

HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, NORBERTO, "Comentario a la sentencia SP4125-2020 (Doble conformidad).

Prevaricato sustentado en el acto de corrupción que le da origen y no en la manifiesta contrariedad de la decisión con el orden jurídico", *Nuevo Foro Penal*, 96, (2021).

Comentario a la sentencia SP4125-2020 (Doble conformidad).

Prevaricato sustentado en el acto de corrupción que le da origen y no en la manifiesta contrariedad de la decisión con el orden jurídico*

*Commentary on Judgement SP4125-2020
(Double conformity).*

*Prevarication based on the act of corruption that gives rise
to it and not on the manifest contradiction of the decision
with the legal order*

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ**

Antecedentes. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 17 de junio de 2020, confirmó la condena impuesta en contra de un exfiscal, como autor del delito de concusión, en concurso homogéneo y heterogéneo, y lo condenó, por primera vez, como autor del delito de prevaricato

* Este trabajo se realiza en el marco del proyecto "La dinámica inseparable del derecho penal sustancial y procesal" (ID propuesta 00009197PUJ).

** Profesor de la Pontificia Universidad Javeriana. Tutor del Semillero en Derecho Penitenciario. Correo electrónico: norberthernandezj@javeriana.edu.co

por acción, en concurso homogéneo. Lo anterior, por cuanto sin tener competencia, ordenó la devolución de un vehículo en el mes de septiembre del año 2014, pese a que la Corte Constitucional había proferido el 20 de agosto del mismo año la sentencia C - 591, en la cual declaró la inexecutable parcial del artículo 88 de la Ley 906 de 2004, despojando *“a los fiscales de la facultad de devolver, directamente, a terceros de buena fe, bienes incautados.”*

Para condenarlo por el delito de prevaricato, la Sala de Casación Penal valoró que si bien para el momento en que se profirieron las órdenes había transcurrido apenas algo más de un mes y medio después de que nuestro Tribunal Constitucional declarará la inexecutable parcial del artículo 88 de la Ley 906 de 2004, *“no puede pasar desapercibido el contexto de corrupción en el cual se desarrolló la conducta por parte del acusado, a partir de un juicio ex ante, como corresponde hacerlo.”*

Esta sentencia fue objeto de impugnación especial, con miras a garantizar el derecho a la doble conformidad, siendo desatado el recurso por la misma Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 28 de octubre de 2020 [SP4125-2020 (Radicación 50048)], decisión sobre la cual se centra este comentario.

Doble conformidad e impugnación especial. Por tratarse de la primera condena en contra del exfiscal, el fallo fue impugnado con miras a garantizar la doble conformidad consagrada en artículo 235-7 de la Constitución Política, modificado en virtud del Acto Legislativo 1 de 2018.

Ahora bien, resulta indispensable hacer mención, de manera sucinta, a la fluctuación del escenario jurídico introducido mediante la sentencia SU-490 de 2016¹ y posteriormente avalada en el auto AP2118-2020 de la Sala de Casación Penal, adoptado con fundamento en los artículos 29 y 93 de la Constitución Política de Colombia, 8.2.h. de la Convención Americana y 14.5. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que aunque no regulan la situación de la sentencia objeto de este comentario, están directamente vinculados a la doble conformidad y la enmienda constitucional del año 2018 **que garantiza la impugnación de las primeras condenas**, eliminando la arbitrariedad de los procesos en única instancia.

Para abordar el derecho a la doble conformidad, es importante hacer mención a la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 30 de enero de 2014 (caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname), en donde se determinó

1 Sobre el tema ver Boada Acosta, J., Delgado Moreno, N., & Flechas Hernández, J. (2020). “Una mirada jurídica al caso Arias y a la doble conformidad. Comentarios a la Sentencia SU-146 de 2020 de la Corte Constitucional”. *Nuevo Foro Penal*, 16(95), 255-278. Recuperado a partir de <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6812>

que el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, previsto en el artículo 8.2.h., también debía ser garantizado a quienes fueran juzgados, por razón de su fuero, por la máxima autoridad de justicia en materia penal.

Siguiendo el orden cronológico, el 29 de octubre de 2014, la Corte Constitucional declaró la omisión normativa inconstitucional, al no preverse en el régimen procesal nacional un sistema recursivo que permita ejercer el derecho constitucional a la impugnación, el cual es procedente para procesos de única instancia y fallos condenatorios de segundo grado (Sentencia C-792 de 2014). Para sustentar su posición - con base en el sistema interamericano de derechos humanos -, se cita el caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, así como los casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *Barreto Leiva vs. Venezuela* y *Vélez Loo vs. Panamá*.

El 18 de enero de 2018 se promulgó el Acto Legislativo 1 de 2018 "*Por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política y se implementan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria*".

El 20 de mayo de 2020, la Corte Constitucional, mediante sentencia SU-146 de 2020, amparó el derecho fundamental a la doble conformidad del Ex Ministro de Agricultura Andres Felipe Arias Leiva, quien fue condenado en única instancia el 16 de julio de 2014. Mediante auto del 29 de julio de 2020 (AP-1864-2020, Radicación 37462), la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia concedió la impugnación presentada por el condenado, estableciendo los lineamientos para conformar la respectiva Sala de Decisión y el trámite de la apelación conforme lo consagrado en la Ley 906 de 2004.

Importante mencionar que la Sala Plena de la Corte Constitucional estableció que el momento determinante para considerar la viabilidad del reconocimiento del derecho a la impugnación, a través de un mecanismo amplio e integral, debía ser el 30 de enero de 2014 (Fundamentos jurídicos Nos. 225 y 256, Sentencia SU-146 de 2020). Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, había considerado prudente aplicar la garantía desde el 29 de octubre de 2014 (Fundamento jurídico No. 45, Sentencia del 13 de julio de 2020, STC4344-2020 Radicación n.º 11001-02-03-000-2020-00921-00).

Ahora bien, el 3 de septiembre de 2020 (AP2118-2020, Radicación 34017) la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia concedió la impugnación presentada por el ex Congresista Efrén Antonio Hernández Díaz. En la parte resolutive de esta decisión se señaló que en cumplimiento del derecho fundamental a la igualdad, la impugnación especial es procedente contra las sentencias de única instancia dictadas por la Sala de Casación Penal entre el 30 de enero de 2014 y el

17 de enero de 2018.

Caso concreto: El elemento normativo “manifiestamente contraria a la ley” previsto en el tipo de prevaricato por acción. Señala el Profesor Gómez Méndez que “No basta la simple contradicción entre el acto jurídico y la ley; es necesario que esa oposición sea abierta, evidente”². Así las cosas, el delito de prevaricato no se tipifica por la interpretación infortunada de unas normas, sino por el actuar malicioso dentro del cual el sujeto agente se aparta de manera consciente del deber funcional que le estaba impuesto [Sentencia del 1° de agosto de 2018, SP3120-2018 (49908)].

Sobre este elemento normativo del tipo, en la sentencia de única instancia del 23 de mayo de 2018 [SP3120-2018 (49908)] se había señalado:

“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 ley, **pues en el delito de prevaricato el juicio que se emite en relación con una decisión no es de acierto sino de legalidad.** [AP3288-2017]” (Énfasis fuera del texto).*

2 GÓMEZ, ALFONSO (2000). *Delitos contra la administración pública. Con comentarios al nuevo Código Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 290.

Por lo anterior, resulta acertada la revocatoria parcial del fallo condenatorio del 17 de junio de 2020, que sustentó la condena por prevaricato, frente a la entrega de uno de los vehículos, en el desvalor cifrado del acto de corrupción que le da origen y no en la manifiesta contrariedad de la decisión con el orden jurídico. Esto adicionalmente resalta la importancia de la doble conformidad, con miras a que se revise tanto las primeras sentencias condenatorias (incluso cuando hayan sido proferidas por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en materia penal), como las sentencias condenatorias de única instancia, actualizando así la inescindibilidad que debe tener el derecho procesal penal con el derecho penal sustantivo, pregonada por el maestro Bernardo Gaitán Mahecha³, frente a lo que podríamos rotular como la variante *impugnación – verificación de los elementos objetivos y subjetivos del tipo*.

Ahora bien, la Sala de Casación Penal, en la sentencia del 28 de octubre de 2020, convalidó la condena por el delito de prevaricato frente a la entrega de otro vehículo, atendiendo a que en ese caso se había solicitado la legalización de la captura y la formulación de la imputación, por lo que *“carecía de competencia para pronunciarse sobre la devolución del automotor, y sin embargo lo hizo”*, siendo inaceptable que el condenado no conociera la sentencia C-591 de 2014, ya que el tema de la competencia reviste importancia en el quehacer de los operadores judiciales.

Enfatiza la ocurrencia del delito con el siguiente argumento: *“En este caso, además, la probada retribución por dictar este tipo de providencias, si permite inferir que pese a carecer de competencia -lo que resalta la manifiesta ilegalidad de la orden—, el fiscal interpuso su querer sobre el contenido explícito y claro de la ley al dictar la orden de entrega del vehículo mencionado.”*

Con base en lo anterior, queda en el ambiente que la situación propia de corrupción fue la determinante para proferir la condena en contra del exfiscal por el delito de prevaricato y no la acreditación del elemento normativo del tipo. Esto atendiendo el lapso que supera un mes entre la publicación de la sentencia C-591 de 2014 - que suprimió la competencia de los fiscales para la devolución de bienes -, y la devolución del vehículo por parte del funcionario, que no conlleva a un argumento racional, *más allá de toda duda*, que el servidor judicial efectivamente conocía esta fluctuación normativa.

3 GAITÁN, BERNARDO, (1954). “Notas previas para el estudio del derecho procesal penal”, en: *Vniversitas*, V.7, 45 – 51, p. 46 y Gaitán, Bernardo (1958). *Esquema de derecho procesal penal colombiano*, Bogotá: Temis, p. 2.

Para finalizar, importante advertir que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2014, ha incorporado un elemento subjetivo especial, diferente al dolo, que consiste en la “*voluntad intencionada de querer ejecutar un acto de corrupción*”⁴, pero este último no es autónomo y requiere la sumatoria del elemento normativo “manifiestamente contraria a la ley”, que no se vislumbra en el caso sub examine.

Empero, ante una posible duda en este sentido, lo procedente hubiese sido aplicar el principio indubio pro reo. Esto no conllevaría a una situación de impunidad, ya que como se anticipó al comienzo de este comentario, el comportamiento corrupto fue sancionado y adecuado típicamente al delito de concusión, siendo confirmada esta decisión en segunda instancia.

4 Sobre el tema ver ALVAREZ A., J., & RAMIREZ JARAMILLO, S. (2016). “La nueva interpretación del delito de prevaricato por acción de funcionarios judiciales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”. *Nuevo Foro Penal*, 12 (86), 258-263. <https://doi.org/10.17230/nfp.12.86.12>.