accionante con su decisión, y permitir que éste pudiera acceder al pago de una cuantiosa suma de dinero que ya le había sido negada con anterioridad por la autoridad competente.

En síntesis, la providencia que dictó el juez acusado es manifiestamente ilegal, toda vez que contradice de modo flagrante los artículos 86 de la carta Política y 6 del Decreto 2591 de 1991, normas que son claras al establecer el carácter residual de la tutela y su improcedencia cuando existen otras vías de defensa ordinarias, que para el caso concreto son aquellas contenidas en el artículo 720 del Estatuto Tributario, razón por la cual a la postre la Corte Constitucional revocó la decisión.

Lo mismo es predicable de la procesada Zabala Torres, toda vez que su fallo a través de la cual confirmó el expedido por el anterior y adicionó el amparo dispensado, igualmente emerge manifiestamente ilegal.

Es claro que la mencionada también ignoró los procedimientos tributarios aplicables al caso concreto, pues desatendió las advertencias hechas por la accionada y las pruebas aportadas, en donde se le ilustraba sobre la existencia y no ejercicio por parte del interesado, de los medios de defensa ordinarios consagrados en el Estatuto Tributario, diseñados para cuestionar actos administrativos como los que se sometieron al escrutinio del juez constitucional. Esto es, desconoció abiertamente el carácter residual de la tutela.

La procesada contaba con variados elementos que le permitían conocer la improcedencia del amparo deprecado. Por ejemplo, tanto la respuesta al libelo introductorio como el escrito de sustentación del recurso, suscritos por la apoderada de la DIAN, informaban que contra los actos administrativos cuestionados por el accionante procedía el recurso de

reconsideración, así como la acción contencioso administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho.

Igualmente tenía a su disposición el texto de los actos censurados, en los cuales también se advertía la procedencia de los referidos recursos, pero no obstante ello, la entonces Juez 11 Civil del Circuito, optó por desatender tales advertencias y, bajo el argumento que eran demorados de tramitar, lo cual no es razón atendible, entró a resolver de fondo la petición de amparo incoada, desconociendo con ello el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, e invadiendo de manera injustificada las competencias propias asignadas a la DIAN y a la jurisdicción contencioso administrativa, para resolver asuntos como el propuesto.

Con su proceder, la Doctora Clara María Zabala Torres hizo caso omiso de los trámites ordinarios diseñados por el legislador para que los contribuyentes cuestionen los actos de la DIAN, y los sustituyó por el ejercicio de una acción constitucional donde no hay una discusión probatoria tan amplia como aquella que se puede proponer al agotar la vía gubernativa, o los procesos judiciales pertinentes ante los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa.

Pretendió la procesada justificar su proceder a partir de la estructuración de un aparente perjuicio irremediable, motivo por el cual indicó en su providencia que de no cumplirse con la devolución del dinero solicitado por el contribuyente, el agente oficioso de la accionante perdería un inmueble de su propiedad, el cual había vendido con un pacto de retroventa que estaba próximo a vencer y cuya obligación sería satisfecha con el aludido dinero.

Tal argumentación definitivamente no persuade, ya que es claro que el negocio de un agente oficioso, no tiene porqué traducirse en un perjuicio irremediable para la empresa citada en esta decisión.

En consecuencia, lo que se pretende es revestir de aparente legalidad una decisión que se encuentra al margen de la normatividad aplicable al caso, toda vez que la supuesta

amenaza podía ser conjurada por diversas vías y no sujetarla únicamente a una solicitud de devolución que, finalmente, constituye una mera expectativa para el contribuyente y no un derecho adquirido, como finalmente lo establecieron los jueces constitucionales.

Adicionalmente, no puede perderse de vista el hecho que la entonces Juez 11 Civil del Circuito de Barranquilla, en su decisión, ordenó el pago de unos intereses moratorios equivalentes a \$405.167.000, pretensión que nunca fue presentada por el accionante y cuya procedencia también era muy discutible, en la medida que la acción de tutela no fue diseñada para realizar ese tipo de declaraciones, pues su naturaleza es la de proteger derechos fundamentales y no la de reconocer y declarar deudas patrimoniales.

Y es que no se entiende, y en el fallo no se explica, qué derecho fundamental se pretende resguardar con una declaratoria de esa naturaleza, luego evidente resulta la extralimitación de la juez Zabala Torres en el ejercicio de sus funciones y necesario deviene el reproche a tal proceder.

Consecuentemente, ante la ausencia de un perjuicio irremediable, la presencia de unos medios de defensa idóneos que no fueron activados por el interesado y la existencia de una normatividad clara que prohíbe el uso de la acción de tutela antes de agotar todas las vías ordinarias, la emisión de un fallo de tutela que desconozca tales preceptos resulta ser una actuación notoriamente contraria a la ley, advirtiéndose que ante la ostensible improcedencia de la tutela, la Corte Constitucional revocó las decisiones.

Por manera que, el delito de prevaricato por acción imputado a los acusados, desde el punto de vista de la tipicidad objetiva se configura plenamente.

Ahora, en lo que dice relación con la tipicidad subjetiva, según se dijo, el delito de prevaricato es eminentemente doloso, es decir, deben concurrir en el agente los dos elementos que integran el dolo: el cognitivo y el volitivo.

Los dos funcionarios contaban con amplia experiencia en la rama judicial, conocían cabalmente el trámite de la acción de tutela y de sus características de residualidad y subsidiariedad, además que fueron advertidos en su momento por la abogada de la DIAN en relación con tales aspectos que hacían improcedente el amparo deprecado en el caso concreto, de modo que se actualiza sin equívocos el elemento cognitivo del dolo en cuanto conocían los elementos objetivos del tipo de prevaricato, y aun así profirieron una decisión abiertamente contraria a la ley.

Por supuesto, voluntariamente se orientaron a la ejecución del comportamiento, toda vez que bajo el entendimiento de proferir una decisión que se oponía de modo manifiesto al ordenamiento jurídico, no tuvieron reparos en introducirla al tráfico jurídico.

De la Antijuridicidad en las conductas prevaricadoras de los procesados:

Demostrado que los acusados incurrieron en la conducta típica de prevaricato, igualmente ha de decirse que la misma es antijurídica, toda vez que sin justa causa socavaron el bien jurídico objeto de protección.

Cuando se habla de la tutela al bien jurídico de la administración pública, ello no significa otra cosa que se protegen sus manifestaciones de rectitud, eficacia y organización. Es a través de ella que el Estado cumple los fines que le son propios, de suerte que los funcionarios públicos que la encarnan deben sujetarse en desarrollo de sus funciones a esos parámetros y si los traicionan, según sucedió en este evento con los dos jueces acusados, sin que exista ninguna causa que lo justifique, se lesiona efectiva y materialmente el bien objeto de amparo.

Es claro que con el comportamiento de los acusados se despojó a dos organismos del Estado de sus atribuciones y competencias legales, al tiempo que anuló el principio de legalidad al impedir que la discusión propuesta siguiera las formalidades propias diseñadas por el legislador para resolver trámites de esa naturaleza, conducta esta que también afecta

la imagen de la administración de justicia, que hace parte de la administración pública, toda vez que muestra a los jueces como unos funcionarios que amparados en su investidura, se otorgan la facultad de desconocer preceptos y principios legales, para suplantarlos arbitrariamente por el instrumento judicial que más se acomode a los intereses del usuario de la justicia.

Ninguna razón sólida esgrimieron los acusados en orden a explicar su comportamiento: la juez Gloria María Zabala escuetamente sostuvo que los trámites ordinarios eran muy demorados, en tanto que el juez Meriño en el fondo no planteó un argumento para acoger lo propuesto en la tutela acerca de la inidoneidad de los mismos, de modo que bajo ningún punto es justificable la conducta de los acusados.

Por supuesto, ha de decirse que resulta la tesis presentada por el Tribunal de primera instancia para validar la procedencia de la acción de tutela y la intervención de los procesados en la resolución del caso, esto es, que existe una regla de la experiencia según la cual, “cuando la administración dirime asuntos sometidos a su justicia, su imparcialidad no es la misma que tienen los jueces que no dependen de nadie, ni están influenciados por superiores”.

Tal aseveración no constituye ninguna regla de la experiencia sino una afirmación desafortunada y desacertada, que afecta de manera grave la imagen e institucionalidad de todos aquellos organismos que hacen parte de la administración pública, motivo por el cual la Sala se aparta de esa postura, para en su lugar dejar en claro que es de plena obligatoriedad el hecho que los jueces respeten las formas propias de cada actuación judicial o administrativa así como la competencia de quienes les corresponde conocer de la mismas, aspecto que fue desatendido por los acá procesados y que derivó en una grave afrenta al bien tutelado.

De la culpabilidad de los Procesados:

No cabe duda de que los dos jueces procesados eran personas en pleno uso de sus facultades síquicas, de modo que en virtud de ellas estaban en condiciones de comprender la naturaleza de sus actos y de determinarse a su realización bajo el influjo de las mismas.

Por supuesto, a cada uno de ellos les era exigible obrar de un modo diferente a como lo hicieron dentro de sus competencias, esto es, con pleno acatamiento del ordenamiento constitucional y legal que ponía de presente la subsidiariedad de la tutela.

Haberlo hecho habría derivado en un resultado diverso al que se presentó, dado que la resolución del caso hubiera sido la de negar por improcedente el amparo deprecado por la sociedad Reciclajes Generales de Colombia S.A.S., toda vez que contaba con otros mecanismos de defensa, los cuales no habían sido agotados por el actor.

Si los procesados hubieran actuado de la forma como se los imponía la ley, la DIAN habría tenido la oportunidad bien fuera de reevaluar su posición vía recurso de reconsideración gracias a los planteamientos y pruebas que podía presentar el contribuyente, ora de refutar los señalamientos que presentara Reciclajes Generales de Colombia ante la jurisdicción contencioso administrativa, trámites estos que, sin duda, velan por una plena observancia del debido proceso, en el marco de un procedimiento previamente establecido para el efecto.

En consecuencia, los procesados, al momento de actuar, sí tuvieron una opción diferente a la que finalmente escogieron, y eran conscientes de eso, pero a pesar de su conocimiento quisieron concretar una conducta distinta y lesiva, lo cual resulta reprochable, más aun cuando actuaron encarnando a la majestad de la justicia y, por ello, tenían la obligación de responder a la confianza que la sociedad depositó en ellos como servidores judiciales, de modo que su proceder resulta digno de censura por parte de la ley penal, razón por la cual se debe proceder a revocar la absolución concedida en primera instancia por el presente delito.

7. Del peculado por apropiación en favor de terceros:

El artículo 397 de la ley 599 de 2000, tipifica este delito en los siguientes términos:

“El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.”

En relación con este delito, la Sala ha señalado lo siguiente:

“Los elementos típicos de la conducta son:

Un sujeto activo calificado: el servidor público, que conjuga el verbo rector: apropiar, el cual según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en su edición del tricentenario, contempla dentro de la quinta acepción “Dicho de una persona: Tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueña de ella, por lo común de propia autoridad.”.

Y esta apropiación debe ser en provecho suyo o de un tercero, recayendo la acción sobre los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, de fondos parafiscales, o de particulares y cuya administración, tenencia o custodia de los bienes ha de habersele confiado al servidor público por razón u ocasión de sus funciones.

Y según lo ha precisado esta Corporación:

<El concepto dogmático del delito funcional, éste se configura como un abuso de poder sobre el plano funcional o competencial (delinquir en y durante el ejercicio de la función pública), esto es, como extralimitación en el ejercicio de las competencias que el ordenamiento jurídico confiere al funcionario en relación con ciertos bienes jurídicos puestos a su cargo.>

De suerte que para la configuración del punible se requiere que el servidor público en ejercicio de sus funciones desarrolle ese acto de apoderamiento a su favor o de un tercero, privando así al Estado de la disposición que pueda ejercer sobre sus recursos, los cuales le habían sido confiados a aquél. Al respecto, la Corte ha considerado que:

<La relación que debe existir entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta de peculado por apropiación y los bienes oficiales puede no ser material sino jurídica y que esa disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional.>" (CSJ AP1620-2016).

En cuanto al momento en el que se entiende consumada la conducta de peculado por apropiación, la Corte, de manera reiterada, ha sostenido:

"Ahora bien, en lo que tiene que ver con el momento consumativo del delito, la Sala ha sostenido que se hace necesario distinguir aquellos eventos en que la apropiación de los recursos públicos se da por vía de la disponibilidad material que el agente tiene de estos, de las situaciones en que ello ocurre por razón de la disponibilidad jurídica que sobre los bienes

detenta el funcionario.

En el primer evento, la conducta punible se configura en el momento mismo en que los caudales son tomados por el servidor público con el propósito de hacerlos suyos, como ocurre cuando los sustrae físicamente del lugar donde son depositados.

Distinto sucede cuando la relación del agente con los recursos públicos es de índole estrictamente jurídica, como ocurre con quien los administra o puede, en razón de su cargo, darles una destinación específica.

Sobre el particular y, específicamente en punto a la conducta del funcionario judicial que ordena pagos indebidos, ha dicho la Sala:

“...la relación que debe existir entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta de peculado por apropiación y los bienes oficiales puede no ser material sino jurídica y que esa disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional, forzoso es concluir que ese vínculo surge entre un juez y los bienes oficiales respecto de los cuales adopta decisiones, en la medida en que con ese proceder también está administrándolos”⁸.

En similar sentido:

“...un Juez tiene disponibilidad jurídica sobre bienes que funcionalmente dependen de su decisión, por modo que si a través de sus decisiones los entrega a un tercero, dando lugar a su apropiación ilegal, tal comportamiento lo convierte en autor del delito de peculado por apropiación en favor de terceros”⁹.

En estos supuestos, cuando la apropiación de los recursos públicos se perfecciona por vía de la emisión de un fallo que reconoce y ordena el pago de prestaciones inexistentes, la Corte ha sostenido que el momento consumativo del delito no está diferido a la apropiación

material de aquéllos, sino que se identifica con el proferimiento mismo de la decisión.

En efecto, ha discernido la Corporación que en tales eventos, la providencia judicial misma «sustraе el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga»¹⁰ y comporta un acto de apropiación que actualiza el verbo rector del tipo penal, de modo que «cuando se dicta el fallo se consuma el delito de peculado por apropiación, por cuanto en efecto allí se dispone jurídicamente del bien»¹¹.

En esa comprensión, si las condenas impuestas en el fallo son efectivamente pagadas o no por la entidad, si los recursos públicos son entregados o no al tercero ilícitamente beneficiado, es algo que, contrariamente a lo planteado por el recurrente, no incide en la consumación de la conducta punible, pues tiene que ver con su agotamiento y punibilidad.” (CSJ SP9094-2015) (Resaltado fuera de texto)

Pues bien, la condición de servidores públicos de los acusados está plenamente comprobada, según se expuso en precedencia.

De otra parte, está claro que los jueces aludidos en esta sentencia, a través de la decisión manifiestamente ilegal de una acción de tutela en primera y segunda instancia, aspecto sobre el cual sobra volver para no incurrir en tediosas reiteraciones, se apropiaron en favor de un tercero: la sociedad Reciclajes Generales de Colombia S.A.S., de dineros que correspondían a una entidad oficial como la DIAN, caudales sobre los cuales tenían la disponibilidad jurídica, toda vez que desde el momento en que accedieron al amparo deprecado para ordenar la devolución de una suma de dinero supuestamente por unos saldos en favor de la sociedad aludida, jurídicamente dispusieron de los mismos, en concreto la suma de \$3.072.866.000 en beneficio de la empresa aludida, que había solicitado la devolución de ese dinero y le fue negada por encontrar la autoridad tributaria que la referida persona jurídica incurrió en inexactitudes en su declaración de impuestos sobre las ventas, además de la cifra de \$405.167.000 pesos, que por concepto de intereses

se reconoció en segunda instancia.

La orden de tutela fue acatada por la entidad accionada mediante la expedición de la Resolución No. 289 del 29 de mayo de 2012, acto administrativo en el cual la DIAN, amparada en lo dispuesto en el artículo 681 del Estatuto Tributario, dispuso la compensación entre la referida suma de dinero y otras deudas que tenía el contribuyente con esa dependencia, luego así el dinero no fuera entregado materialmente al reclamante, en el plano contable el mismo sí salió de las arcas del Estado, pues al aplicar la figura de la compensación, la cual se encuentra enlistada por la ley colombiana como una de las formas de extinguir obligaciones, el erario se vio afectado, toda vez que dicha cantidad se debió descontar de un rubro para imputarlo a otro, movimiento que benefició a Reciclajes Generales de Colombia S.A.S., que, a partir de ello, no se vio compelida a cumplir con sus obligaciones tributarias.

Ahora, irrelevante resulta para el presente asunto el hecho que la Corte Constitucional, vía revisión de tutela, hubiera revocado el amparo concedido y con ello las órdenes impartidas por los procesados en su momento, aspecto que derivó en la revocatoria del acto de compensación, porque de todas formas aquellos consumaron el delito, y por ende, la decisión del Tribunal Constitucional no lo desnaturaliza.

En conclusión, pese a conocer la ilicitud de su conducta, los funcionarios judiciales acusados profirieron sentencias manifiestamente contrarias a derecho, dentro de un trámite de tutela, que les sirvió como elemento idóneo para poder hacerse al control de unos recursos públicos y, a partir de ello, disponer de su destino final, el cual fue direccionado para que se favoreciera a un tercero que aspiraba a apoderarse de los mismos de manera irregular e injustificada.

Desde luego, además de típica la conducta es igualmente antijurídica, porque se atentó sin causa alguna contra fondos del erario, advirtiéndose que la suma de \$405.167.000,

correspondientes a los intereses que surgieron de la adición que hizo la juez Zabala Torres jamás se recuperó.

Así mismo, la culpabilidad también emerge sin discusión de ninguna índole, porque ya se dijo, los dos procesados se encontraban en pleno goce de sus facultades mentales y de ese modo no solo comprendían la ilicitud de sus actos, sino que de acuerdo con ese entendimiento podían determinarse y actuar de una manera diferente, es decir, de conformidad con la ley.

8. Dosificación de la Pena.

Cuando se trata de un evento de concurso de hechos punibles, el procesado quedará sometido a la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto. En tal virtud, con el propósito de establecer cuál es la sanción de mayor entidad y por ende base para penalizar el concurso, se hará el proceso dosimétrico para cada una de las conductas que concurren, de modo que una vez ello se podrá saber la pena más intensa, para lo cual se dará aplicación a los artículos 60 y 61 del Código Penal.

Peculado por apropiación.

Toda vez que las sumas cuya apropiación facilitaron los procesados ascienden, de una parte a \$3.072.866.000 y de otra a \$405.167.000, valores que superan los 50 S.M.L.M.V. para la época de comisión del delito, se fijarán como extremos punitivos los dispuestos en el inciso 2º del artículo 397 del Código Penal, modificado por el artículo 14 de la ley 890 de 2004, es decir, entre noventa y seis (96) a cuatrocientos cinco (405) meses de prisión, lo cual da los siguientes cuartos de movilidad:

CUARTO

MÍNIMO

CUARTOS

MEDIOS

CUARTO

MÁXIMO

De 96 a 173 meses 7 días

De 173 meses 8 días a 250 meses 14 días

De 250 meses 15 días a 327 meses 21 días

De 327 meses 22 días a 405 meses.

En este punto, la Sala hará las siguientes precisiones frente a las circunstancias de mayor punibilidad deducidas, pues no las comparte.

En efecto, la relativa a la consagrada en el numeral 10 del artículo 58 del estatuto penal sustantivo, esto es, obrar en coparticipación no se estructura, toda vez que cada uno de los procesados fue autor de modo individual de los delitos imputados, pero no porque hubiesen actuado en connivencia, o de manera concertada.

Y en cuanto a la relacionada con la posición distinguida del acusado (numeral 9º artículo 58 ibídem), derivada de la condición de Jueces de la República de los enjuiciados, como ha tenido ocasión de precisarlo la Sala¹², no puede considerarse, toda vez que la misma es un elemento configurante del tipo que se traduce en la calidad de servidores públicos, de modo que no es dable tenerla en cuenta simultáneamente de aquel modo y en la categoría de causal de agravación.

En consecuencia, la pena debe individualizarse bajo los parámetros del cuarto mínimo para este delito, por concurrir únicamente la circunstancia de menor punibilidad, como es la

carencia de antecedentes penales, aunque no impondrá el rango inferior, ya que la gravedad de la conducta, la mayor intensidad del dolo y el daño real ocasionado así lo aconsejan.

Los hechos sin duda son graves y no pueden minimizarse para imponer la pena inferior del respectivo cuarto, ya que se defraudó la confianza que se depositó en los funcionarios para que se desempeñaran como jueces de la República, permitiendo que terceros se apoderaran de altas sumas del erario, que podrían destinarse a la satisfacción de muchas necesidades de la comunidad, que pudieron verse frustradas con ese despojo.

Del mismo modo refulge la intensidad de dolo con que actuaron los procesados, dado que desatendieron todas las advertencias sobre la improcedencia de la acción de tutela presentada por Reciclajes Generales de Colombia S.A.S. en contra de la DIAN, así como que también se apartaron de manera injustificada de la normatividad que rige la procedencia excepcional y residual del amparo constitucional, con el único objetivo de favorecer a la referida persona jurídica y permitirle el apoderamiento de una suma de dinero superior a los tres mil millones de pesos.

En cuanto al daño real causado por los procesados, equivalente a un total de \$3.478.033.000, tal monto resulta sensiblemente alto y afecta de manera significativa los recursos estatales.

Si bien frente a los \$3.072.866.000, debe indicarse que al no haber sido entregados directamente al accionante sino que se aplicó a la extinción de sus deudas fiscales por vía de compensación, el mismo pudo ser recuperado a partir de la orden de revocatoria que impartió la Corte Constitucional al momento de revisar los fallos de tutela, no corrieron la misma suerte los \$405.167.000 que se pagaron por concepto de intereses, de los cuales no consta dentro del expediente que los procesados o alguien más hubiera reintegrado dicho dinero, lo cual deja entrever que el perjuicio irrogado es de entidad.

En tal virtud y dentro del cuarto de movilidad seleccionado se fija como pena de prisión a imponer la de ciento veinte (120) meses de prisión.

De igual modo, la Sala aplicará la pena de multa atendiendo las directrices dadas por el artículo 397 de la ley 599 de 2000, esto es, que dicha sanción equivale al monto del dinero apropiado, siendo necesario acá realizar la siguiente precisión:

Toda vez que con su actuación, Abelardo Tercero Andrade Meriño, facilitó el apoderamiento de \$3.072.866.000, será ésta la suma que deberá pagar a título de multa, en tanto que Clara María Zabala Torres con su proceder permitió que un particular se apoderara, no solo del monto dinerario antes referido, sino también de \$405.167.000 adicionales, que reconoció en el fallo que profirió en segunda instancia, motivo por el cual su sanción pecuniaria debe ascender a \$3.478.033.000.00, valores estos que no exceden el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así mismo, se impondrá a los procesados la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, igualmente la sanción intemporal que consagra el artículo 122 de la Carta Política, consistente en la prohibición de ser inscrito a cargo de elección popular, elegido, designado como servidor público o celebrar personalmente o por interpuesta persona, contratos con el Estado, toda vez que la conducta ejecutada afectó el patrimonio del Estado.

Prevaricato por acción.

Frente a este delito se tomarán como extremos punitivos los establecidos en el artículo 413 de la ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de la ley 890 de 2004, esto es, entre cuarenta y ocho (48) y ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión. Así las cosas, los cuartos de movilidad son:

CUARTO MINÍMO

CUARTOS MEDIOS

CUARTO MÁXIMO

De 48 a 72 meses

De 72 meses 1 día a 96 meses

De 96 meses 1 día a 120 meses

De 120 meses 1 día a 144 meses.

Respecto a la circunstancia de mayor punibilidad dada la posición distinguida por el cargo (artículo 58 numeral 9º C.P.), la Sala advierte que la misma no se tendrá en cuenta por las razones expuestas al momento de analizar el punible de peculado por apropiación.

Toda vez que en el presente asunto únicamente concurren circunstancias de menor punibilidad, cual es la carencia de antecedentes penales, se procederá a dar aplicación a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, y se tomará cuarto mínimo de movilidad para la individualización de la sanción.

En cuanto a la gravedad de la conducta y la mayor intensidad del dolo, son aplicables los mismos argumentos aducidos en relación con el delito de peculado, luego no se partirá del mínimo previsto sino de sesenta (60) meses de prisión.

En cuanto a la pena de multa, la Sala procederá a realizar los respectivos cálculos teniendo en cuenta como extremos sancionatorios aquellos que para tal fin fija el artículo 413 de la ley 599 de 2000, esto es, entre 66.66 y 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO	MÍNIMO
CUARTOS	MEDIOS
CUARTO	MÁXIMO

De	66.66 a 124.995 SMLMV
De	124.995 a 183.33 SMLMV
De	183.33 a 241.665 SMLMV
De	241.665 a 300 SMLMV

Dado que con anterioridad la pena de prisión fue ubicada dentro del primer cuarto de movilidad, lo mismo se hará con la sanción pecuniaria, la cual se fijará en 80 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes para la época de los hechos, ello teniendo en cuenta la gravedad de la actuación de los procesados quienes instrumentalizaron a la administración de justicia para ponerla al servicio de los intereses particulares de una persona jurídica.

Finalmente, y comoquiera que el punible de prevaricato por acción también contempla como sanción la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, tal sanción se individualizará dentro de los extremos contemplados para ello en el artículo 413 del Código Penal, esto es entre 80 y 144 meses.

PRIMER	CUARTO
--------	--------

CUARTOS	MEDIOS
ÚLTIMO	CUARTO
De	80 a 96 meses
De	96 meses un día a 112 meses
De	112 meses un día a 128 meses
De	128 meses un día a 144 meses

Al igual que las anteriores sanciones, la presente también debe individualizarse dentro del primer cuarto de movilidad, motivo por el cual la Sala impondrá la suspensión del ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual a 84 meses.

Al tenor del anterior ejercicio, para los fines del artículo 31 del Código Penal el delito que atrae la pena más grave es el peculado por apropiación, motivo por el cual los procesados quedarán sometidos a la sanción de 120 meses de prisión, la cual se incrementará en 40 meses con ocasión de la concreción del delito de prevaricato por acción, determinándose así una pena definitiva de 160 meses de prisión por el concurso de delitos que les fueron endilgados.

En cuanto a la sanción de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la misma se incrementará en 40 meses y se fijará en el mismo término de la pena privativa de la libertad, esto es, en 160 meses, ello teniendo en cuenta las mismas justificaciones dadas para el incremento de la pena carcelaria.

Ahora bien, respecto a la pena de multa que se impondrá a cada uno de los procesados, la misma se aumentará conforme lo señala el numeral 4 del artículo 39 de la ley 599 de 2000,

esto es, realizando la suma de las sanciones pecuniarias impuestas por la comisión de cada conducta que compone el concurso de delitos, sin superar el límite máximo de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así las cosas, en el caso de Abelardo Tercero Andrade Meriño, quien por el delito de peculado por apropiación fue multado por \$3.072.866.000, dicha cifra será incrementada en la proporción de ochenta (80) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes para la época de los sucesos, monto que equivale a \$43.088.000.00, estableciéndose así una sanción pecuniaria total de \$3.115.954.000.00.

De otra parte y en cuanto a Clara María Zabala Torres se refiere, la multa por el punible de peculado por apropiación se tasó en \$3.478.033.000, cifra que se incrementará en la misma proporción de la multa impuesta por el delito de prevaricato por acción, esto es ochenta (80) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes para la época de la comisión del delito, para una sanción pecuniaria total, por el concurso de delitos, de \$3.521.121.000.00.

Mecanismos sustitutivos de la Pena Privativa de la Libertad.

Suspensión de la Ejecución de la Pena.

Toda vez que la pena privativa de la libertad impuesta en el presente caso excede el límite fijado por el numeral primero del artículo 63 del Código Penal en su versión original, de entrada la Sala advierte que es improcedente la concesión del presente mecanismo a los procesados, motivo por el cual no continuará con el estudio de los demás requisitos para su otorgamiento. Hay que estudiar si hay una norma posterior más favorable.

De la prisión domiciliaria.

Necesario es tener en cuenta que la conducta punible se ejecutó en vigencia del artículo 38 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 31 de la Ley 1142 de 2007 que

disponía como requisitos concurrentes para su otorgamiento: (i) un mínimo de pena prevista en la ley de cinco (5) años de prisión o menos. (ii) Un pronóstico favorable de su desempeño personal, laboral, familiar o social del cual se deduzca que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena y (iii) la garantía mediante caución de las obligaciones que se señalan en el numeral 3º de la norma a la que se hace referencia.

Toda vez que la sanción de que trata el artículo 397 de la ley 599 de 2000 fue incrementada por el artículo 14 de la ley 890 de 2004 y desde ese momento el monto mínimo de la pena de prisión se tasó en 96 meses, lo que es igual a 8 años de sanción, no se cumple con el primero de los requisitos que es del orden objetivo, razón suficiente para negar el beneficio a los procesados sin necesidad de entrar a estudiar los restantes requerimientos.

No obstante lo anterior, con posterioridad a los hechos se profirió la ley 1709 de 2014, la cual modificó el requisito de la pena mínima de 5 años ampliándolo a 8, cuestión que le sería favorable a los enjuiciados de no ser porque la misma legislación, en su artículo 32, modificadorio del canon 68A de la ley 599 de 2000, prohíbe de manera expresa conceder el beneficio de prisión domiciliaria a quienes hayan sido condenados como autores responsables de delitos contra la administración pública.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la decisión objeto de apelación, y en su lugar DECLARAR penalmente responsables a los doctores ABELARDO TERCERO ANDRADE MERIÑO, identificado con la cédula de ciudadanía 19.515.315 y CLARA MARÍA ZABALA TORRES, portadora del documento de la cédula No. 22.394.457, como autores del delito de Peculado por apropiación en favor de terceros, en concurso heterogéneo con el punible de prevaricato

por acción, cometidos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar precisadas en esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR al doctor ABELARDO TERCERO ANDRADE MERIÑO a las penas principales de ciento sesenta (160) meses de prisión, multa por el valor de tres mil ciento quince millones novecientos cincuenta y cuatro mil pesos (\$3.115.954.000.00), inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, y prohibición de ser inscrito a cargo de elección popular, elegido, designado como servidor público o celebrar personalmente o por interpuesta persona, contratos con el Estado.

TERCERO: CONDENAR a la doctora CLARA MARÍA ZABALA TORRES a las penas principales de ciento sesenta (160) meses de prisión, multa por el valor de tres mil quinientos veintiún millones ciento veintiún mil pesos (\$3.521.121.000.00), inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, y prohibición de ser inscrita a cargo de elección popular, elegida, designada como servidor público o celebrar personalmente o por interpuesta persona, contratos con el Estado.

CUARTO: NEGAR a ABELARDO TERCERO ANDRADE MERIÑO y CLARA MARÍA ZABALA TORRES la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y la prisión domiciliaria por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: DISPONER, como consecuencia de lo anterior, la captura de los condenados para hacer efectivas las sanciones impuestas.

SEXTO: LIBRAR las comunicaciones a las autoridades competentes.

SÉPTIMO: DEVUÉLVANSE las presentes diligencias al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Contra la presente decisión procede la impugnación especial¹³.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 CSJ. AP. 29 de julio de 2015, radicado No. 44031.

2 CSJ SP134-2016

3 CSJ SP, 24 jun. 1986, rad. 406.598, GJ CLXXXV n.º 2424, pág. 438 – 442.

4 CSJ SP, 24 jun. 1986, rad. 406.598, GJ CLXXXV n.º 2424, pág. 438 – 442.

5 CSJ SP4620-2016

6 CSJ SP14999-2014

7 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 11 de noviembre de 2009.
Rad. 31190

8 CSJ SP, 6 mar. 2003, rad. 18.021. Reiterada en CSJ SP, 4 mar. 2015, rad.
45.099.

9 CSJ SP, 6 sep. 2007, rad. 27.092. Reiterada en CSJ SP, 4 mar. 2015, rad.
45.099.

10 CSJ SP, 10 oct. 2012, rad. 38.396.

11 CSJ AP, 22 jun. 2011, rad. 36.387.

12 Consultar radicados 20281, 21447, 21428, 23568, 25185, 9842, 25699, 23050,
25646, 9230, 25612, 23047, 2448, 28996, entre otras.

13 Sobre el particular ver AP699-2019