

# La nueva interpretación del delito de prevaricato por acción de funcionarios judiciales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia\*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ ALVAREZ\*\*  
SANTIAGO RAMÍREZ JARAMILLO\*\*\*

En sentencia de segunda instancia, proceso con radicado No. 46688 del 25 de noviembre de 2015, la Corte Suprema de Justicia –CSJ- condenó por el delito de prevaricato por acción a un Fiscal Seccional, por haber realizado una serie de actuaciones manifiestamente contrarias a la ley, en el trámite de un preacuerdo, cuya regulación se encuentra en los artículos 348 a 354 de la Ley 906 de 2004. Las conductas reprochadas fueron resumidas por la CSJ de la siguiente forma:

i) desconoció arbitrariamente el mandato del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, ii) admitió un doble beneficio en contravía a lo dispuesto por el artículo 351, inciso 2º, del mismo estatuto, y iii) pactó la concesión del sustituto penal, sin que se cumpliera uno de sus presupuestos objetivos.

De la lectura de la sentencia y de la aclaración de voto presentada por uno de los magistrados, se desprenden una serie de aspectos que en nuestro criterio son

---

\* Este trabajo se realiza en el marco del proyecto “Las garantías penales como límite y guía en la solución de problemas penales complejos” (DER2013-47511-R), que se desarrolla en colaboración con entre la Universidad EAFIT y la Universidad de León (España), bajo la dirección del profesor MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO.

\*\* Profesor de Derecho Penal, Escuela de Derecho, Universidad EAFIT.

\*\*\* Estudiante de Derecho y auxiliar de investigación, Escuela de Derecho, Universidad EAFIT.

importantes y que podrían ser discutibles, y por tanto, ameritan algunos comentarios de los cuales pasamos a ocuparnos.

## **1. El precedente fijado por Corte Suprema en la sentencia radicado 39.538 del 23 de octubre de 2014**

Un primer aspecto que es necesario poner de presente para las anotaciones posteriores, tiene que ver con el hecho de que la CSJ en la sentencia que ahora comentamos, en su análisis sobre la conducta del Fiscal Seccional, no analizó expresamente el elemento subjetivo especial, que de acuerdo con el *precedente* de la citada corporación judicial constituye un requisito en el delito de prevaricato por acción, cuando se trata de juzgar el comportamiento de jueces o fiscales en el ejercicio de sus funciones.

En efecto, en la providencia del 23 de octubre de 2014, radicado 39.538, la Corte Suprema estableció que para poder calificar como típica de prevaricato por acción la conducta de un servidor público judicial se debe verificar la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo, esto es, que el juez o fiscal, profiera resolución manifiestamente contraria a la ley y lo haga con dolo, es decir, con conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo. Pero además, es indispensable que se acredite que la finalidad última del servidor público estaba dirigida a favorecer un acto de corrupción. Así, en uno de los apartes de la citada sentencia de octubre de 2014, dijo la Corte Suprema:

Por otra parte, ha sido enfática y reiterativa la Sala en considerar que el error, la ignorancia, la negligencia o la equivocación sin voluntad intencionada de *querer ejecutar un acto de corrupción* impiden la consumación del prevaricato por acción. (cursiva fuera del texto original).

El requisito de "*querer ejecutar un acto de corrupción*" incorporado por la CSJ como un nuevo elemento subjetivo especial, distinto del dolo, que condiciona la tipicidad del prevaricato por acción, fue reiterado y explicado ampliamente en varios pasajes de la mencionada sentencia de 23 de octubre de 2014.

No obstante lo anterior, la Corte Suprema en la sentencia radicado No. 46688 del 25 de noviembre de 2015, en la cual, como ya se indicó, condenó a un Fiscal Seccional por el delito de prevaricato por acción, omitió analizar si en ese caso concreto había concurrido ese ánimo corrupto en el funcionario investigado.

Llama la atención que la CSJ no se haya ocupado de analizar expresamente este requisito, si se tiene en cuenta el precedente fijado en la sentencia de 2014, en el sentido de exigir, como presupuesto para imputar el prevaricato por acción

la comprobación de que el servidor público hubiese actuado con el fin de *favorecer indebidamente intereses propios o ajenos*, o más específicamente, con una finalidad corrupta, lo cual, sin duda implicó una nueva forma de entender este delito, tal como lo puso de presente en su aclaración de voto el magistrado Eugenio Fernández Carlier.

## **2. La aclaración de voto en relación con los requisitos del prevaricato por acción cuando se trata de examinar la conducta de servidores judiciales que ostenten el cargo de jueces o fiscales**

Es precisamente por lo dicho en precedencia que la aclaración de voto del magistrado Eugenio Fernández Carlier resulta relevante, toda vez que en la misma se retoma la sentencia de 2014, y por ello comienza afirmando:

A partir de la sentencia (CSJ SP, 23 oct. 2014, radicado 39538), la Corporación relativizó la tradicional interpretación literal de la conducta prevaricadora por acción, para nutrirla de contenidos constitucionales. (subrayado y negrilla por fuera del texto original).

En desarrollo de su propósito, la aclaración de voto se ocupa de los siguientes aspectos: “i) consagración normativa y línea jurisprudencial del delito de prevaricato por acción por acción, ii) el principio de intangibilidad de las decisiones judiciales de los órganos de cierre y iii) el ingrediente subjetivo en el delito de prevaricato por acción tratándose de funcionarios judiciales.” Para los fines de comentario jurisprudencial, interesa reseñar los principales aspectos relacionados con los numerales *ii* y *iii*, así:

La imputación del delito de prevaricato por acción a jueces o fiscales se hace más exigente, en tanto y en cuanto es indispensable que se compruebe que su actuación estuvo dirigida a realizar o favorecer actos de corrupción. Ello tiene como fundamento la necesidad de garantizar la *independencia judicial*, que a su vez se materializa en la *intangibilidad e inviolabilidad* de las decisiones judiciales, no solo de los órganos de cierre, sino de las providencias emitidas por todos los funcionarios judiciales de los distintos niveles de la estructura del poder judicial.

En consonancia con tal punto de partida, en la aclaración de voto se recuerda que la Corte Suprema “con la CSJ SP 23 oct. 2014, rad. 39538, replanteó el análisis del delito de *prevaricato por acción* a partir de una interpretación que se nutre de los valores y principios del texto superior y en virtud del bloque de constitucionalidad” (subrayado en el texto original).

Los principios y valores derivados del bloque de constitucionalidad y de fuentes de derecho comparado de los que se nutre esa reinterpretación del tipo penal de prevaricato por acción, de acuerdo con la sentencia de 2014 de conformidad con el recuento que de las mismas se hace en la aclaración de voto, serían los siguientes:

a) El Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en su artículo 2° le asigna funciones jurisdiccionales a sus jueces y en el numeral 2° del artículo 15 establece que “No podrá exigírseles en ningún tiempo responsabilidad por votos y opiniones emitidos o actos realizados en el ejercicio de sus funciones”.

b) El artículo 5° de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia a cuyas voces: “Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias”.

En este punto, en la aclaración de voto se precisa que la Corte Constitucional en su análisis de esta disposición legal enfatizó “en la intangibilidad e inviolabilidad de las decisiones de los órganos de cierre en la administración de justicia, no siendo posible reclamar un error judicial ni siquiera contra el Estado, salvo cuando se advierta un acto de corrupción de los Magistrados.” (subrayado en el texto original).

c) El Acto Legislativo 02 de 2015 *-Equilibrio de Poderes y Reajuste Institucional-*, a partir del cual se podría decir que se constitucionalizó la interpretación planteada por la Corte Suprema en relación con delito de prevaricato por acción. Al respecto, la aclaración de voto dice lo siguiente:

Para la Corte el novel artículo 178-A del texto superior introdujo un ingrediente subjetivo distinto al dolo en el tipo del artículo 413 del Código Penal, relacionado con la intención, de ahí que para su configuración deban concurrir circunstancias fácticas distintas a la acción de proferir una decisión, de favorecer indebidamente intereses propios o ajenos.

Y agrega:

Y si ello es así para el Fiscal General y los magistrados de las altas corporaciones, no hay óbice alguno para que los demás jueces y fiscales de la República puedan ser cobijados por tal protección.

d) En el derecho comparado se cita Ley Orgánica 2/1979 y se dice que la mismas en su artículo 22 establece que “*Los Magistrados del Tribunal Constitucional ejercerán su función de acuerdo con los principios de imparcialidad y dignidad inherentes a la misma; no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones. . .*” (subrayado y cursivas en el texto original).

A partir de los anteriores fundamentos constitucionales, legales y de derecho comparado, se concluye:

(...) en cuanto a la imputación al tipo subjetivo, es allí en donde tiene incidencia la precisión jurisprudencial que se reitera en este pronunciamiento (...) en tratándose de las altas dignidades judiciales citadas en el precepto (artículo 8 con el que se incorpora

el artículo 178A en la Carta Política), y demás funcionarios pertenecientes a la Rama Jurisdiccional (magistrados de tribunal, jueces y fiscales en todos los órdenes) como ya quedó dicho, la intención típica ya no se entiende limitada a la sola constatación del conocimiento de la manifiesta contrariedad de la ley en la toma de la decisión y a la voluntad consciente de resolver en ese sentido, sino que además deben aparecer hechos objetivos con base en los cuales pueda afirmarse que el funcionario obró de tal forma determinado o con la finalidad de favorecer indebidamente intereses propios o ajenos. (subrayado fuera del texto original).

Por último, conviene resaltar que de acuerdo con la aclaración de voto a la que venimos haciendo referencia, los actos de corrupción que deben mover la voluntad del sujeto activo, a efectos de tipificar el prevaricato por acción, deben estar orientados a realizar conductas que revistan el carácter de delito, tales como las consagradas en la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción (soborno de funcionarios públicos nacionales; soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas; malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público; abuso de funciones; enriquecimiento ilícito; soborno en el sector privado; malversación o peculado de bienes en el sector privado; blanqueo del producto del delito; encubrimiento; y obstrucción de la justicia) o los delitos a los que se refiere el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011 (peculado, concusión, cohecho y celebración indebida de contratos, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito).

Consecuente con lo que en su criterio debe entenderse por corrupción a efectos de la aplicación del prevaricato por acción a servidores públicos de la rama judicial, la aclaración de voto puntualiza:

En conclusión ha de entenderse por acto de corrupción el que está dirigido a materializar, facilitar, promover o lograr la realización de una o más de las conductas punibles definidas en los textos normativos examinados.

### **3. Comentario final. Algunos interrogantes para la discusión**

La reinterpretación del delito de prevaricato por acción a partir la introducción a un elemento subjetivo especial distinto del dolo, aplicable solo a la conducta de servidores judiciales, más precisamente de jueces y fiscales, según se desprende de la sentencias y la aclaración de voto citadas en este comentario, obedece al interés de garantizar un principio basilar del Estado Constitucional de Derecho a saber, la independencia del poder judicial frente a los demás poderes públicos. La necesidad de garantizar plenamente la independencia judicial es un aspecto que no parece

tener discusión entre quienes propendemos por la vigencia y defensa del Estado Social y Democrático de Derecho.

No obstante, la limitación del prevaricato por acción para los servidores judiciales en los términos previamente explicados no está exenta de dudas e inquietudes que merecen ser analizadas y debatidas. A manera de ejemplo y para dejar abierto el debate formulamos algunas de ellas:

Desde la perspectiva del bien jurídico, entendido como la correcta administración de justicia: ¿Se encuentra justificada esta limitación?

Por otro lado, ¿Se justifica esta limitación, a pesar de que en muchos casos, la resolución manifiestamente contraria a la ley haya sido motivada, por ejemplo, por el ánimo de causar daño a un tercero, y que por no configurar una finalidad corrupta en el sentido ya explicado, no puede ser sancionada como conducta prevaricadora?

Desde la óptica del principio de igualdad: ¿Se justifica el trato diferencial entre servidores públicos judiciales por un lado y servidores públicos de otras ramas del poder público por la otra? Lo anterior debido a que de acuerdo con la Corte Suprema, la reinterpretación del prevaricato solo cobijaría a servidores judiciales.

Sería apresurado formular respuestas y tomar una postura definitiva sobre estas y otras preguntas en este comentario jurisprudencial que por su finalidad debe ser breve, ello no obsta sin embargo, para dejarlas planteadas para su discusión en el foro y la academia.