

República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala Especial de Primera Instancia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA**

**JORGE EMILIO CALDAS VERA**  
**Magistrado Ponente**

**AEP 118-2020**

**Radicación N° 00235**

**Aprobado mediante Acta No.85**

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de octubre de dos mil veinte  
(2020)

**ASUNTO**

La Sala se pronuncia sobre la solicitud de preclusión por *la existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal*, conforme al numeral 2 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con el numeral 10 del artículo 32 de la Ley 599 del 2000, presentada por la Fiscal Novena Delegada ante la Corte Suprema de Justicia en favor de GLORIA LIGIA CASTAÑO DUQUE y ANTONIO MARÍA TORO RUIZ, Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de

Distrito Judicial de Manizales, dentro de la indagación que por el delito de prevaricato por acción se adelanta en su contra.

### **ANTECEDENTES**

Para posibilitar el entendimiento de los hechos que motivaron la investigación contra los Magistrados GLORIA LIGIA CASTAÑO DUQUE, ANTONIO MARÍA TORO RUIZ y JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS, se estima prudente referir con antelación que:

Mediante noticia criminal de 1° de noviembre de 2013, el menor MATEO MARÍN GUTIÉRREZ, junto con su madocore, señora ROSITA GUTIÉRREZ CASTAÑO, denunciaron al joven DAVID RAMÍREZ AMAYA por el presunto delito de secuestro simple. En audiencia preliminar celebrada el 10 de marzo de 2014, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Villamaría (Caldas) se legalizó la captura de DAVID RAMÍREZ AMAYA “ *a quien se le formularon cargos por el delito de secuestro agravado con circunstancias de atenuación punitiva. ( Art 168, 170 No 1, y 171 del C.P), cargos que fueron aceptados por el procesado*”<sup>1</sup> dentro del proceso 170016000256201303201.

El 7 de abril de 2014 fue realizada la audiencia de individualización de la pena ante el Juzgado tercero penal del Circuito de Manizales, en la que se verificó el allanamiento voluntario por el delito antes mencionado. Sin embargo, a

---

<sup>1</sup> Según auto del 17 de junio del 2014 proferido por el Juzgado tercero penal del circuito de Manizales. Cuaderno pruebas fiscalía folio 8 a 14.

través de auto de 17 de junio de 2014, dicho despacho judicial decretó la nulidad de lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación. Decisión que fue apelada por parte de la Fiscalía.

Así las cosas, la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Manizales, integrada por los Magistrados GLORIA LIGIA CASTAÑO DUQUE, ANTONIO MARÍA TORO RUIZ y JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS, por medio de auto de segunda instancia de 8 de agosto de 2014, revocó la decisión que anulaba la actuación y aprobó el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el señor DAVID RAMÍREZ AMAYA.

El 3 de septiembre de 2014 el Juzgado tercero penal del circuito de Manizales condenó al señor DAVID RAMÍREZ AMAYA a la pena de 8 años de prisión, multa de 400 smlmv e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual a la sanción aflictiva *“como autor responsable de la conducta punible de secuestro simple con circunstancias de agravación y atenuación punitiva que describe y sanciona el Código Penal en su libro segundo, título tercero, capítulo dos, artículos 168, 170 numeral 1 y 171”*<sup>2</sup>, fallo que fue apelado por la defensa técnica.

En consecuencia, mediante providencia de 10 de diciembre de 2014, la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales resolvió el recurso de apelación confirmando el fallo condenatorio de primera instancia, pero ordenando su

---

<sup>2</sup> Según sentencia de primera instancia proferida el 3 de septiembre de 2014 por el juzgado tercero penal del circuito de Manizales. Cuaderno pruebas fiscalía folio 33 a 42.

modificación *“en el sentido que las penas que ha de purgar son: i. prisión de (6) años ii. multa de 300 smlmv y iii. Interdicción en derechos y funciones publicas por (6) años.”*<sup>3</sup>

## HECHOS

El señor CÉSAR AUGUSTO FERNÁNDEZ VEGA<sup>4</sup> denunció el 21 de diciembre de 2015, mediante derecho de petición, a los Magistrados JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS, ANTONIO MARÍA TORO RUIZ Y GLORIA LIGIA CASTAÑO DUQUE, miembros de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, por el presunto delito de prevaticato por acción al desconocer en sentencia de segunda instancia de 10 de diciembre de 2014 el parágrafo del artículo 170 del Código Penal, norma que, según el ente investigador, *“hace extensivas las circunstancias de agravación al delito de secuestro simple. De manera que, al desconocer la agravante, redosificar la pena y reducirla se contrariaron los principios de legalidad y taxatividad”*.

Cabe señalar, además que dicha providencia tuvo por Magistrado Ponente al doctor JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS, dentro del radicado 170016000256201303201 adelantado en contra del señor DAVID RAMÍREZ AMAYA por el delito de secuestro simple.

---

<sup>3</sup> Según sentencia de segunda instancia proferida el 10 de diciembre de 2014 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Manizales. Cuaderno de pruebas fiscalía folio 43 a 61.

<sup>4</sup> De quien se desconoce el vínculo que tenga en el proceso.

Ante este escenario, expuso además el ente acusador en audiencia de preclusión celebrada el pasado 20 de febrero, que en la providencia denunciada como prevaricadora, la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales *“consideró que la agravante prevista en el N° 1 del artículo 170 del Código Penal, ser la víctima menor de edad, era una impropiedad en que había incurrido la fiscalía al momento de formular la imputación como el juez de instancia en el momento de individualizar la pena. Según el tribunal, dicha norma se encuentra prevista para el secuestro extorsivo y los cargos respondían a una conducta de secuestro simple, de manera que, irrespetó el mandato de taxatividad de los tipos penales. En tal virtud, el tribunal confirmó el fallo de condena, pero redujo las penas de prisión a 6 años de multa 300smlmv, interdicción de derechos y funciones públicas a 6 años.”*

Por último, el 5 de septiembre de 2017 el doctor José Fernando Reyes Cuartas tomó posesión como Magistrado de la Corte Constitucional.

### **ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES**

1. Por los hechos mencionados, el señor CÉSAR AUGUSTO FERNÁNDEZ VEGA el 21 de diciembre de 2015 radicó denuncia anexando como pruebas: copia de sentencia N° 112 proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Manizales el 3 de septiembre de 2014 y copia de sentencia de segunda instancia proferida el 10 de diciembre de 2014 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales . Ambas dentro del radicado 170016000256201303201.

2. El 15 de septiembre de 2017, la Fiscalía Novena Delegada ante esta Corporación, compulsó copias a la comisión de acusaciones de la Cámara de Representantes en razón del fuero que ostenta el Magistrado de la Corte Constitucional JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS. La Fiscalía General de la Nación conservó la competencia respecto de los Magistrados GLORIA LIGIA CASTAÑO DUQUE y ANTONIO MARÍA TORO RUIZ.

3. El 31 de octubre de 2019 la Fiscal Novena Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, elevó solicitud de preclusión en favor de los indiciados GLORIA LIGIA CASTAÑO DUQUE y ANTONIO MARÍA TORO RUIZ, bajo la causal 2ª del artículo 332 de la ley 906 de 2004, en concordancia con el numeral 10 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000.

4. El 20 de febrero de 2020 fue realizada la audiencia de preclusión de la investigación, presidida por el Honorable Magistrado Ariel Augusto Torres Rojas, quien convocó a las partes e intervinientes para el día 30 de abril de la misma calenda, para dar a conocer la decisión que se adopte sobre la solicitud de preclusión.

5. El 27 de abril de 2020 los indiciados GLORIA LIGIA CASTAÑO DUQUE y ANTONIO MARÍA TORO RUIZ, solicitaron aplazar la sesión de audiencia de lectura de decisión ante la imposibilidad de desplazarse por la emergencia sanitaria en que se encontraba el país.

6. A través de auto de 27 de abril de 2020 el Honorable Magistrado Ariel Augusto Torres Rojas, informó a las partes e intervinientes que la realización de las audiencias se estaba desarrollando de manera virtual en coordinación con el CENDOJ, por lo tanto el motivo aludido no justificaba el aplazamiento de la audiencia, sin embargo, la Sala por reorganización de la agenda de audiencias virtuales ya había decidido aplazarla, fijando como nueva fecha el 21 de mayo del año en curso.

7. El 6 de mayo de 2020 el Honorable Magistrado Ariel Augusto Torres Rojas, aplazó la audiencia de continuación de preclusión a causa de las variaciones que había tenido la agenda de la Sala, señalando como nueva fecha el 13 de julio de 2020.

8. Por auto de 25 de junio de 2020 se dispuso el reparto de un Conjuez que integre la Sala, como quiera que los Magistrados integrantes de la misma presentaron posturas diferentes sobre la decisión a proferir en el presente asunto.

9. El 25 de junio 2020 se indicó que el doctor FABIO IVÁN REY NAVAS fue sorteado como Conjuez dentro del referido proceso.

10. El 6 de julio de 2020 fue derrotada la ponencia presentada por el Honorable Magistrado Ariel Augusto Torres Rojas. De conformidad con lo establecido por el inciso sexto del acuerdo 12 de octubre 10 de 2018 pasó el proceso al despacho del Honorable Magistrado Jorge Emilio Caldas Vera.

11. Mediante auto de 7 de Julio de 2020, el Honorable Magistrado Jorge Emilio Caldas Vera aplazó la diligencia que se encontraba programada para el 13 de julio del año en curso, al ser necesario el estudio de la solicitud para proferir la nueva decisión.

### **FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN DE PRECLUSIÓN**

Durante audiencia de preclusión celebrada el 20 de febrero del año en curso, la Fiscal Novena Delegada ante esta Colegiatura precisó que la preclusión se depreca durante el trámite de indagación y tiene por fundamento lo dispuesto en los artículos 331 y 332 numeral 2° de la Ley 906 de 2004, en concordancia con el numeral 10 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000.

Al analizar el tipo penal de prevaricato por acción, abordó el examen de sus elementos estructurales, destacando la calidad de Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales<sup>5</sup>, ostentada por los procesados y el ejercicio de sus funciones al emitir la sentencia de segunda instancia de 10 de diciembre de 2014 bajo el radicado 2013-03201<sup>6</sup>.

Frente al aspecto manifiestamente contrario a la ley, luego de narrar detallada y cronológicamente el trámite surtido dentro del radicado 170016000256201303201, así como los promenores fácticos que rodearon el evento objeto de

---

<sup>5</sup> Mediante actas de posesión N° 1445 de 31 de mayo de 2004 y N° 0017 del 28 de febrero de 2005, cuaderno pruebas fiscalía folio 1 a 4.

<sup>6</sup> Cuaderno pruebas fiscalía folio 6 a 61.



investigación, resalta lo manifestado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales en auto de segunda instancia de 8 de agosto de 2014, en el que se consignó: “ *El juez deberá tener en cuenta que la víctima es un menor de edad, examinar si comparece la atenuante del art. 171 CP, así como las prohibiciones que consagran el C. de la I y la A, así como la ley 1121 de 2006 y 1709 de 2014, entre otras cuestiones*”.

Concluye que de ello se evidencia el conocimiento que tenían los Magistrados sobre la calidad de menor de edad de la víctima y el interés de que las normas sobre tal condición fueran acatadas, lo que pone en evidencia la abierta y notoria contrariedad entre la ley y la decisión proferida, pues en las decisiones de la corporación integrada por los investigados, tanto en el auto como en la sentencia de segunda instancia, ninguna mención hicieron respecto del parágrafo del artículo 170 de la Ley 599 de 2000.

Añadió que sobre el elemento subjetivo del prevaricato por acción, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló en providencia de 10 octubre de 2018 dentro del radicado 51585 “*que se trata de un delito esencialmente doloso*” y en el mismo sentido en sentencia SP 3071 de 2019 radicado 49331 de 6 de agosto de 2019, consideró con relación a la tipicidad subjetiva que “*el prevaricato únicamente fue consagrado por el legislador en la modalidad dolosa lo que supone el entendimiento por parte del sujeto activo sobre la manifiesta ilegalidad de su actuación y la determinación consciente de realizarlo de esa manera*”.

En ese contexto, afirmó que *“la conducta de los magistrados no responde a un actuar caprichoso ni a una determinación conciente de desobedecer el derecho, sino que se trata de una actuación descuidada y negligente. Ello es así, si se tiene en cuenta que de ninguna manera quisieron obviar la condición real que ostentaba la víctima como menor de edad, por ello se estima que hubo un proposito sano de ajustar la decisión a la legalidad y no de contrariar el ordenamiento jurídico”*. Concluye así que la decisión manifiestamente contraria a derecho se origina en una lectura descuidada y ligera del artículo 170 sustantivo penal al desconocer que los agravantes allí previstos para el delito extorsivo, también lo eran para el simple a voces del párrafo por ellos pretermitido, sin que tal proceder se repunte como un acto arbitrario orientado a beneficiar al condenado, pues de haber perseguido tal propósito, habrían confirmado la nulidad decretada por la primera instancia en lugar de revocarla como en efecto lo dispusieron los miembros de la Sala.

De esta manera, se muestra acorde con el interrogatorio rendido por la indiciada GLORIA LIGIA CASTAÑO DUQUE, quien señaló que el desconocimiento de la existencia del párrafo se debió no solo a la forma en que se encuentra redactado el artículo 170 (ídem) sino también a la manera en que es abordado el asunto en la codificación, al consagrar en el artículo 168 el delito de secuestro simple, en el canon 169 el secuestro extorsivo y seguidamente las circunstancias de

agravación, iniciando por el secuestro extorsivo. A ello le sumó las altas cargas laborales que se manejan en el tribunal.<sup>7</sup>

Por su parte, el doctor ANTONIO MARÍA TORO RUIZ indicó que *“en la práctica desconocimos la existencia de ese parágrafo en los términos en que está concebido, pero entonces no fue un criterio como tal sino un simplemente pasar por alto una norma que pensábamos que no existía”*<sup>8</sup>.

Agregó la delegada del ente persecutor que en este caso *“una lectura integral y armónica del art 170 era suficiente para determinar que los agravantes le eran aplicables no solo al secuestro extorsivo sino también al secuestro simple, además el rol de magistrado al que pocos juristas logran acceder demanda exigencia en el ejercicio de la profesión siendo exigible actualizar sus conocimientos para emitir una decisión correcta. Sin embargo, al tratarse de un error vencible, la conducta solo es punible cuando se hubiere previsto como culposa conforme al numeral 10 del art 32, y dado que el delito de prevaricato por acción no contempla dicha modalidad, el actuar de los aforados denunciados no es punible”*<sup>9</sup>.

Confirmó entonces la Fiscalía la ausencia de dolo en el comportamiento de los funcionarios, pues los mismos no creyeron proferir una decisión contraria al ordenamiento jurídico sino que obraron con la convicción de que el agravante

---

<sup>7</sup> Audiencia de preclusión, celebrada el 20 de febrero de 2020, récord 30:30

<sup>8</sup> Audiencia de preclusión, celebrada el 20 de febrero de 2020, récord 30:03

<sup>9</sup> Audiencia de preclusión, celebrada el 20 de febrero de 2020, récord 40:22

aplicaba únicamente al secuestro extorsivo, a lo cual se suman determinadas circunstancias exógenas constatadas por la Fiscalía, como la alta carga laboral de los magistrados<sup>10</sup> y las actividades que desarrollaba la doctora GLORIA LIGIA CASTAÑO a cargo de la presidencia del Tribunal Superior de Manizales<sup>11</sup>, circunstancias que incidieron en la decisión adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales.

Por lo tanto, concluyó el ente acusador que se trata de un error de tipo vencible, figura jurídica que la Sala de Casación Penal en sentencia de 6 de julio de 2005, emitida dentro del radicado 22299 definió como *“aquella falsa representación que el autor habia podido evitar o superar si hubiere podido colocar el esfuerzo, el ejercicio representativo a su alcance y que le era exigible, es decir, el error que le era dado superar atendiendo a las condiciones de conocimiento, oportunidad y demas circunstancias temporo-espaciales que rodearon el hecho”*.

Indicó entonces, que en este caso *“una lectura integral y armonica del art 170 era suficiente para determinar que los agravantes le eran aplicables no solo al secuestro extorsivo sino tambien al secuestro simple, ademas el rol de magistrado al que poco jurista logra acceder demanda exigencia en el ejercicio de la profesion siendo exigible actualizar sus concomientos para emitir una decision correcta. Sin embargo, al tratarse de un error vencible, la conducta solo es punible cuando se hubiere previsto como culposa conforme al numeral 10 del art 32, y dado que el*

---

<sup>10</sup> Según certificado de 18 de septiembre de 2019 suscrito por la Dra Valentina Rios Gonzales, cuaderno pruebas fiscalía folio 133 y 134.

<sup>11</sup> cuaderno pruebas fiscalía folio 135 a 141.

*delito de prevaricato por acción no contempla dicha modalidad, el actuar de los aforados denunciados no es punible”.*

### **APODERADO DE LA DIRECCIÓN EJECUTIVA**

Luego de reconocer las labores investigativas, manifestó apoyar la solicitud del órgano persecutor pero por la causal 4 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, al considerar que conforme a distintos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, aparte del elemento subjetivo del dolo se requiere probar la finalidad corrupta por parte del funcionario que profirió la decisión, por lo que, respaldado en la jurisprudencia y en los elementos materiales de prueba, estimó que dicha finalidad “*brilla por su ausencia*”.

### **APODERADA DE LA INDICIADA GLORIA LIGIA CASTAÑO DUQUE**

Compartió los razonamientos presentados por la Fiscalía, señalando que se encuentra acreditada la ausencia del elemento configurativo del dolo, lo que ubica el asunto bien en la atipicidad o en el error, sendas por las cuales se configura una causal de preclusión que pone fin a la actuación.

Luego de un recuento acerca de las normas previstas en la Ley 599 del 2000 que gobiernan el caso, concluyó que existe una falencia en la técnica legislativa, manifestando que el capítulo segundo, título tercero se halla redactado de una manera particular, circunstancia que influyó en el error cometido por los funcionarios. Indicó, además que, al examinar

los archivos de la Sala Penal del Tribunal de Manizales, no se encontraron en los últimos años procesos de secuestro simple contra menores, concluyendo de esa manera que la norma no era conocida por los funcionarios. A ello le sumó la elevada carga laboral, específicamente para el año 2014, al punto que se hizo necesario el nombramiento de dos magistrados de descongestión.

**APODERADO DEL INDICIADO ANTONIO MARÍA TORO  
RUIZ**

Coadyuvó a la solicitud de preclusión al considerar fundamentada la exposición del ente investigador, mencionando además la compleja labor que asumen los Magistrados y Jueces del país, tarea que se dificulta sobre todo en materia penal a causa de la expedición de las últimas tres codificaciones, en las que el doctor ANTONIO MARÍA TORO RUIZ ha laborado como operador jurídico.

Expuso que en el código de 1980 el delito de secuestro simple, secuestro extorsivo y sus respectivas circunstancias de agravación y atenuación, estaban regulados desde el artículo 268 al 271. Mientras que en la Ley 599 de 2000 fueron modificadas por la Ley 733 de 2002 adicionado 16 causales de agravación.

Seguidamente destacó la deficiente técnica legislativa en el tema del delito de secuestro y sus agravantes, así como la alta carga laboral de los funcionarios.

Añadió que la inestabilidad legislativa que aqueja el país, ante las continuas reformas procedimentales y jurisprudenciales, son las que favorecen la posibilidad de incurrir en errores como el que suscitó el presente caso, sin que ello remita al campo del dolo.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Conforme con el Acto Legislativo 01 de 2018, modificadorio de los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política, así como el canon 250-5 idem, en armonía con el artículo 32 numeral 6° de la Ley 906 de 2004, esta Sala Especial de Primera Instancia es competente para conocer de la solicitud de preclusión elevada por la Fiscal Novena Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en favor de GLORIA LIGIA CASTAÑO DUQUE Y ANTONIO MARÍA TORO RUIZ, Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Manizales.

De acuerdo con el artículo 250 de la Constitución Política, la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar las investigaciones que revistan las características de un delito. En consecuencia, no puede suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, excepto cuando se trate de aplicar el principio de oportunidad. A su vez, podrá solicitar ante el Juez de conocimiento la preclusión de la investigación cuando encuentre que no hay “*mérito para acusar*”, esto es, cuando se configure alguna de las causales previstas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

En ese mismo sentido, los artículos 331 y 332 de la normativa señalada, acorde con lo expuesto en la sentencia C-591 de 2005, prevén las oportunidades para realizar tal solicitud, entre ellas, en la fase de investigación, en la cual es potestad exclusiva del ente acusador reclamar al Juez de conocimiento la preclusión de la investigación por cualquiera de las causales previstas en la referida norma, salvo la condición habilitante dispuesta por el parágrafo del mismo canon 332 aludido.

Debe recordarse que, de conformidad con el numeral 5° del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el 3° del Acto Legislativo 01 de 2018, corresponde a la Corte Suprema de Justicia:

*“Juzgar, a través de la Sala Especial de Primera Instancia, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación, o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, al Vicepresidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales, Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y jefe de misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen”* (subraya fuera de texto).



Así las cosas, encontrándose la actuación en la fase de indagación la Fiscalía está habilitada para solicitar la preclusión en favor de los indiciados GLORIA LIGIA CASTAÑO DUQUE y ANTONIO MARÍA TORO RUIZ, advertida la calidad que ostentan como Magistrados del Tribunal Superior de Manizales<sup>12</sup>.

Ahora, al tenor de lo normado por el artículo 334 del estatuto procesal de 2004, una vez en firme la decisión que decreta la preclusión *“CESARÁ con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos”*, consecuencia que reclama que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera cierta o, lo que es igual, que respecto de la misma no exista duda o posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo (CSJ AP, 24 jun. 2008, Rad. 29344; CSJ AP, 27 sept. 2010, Rad. 34177; y CSJ AP, 24 jul. 2013, Rad. 41604)<sup>13</sup>.

### **DEL DELITO DE PREVARICATO POR ACCIÓN**

El artículo 413 del Código Penal describe el delito de prevaricato por acción de la siguiente manera:

*“El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de...”*

---

<sup>12</sup> Mediante actas de posesión N° 1445 de 31 de mayo de 2004 y N° 0017 del 28 de febrero de 2005, cuaderno pruebas Fiscalía folio 1 a 4.

<sup>13</sup> CSJ AP, 18 de junio de 2014, Rad. 43797.

De acuerdo con el citado precepto, se requiere para su estructuración la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- i. Un sujeto activo calificado, que en este caso corresponde a los servidores públicos investigados.
- ii. Que emita en ejercicio de sus funciones una resolución, dictamen o concepto, entendiéndose como tal, cualquier acto administrativo o providencia judicial.
- iii. Que su contenido sea “manifiestamente contrario a la ley”, esto es, que se infrinja de manera clara, notoria y ostensible el ordenamiento jurídico producto del arbitrio o capricho del funcionario.

Respecto a este último elemento, ha precisado la Sala de Casación Penal:

*«cuando las decisiones se sustraen sin argumento alguno al texto de preceptos legales claros y precisos, o cuando los planteamientos invocados para ello no resultan de manera razonable atendibles en el ámbito jurídico, verbi gratia, por responder a una palmaria motivación sofisticada grotescamente ajena a los medios de convicción o por tratarse de una interpretación contraria al nítido texto legal»<sup>14</sup>.*

En cuanto al elemento subjetivo, es decir la voluntad y la conciencia del actuar, se ha sostenido que se trata de un comportamiento delictivo que solo admite la modalidad dolosa,

---

<sup>14</sup> CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 43.413. En el mismo sentido CSJ SCP, 15 de agosto de 2018, Rad. 50620.

dado que la culpa y la preterintención, conforme con el artículo 21 de la Ley 599 de 2000, solo son punibles en los casos señalados de manera expresa por la ley. En consecuencia, el delito de prevaricato por acción solo se configura cuando se acredite que el sujeto activo obró con conocimiento de la ilicitud y con la voluntad de ejecutarlo.<sup>15</sup>

A su vez, esta figura punible ha sido concebida como un tipo penal de mera conducta, instantáneo o de simple actividad, pues para su configuración es suficiente *“que se profiera una resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, sin que se exija la ejecutoria de aquella, pues con el solo proferimiento se realiza el tipo y se vulnera la norma”* (CSJ SP, 15 Nov 2001, Rad. 14040).<sup>16</sup>

### **DEL CASO CONCRETO**

La Fiscalía solicita la preclusión con fundamento en el numeral segundo del artículo 332 del código procesal de 2004, ante la existencia de una causal excluyente de responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal, en concordancia con el numeral 10° el artículo 32 de la ley 599 de 2000.

En relación con el punible de prevaricato por acción, la Fiscal Novena Delegada admite que la tipicidad objetiva está absolutamente estructurada. En tal sentido, señala:

---

<sup>15</sup> CSJ AP, 3 abr. 2019, rad 53954.

<sup>16</sup> En igual sentido SP7625 de 2015, rad. 43390

*“tres entonces son los elementos básicos de la estructura objetiva de la conducta: la calidad de servidor público, la competencia funcional a partir de la cual se profiere la resolución, dictamen o concepto y que el acto resulte manifiestamente contrario a la ley. Frente a los dos primeros, la Fiscalía aporta las evidencias relacionadas con la calidad foral y la calidad de magistrado del Tribunal Superior de Manizales de los doctores Gloria Ligia y Antonio Toro, se aporta el acta de posesión en el cargo y el certificado de vinculación laboral, y conforme a la competencia, pues en ejercicio de las funciones profirieron la sentencia de segunda instancia con fecha de 10 de diciembre del 2014 dentro del proceso radicado 20130320102 contra David Ramírez Amaya(...) mediante providencia de 10 de diciembre de 2014 confirmó la condena y modificó el quantum de las penas impuestas al considerar que no era procedente aplicar la circunstancia de agravación prevista en el art 170 numeral 1 (...)efectuó la dosificación punitiva y el tribunal modifica la pena y la reduce para imponer la pena de 6 años de prisión multa de 300 salarios e inhabilidad en el ejercicio de derechos públicos por 6 años. Esa es la providencia que se predica manifiestamente contraria a la ley. (...) en el presente caso existe una clara contrariedad entre la ley y la providencia objeto de indagación”*

Sin embargo, declara que la preclusión es procedente porque el delito de prevaricato por acción es exclusivamente doloso y a su juicio, los Magistrados obraron bajo una conducta descuidada y negligente, configurándose de esta manera un error de tipo vencible y dado que el delito de prevaricato por acción no admite la modalidad culposa, el comportamiento denunciado no es punible.

Pues bien, examinada la actuación junto con las evidencias aportadas por la Fiscalía, la Sala observa que respecto de la tipicidad objetiva del prevaricato por acción se encuentra acreditado que los investigados GLORIA LIGIA CASTAÑO DUQUE y ANTONIO MARÍA TORO RUIZ como Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales<sup>17</sup>, profirieron en el ejercicio de sus funciones el 10 de diciembre de 2014 dentro del radicado 170016000256201303201<sup>18</sup>, sentencia de segunda instancia en la que inaplicaron el parágrafo del art 170 de la Ley 599 de 2000.

En lo atinente al tercer elemento, consistente en que la decisión sea “manifiestamente contraria a la ley”, al revisar la sentencia de segundo grado que es objeto de cuestionamiento como prevaricadora, se advierte que los Magistrados GLORIA LIGIA CASTAÑO DUQUE y ANTONIO MARÍA TORO RUIZ al momento de resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo que condenó a DAVID RAMÍREZ AMAYA “*como autor responsable de la conducta punible de secuestro simple con circunstancias de agravación y atenuación punitiva que describe y sanciona el Código Penal en su libro segundo, título tercero, capítulo dos, artículos 168, 170 numeral 1 y 171*”<sup>19</sup>, indicaron que:

---

<sup>17</sup> Mediante actas de posesión N° 1445 de 31 de mayo de 2004 y N° 0017 del 28 de febrero de 2005, cuaderno pruebas fiscalía folio 1 a 4.

<sup>18</sup> Cuaderno pruebas fiscalía folio 6 a 61. Así como certificado de 18 de septiembre de 2019 suscrita por la Dra Valentina Rios Gonzáles, secretaria de la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales. Cuaderno pruebas fiscalía folio 142.

<sup>19</sup> Sentencia de primera instancia proferida el 3 de septiembre de 2014 por el juzgado tercero penal del circuito de Manizales. Cuaderno pruebas fiscalía folio 33 a 42.

*“La señora juez a quo de la mano de la Fiscalía cargaron a RAMÍREZ, la agravante 1 del art 171 CP. Empero, dicha norma dice que la pena señalada para el secuestro extorsivo será de... con lo cual se ha caído en impropiedad, pues, si los cargos elevados lo fueron por secuestro simple, no se ve cómo pueda achacarse una agravante prevista por el legislador para los secuestros extorsivos. Ello irrespeta el mandato de taxatividad de los tipos penales.*

*Así las cosas, la pena será de prisión de seis 6 años y la multa de trescientos 300 smlmv. En seis años se tasa también la accesoria de inhabilitación general.”*

Resolviendo la Corporación de la siguiente manera:

*“CONFIRMA el fallo de la fecha, naturaleza y procedencia anotadas, pero la modifica en el sentido que las penas que ha de purgar son i. prisión de (6) años ii. multa de 300 smlmv y iii. Interdicción en derechos y funciones públicas por (6) años.”<sup>20</sup>*

En cuanto a las circunstancias de agravación punitiva que se constituyen en el centro del debate, el artículo 170 sustantivo penal señala:

**“ARTICULO 170. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA.** La pena señalada para el secuestro extorsivo será de cuatrocientos cuarenta y ocho (448) a seiscientos (600) meses y la multa será de seis mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (6666.66) a cincuenta mil (50000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin superar el

---

<sup>20</sup> Sentencia de segunda instancia proferida el 10 de diciembre de 2014 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Manizales. Cuaderno de pruebas fiscalía folio 43 a 61.

*límite máximo de la pena privativa de la libertad establecida en el Código Penal, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias.*

*1. Si la conducta se comete en persona discapacitada que no pueda valerse por sí misma o que padezca enfermedad grave, o en menor de dieciocho (18) años, o en mayor de sesenta y cinco (65) años, o que no tenga la plena capacidad de autodeterminación o que sea mujer embarazada.*

*2. Si se somete a la víctima a tortura física o moral o a violencia sexual durante el tiempo que permanezca secuestrada.*

*3. Si la privación de la libertad del secuestrado se prolonga por más de quince (15) días.*

*4. Si se ejecuta la conducta respecto de pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre.*

*5. Cuando la conducta se realice por persona que sea servidor público o que sea o haya sido miembro de las fuerzas de seguridad del Estado.*

*6. Cuando se presione la entrega o verificación de lo exigido con amenaza de muerte o lesión o con ejecutar acto que implique grave peligro común o grave perjuicio a la comunidad o a la salud pública.*

*7. Cuando se cometa con fines terroristas.*

8. Cuando se obtenga la utilidad, provecho o la finalidad perseguidos por los autores o partícipes.

9. Cuando se afecten gravemente los bienes o la actividad profesional o económica de la víctima.

10. Cuando por causa o con ocasión del secuestro le sobrevengan a la víctima la muerte o lesiones personales.

11. Si se comete en persona que sea o haya sido periodista, dirigente comunitario, Defensor de Derechos Humanos, miembro de una organización sindical **legalmente reconocida**, política, étnica o religiosa o en razón de ello.

12. Si la conducta se comete utilizando orden de captura o detención falsificada o simulando tenerla.

13. Cuando la conducta se comete total o parcialmente desde un lugar de privación de la libertad.

14. Si la conducta se comete parcialmente en el extranjero.

15. Cuando se trafique con la persona secuestrada durante el tiempo de privación de la libertad.

16. En persona internacionalmente protegida diferente o no en el Derecho Internacional Humanitario y agentes diplomáticos, de las señaladas en los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia.

**PARÁGRAFO.** Las penas señaladas para el secuestro simple, se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando concurriere alguna de las circunstancias anteriores, excepto la enunciada en el numeral 11. (subrayas fuera de texto)



En estas condiciones, es evidente que a causa de la inaplicación del parágrafo, que hace extensivas las circunstancias de agravación al delito de secuestro simple, se constituyó una decisión manifiestamente contraria a la ley, violentando de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma.

La anterior conclusión se hace más evidente si se tiene en cuenta que el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Manizales destacó que los hechos por los cuales se adelantó el trámite procesal en contra de DAVID RAMÍREZ AMAYA y que dieron lugar a la adecuación en el delito de secuestro simple con circunstancia de agravación y atenuación se concretan en los siguientes:

*“dicho acontecer se materializó sobre un menor de 18 años, pues es claro que el señor MATEO MARÍN GUTIÉRREZ nació el 2 de septiembre de 1996. Igualmente se presentó una circunstancia de atenuación punitiva, pues el joven fue liberado la misma noche de su retención.”*<sup>21</sup> (subraya fuera de texto)

Por lo tanto, para la Sala es concluyente la presencia de la tipicidad objetiva de la conducta punible de prevaricato por acción, prevista en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, por lo que, se procederá a definir si concurre el dolo como elemento cognoscitivo-intelectivo y volitivo indispensable para la comisión del injusto.

---

<sup>21</sup> Sentencia de primera instancia proferida el 3 de septiembre de 2014 por el juzgado tercero penal del circuito de Manizales. Cuaderno pruebas fiscalía folio 33 a 42.

## DE LA TIPICIDAD SUBJETIVA

El dolo<sup>22</sup> ha sido definido “*como la simbiosis de un conocer y un querer, que se ubica en la vertiente interna del sujeto, en su universo mental. En materia penal se dice que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización*”<sup>23</sup>. De tal forma que se encuentra conformado por dos componentes: uno cognoscitivo-intelectivo, el cual exige el conocimiento por parte del sujeto de que con su conducta, activa u omisiva, incurrirá en una infracción penal, conocimiento que comprende los elementos objetivos del tipo penal, y un elemento volitivo que implica que el sujeto quiera realizar los elementos constitutivos de la infracción penal.

En cuanto al delito de prevaricato por acción, como se indicó en el acápite anterior, se ha sostenido que se trata de un comportamiento delictivo que solo admite la modalidad dolosa. Así lo ha precisado la Corte al aseverar que, para condenar por esta modalidad delictiva “*resulta imprescindible comprobar que el autor sabía que actuaba en contra del derecho y que, tras ese conocimiento, voluntariamente decidió vulnerarlo.*”<sup>24</sup>

Igualmente se resalta que el proceder del agente no solo debe denotar con facilidad su manifiesta contrariedad con el orden jurídico, sino que además debe ser producto del capricho o arbitrio del agente delictivo.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Art. 22 C. Penal: “*La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización*”.

<sup>23</sup> CSJ SP, 25 agosto 2010, Rad. 32964.

<sup>24</sup> CSJ SP, 27 jul.2011, rad. 35656. En el mismo sentido AP554-2019 Rad 50077

<sup>25</sup> . CSJ SP1148-2018 Rad. 47188. En el mismo sentido CSJ SP1316-2019 Rad 54973

En esa medida, debe señalar la Sala que para el presente caso se descarta la tipicidad subjetiva en el entendido que la decisión calificada como prevaricadora no obedeció a un acto deliberado e intencional de transgredir el ordenamiento jurídico a aplicar, sino que, como bien lo precisó el ente investigador, obedeció a una actuación descuidada y negligente de los funcionarios.

Desde esa perspectiva, los doctores GLORIA LIGIA CASTAÑO DUQUE y ANTONIO MARÍA TORO RUIZ desde el primer momento en que conocieron el asunto, esto es, mediante el auto de segunda instancia de 8 de agosto de 2014, procuraron cerciorarse no solo de mantener la tipicidad de la conducta por secuestro simple, y no por la de constreñimiento ilegal como lo pretendió la defensa de DAVID RAMÍREZ AMAYA, sino que también reconocieron que la víctima era un menor de edad, por ello la clara intención de que fueran aplicadas de manera efectiva las normas correspondientes a los menores de edad a la hora de individualizar la pena por parte del Juzgado tercero penal del circuito, con la precisión incluso a modo de advertencia sobre la eventual improcedencia de cualquier beneficio para el acusado. Por consiguiente, ordenaron revocar la decisión que anulaba la actuación y aprobaron el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el procesado.

De haber tenido el interés de prodigar beneficios irregulares al imputado, contaban con un inmejorable escenario para direccionar su decisión respecto del auto impugnado, ante un panorama de invalidación del trámite

como el que percibió el *a quo*, pues en medio de la valoración de los elementos materiales probatorios aportados, se facilitaba parapetar un actuar objetivamente prevaricador de más difícil percepción del que en este momento afrontan.

Por ello no resulta cuando menos coherente pensar que en el actuar de los funcionarios investigados que ocupa la atención de la Sala, asista el conocimiento de que con su actuar estaba violando abiertamente la normativa penal, como tampoco que se haga necesario proseguir con una actuación investigativa, prohiendo eventuales tesis de dolo en el proceder de los magistrados, que como ha quedado visto, la lógica y la oportunidad descartan.

Continuando con el análisis del aspecto subjetivo, es importante destacar lo manifestado por la Sala en dicho auto:

*“Por ello para la Sala este evento se adecua de perfecta manera a la descripción comportamental abstracta del delito de secuestro, de la manera como fue imputado por la Fiscalía General de la Nación. No es apenas un constreñimiento ilegal, dada la anulación de la libertad locomotora ni menos como de manera osada lo dice la defensa, ¡apenas un asunto de policía!.(...) En efecto, el juez deberá tener en cuenta que la víctima es un menor de edad, examinar si comparece la atenuante del art. 171 CP, así como las prohibiciones que consagran el C. de la I y la A, así como la ley 1121 de 2006 y 1709 de 2014, entre otras cuestiones”<sup>26</sup>*

---

<sup>26</sup> Auto de segunda instancia proferida el 8 de agosto de 2014 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales. Cuaderno pruebas fiscalía folio 15 a 32.

Además, si bien la decisión del 10 de diciembre 2014 fue equivocada, se reitera que, la referida providencia no deriva del capricho ni del arbitrio de los investigados, sino de un absoluto desconocimiento del parágrafo del art 170 del Código Penal producto de una lectura vaga, errada e incompleta de la norma, constituyéndose entonces en una conducta negligente y descuidada.

Dicho desconocimiento se constata al observar que en las decisiones proferidas por los funcionarios dentro del radicado 170016000256201303201 nada mencionaron acerca de las circunstancias de agravación, a pesar de haber aludido a las normas aplicables frente a los menores de edad que resultaran víctimas del delito de secuestro.

Fue tal su laxitud en el examen normativo que no fáctico, a causa de la ligera observancia de la normativa que regenta el caso, que en la sentencia estimada como prevaricadora no solo pretermitieron la consagración y aplicación de los agravantes para el secuestro simple contenidos en el artículo 170 de la Ley 599 de 2000, sino que atribuyeron de manera equivocada las circunstancias de agravación al art 171 .

Así lo indicaron:

*“La señora juez a quo de la mano de la fiscalía cargaron a RAMÍREZ, la agravante 1 del art 171 CP. Empero, dicha norma dice que la pena señalada para el secuestro extorsivo será de... con lo cual se ha caído en impropiedad, pues, si los cargos elevados lo fueron por secuestro simple, no se ve cómo pueda achacarse una agravante prevista por el legislador*

*para los secuestros extorsivos. Ello irrespeto el mandato de taxatividad de los tipos penales*<sup>27</sup>. (subraya fuera de texto)

Por lo tanto, se itera, sin dificultad se observa que esa consideración no estuvo encaminada a favorecer al procesado DAVID RAMÍREZ AMAYA, pues de haber existido dicho propósito no habrían revocado la nulidad decretada por el Juzgado tercero, o en su defecto, habrían tipificado la conducta por constreñimiento ilegal, cuya pena es notablemente inferior a la del secuestro simple.

Así entonces, se trata de una decisión en la que no medió ningún propósito criminal, advirtiéndose el ánimo sano de ajustar la providencia al ordenamiento jurídico. De manera que, si bien su entendimiento fue equivocado, no por ello puede reputarse como un acto delictivo, esto es, dirigido conciente y voluntariamente a la violación del ordenamiento jurídico.

Ahora, en relación con las circunstancias que influyeron en la decisión adoptada por los funcionarios, se encuentra comprobado no solo la alta carga laboral de los magistrados<sup>28</sup> junto con las actividades que desarrollaba la doctora GLORIA LIGIA CASTAÑO como presidente del Tribunal Superior de Manizales<sup>29</sup>, como también la ausencia de procesos de secuestro simple con circunstancias de agravación, pues, al examinar los archivos de la Sala Penal del Tribunal Superior

---

<sup>27</sup> Sentencia de segunda instancia proferida el 10 de diciembre de 2014 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Manizales. Cuaderno de pruebas fiscalía folio 43 a 61.

<sup>28</sup> Según certificado de 18 de septiembre de 2019 suscrito por la Dra Valentina Rios Gonzales, cuaderno pruebas fiscalía folio 133 y 134.

<sup>29</sup> Cuaderno pruebas fiscalía. Folio 135 a 141

de Manizales se constató que no se conoció ningún proceso bajo esa temática para el periodo 2012 - 2014.<sup>30</sup>

En estas condiciones, de ninguna manera puede considerarse como típico subjetivamente el proceder de los doctores GLORIA LIGIA CASTAÑO DUQUE y ANTONIO MARÍA TORO RUIZ, luego, la conducta resulta ser atípica en su fase subjetiva al descartarse la existencia de alguna intención dolosa de desconocer la normativa jurídica aplicable. Por consiguiente, se trata de un auténtico y genuino error de tipo vencible previsto en el artículo 32 numeral 10 de la Ley 599 de 2000.

Bajo tales presupuestos, se estima innecesario ahondar en el despliegue de actos investigativos, cuando el recaudo hasta ahora conseguido demuestra con suficiencia la ausencia de dolo en el actuar de los funcionarios.

Dicho artículo dispone que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

*“Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa”.*(Subraya fuera de texto)

---

<sup>30</sup> Cuaderno pruebas fiscalía. Folio 64 a 132

Frente a este punto, ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, (CSJ-SP, 10 abr. 2013, Rad. 40116), al señalar:

*“(…) hace referencia al desconocimiento o conocimiento defectuoso de las circunstancias objetivas del hecho que pertenecen al tipo legal, con independencia de que estas tengan carácter fáctico, de naturaleza descriptiva (cosa, cuerpo, causalidad), o normativa, de esencia comprensiva (ajenidad, documento, funcionario)”<sup>31</sup>.*(Subraya fuera del texto)

Sobre el error de tipo vencible ha expresado la Sala de Casación Penal:

*“(…)Y, el error de tipo vencible es aquella falsa representación que el autor había podido evitar o superar si hubiere podido colocar el esfuerzo, el ejercicio representativo a su alcance y que le era exigible, es decir, el error que le era dado superar atendiendo a las condiciones de conocimiento, oportunidad y demás circunstancias temporo-espaciales que rodearon el hecho”<sup>32</sup>*

Ahora, en cuanto a las consecuencias jurídicas del error de tipo vencible cuando la conducta no haya sido prevista por la ley como culposa, se ha puntualizado que la misma al ser reconocida produce una atipicidad del comportamiento. De modo que, al acudirse a la preclusión, deberá ser deprecada bajo el numeral 4 del artículo 332 del estatuto procesal de

---

<sup>31</sup> En el mismo sentido CSJ- AP, 6 may. 2020, Rad 56235.

<sup>32</sup> CSJ SP, 6 jul. 2005, rad. 22299



2004. Así lo ha destacado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (CSJ AP554-2019, Feb. 20 de 2019, Rad. 50077), al señalar:

*“Huelga concluir que el único error de tipo que lleva a declarar ausencia de responsabilidad es el invencible, porque rechaza el dolo, pues no depende de la culpa o negligencia del agente, mientras que el error vencible en conducta dolosa implica la atipicidad subjetiva por ausencia de dolo, en la medida en que es un error que el autor había podido evitar si hubiese hecho el esfuerzo que le era exigible. El error vencible en delito culposos, de acuerdo a nuestra jurisprudencia, sí es punible.*

*De manera que, al configurarse el primer evento, procede la preclusión por la causal 2ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, de darse el segundo suceso, correspondería a la causal 4ª.”*

Bajo idéntico entendimiento se ha pronunciado esta Corporación en el entendido que lo procedente en estos casos no es adelantar el estudio de preclusión regidos por los presupuestos de la causal 2º, sino por los parámetros de la 4ª, porque la conducta sería culposa pero el tipo penal de prevaricato solo contempla la modalidad dolosa. En tal sentido señaló:

*“...si la atipicidad subjetiva surge de que la conducta del sujeto agente es negligente o descuidada pero no alcanza la modalidad dolosa que exige el tipo penal –el prevaricato, por ejemplo— en realidad no se está ante ninguno de los supuestos de exoneración de responsabilidad del artículo 32 del Código Penal, por lo que no es correcto invocar la causal segunda de preclusión que remite a esa norma. El motivo atinado de preclusión en estos eventos será la causal cuarta por atipicidad del hecho investigado (subjetiva, porque el problema radica en la ausencia de dolo*

*pero no por un error –convicción errada— sino porque la conducta es culposa y el tipo penal la exige dolosa)*”.<sup>33</sup>

Desde esa perspectiva, y para el caso en concreto, resulta legítimo establecer que los doctores GLORIA LIGIA CASTAÑO DUQUE y ANTONIO MARÍA TORO RUIZ obraron bajo un error de tipo vencible al guiarse por una percepción falsa de la realidad normativa de la Ley 599 de 2000, puntualmente del Art 170 (ídem), a causa de una lectura vaga y ligera del Libro Segundo, título III, Capítulo dos, artículos 168, 169 y 170 (ídem), constituyéndose de esta manera en una conducta negligente y descuidada por parte de los funcionarios, llevándolos a incurrir en el ingrediente normativo “manifiestamente contrario a la ley” al inaplicar y desconocer el párrafo del artículo aludido, cuyo contenido hace extensivo las circunstancias de agravación al delito de secuestro simple. Sin embargo, se resalta que con una lectura integral y detenida le era suficiente a los funcionarios para superar el error en que habían incurrido.

En resumen, luego de un análisis detallado la Sala arriba a la conclusión que se logró acreditar que los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Manizales emitieron la sentencia de segunda instancia bajo el desconocimiento de la norma que debía aplicarse al caso, sin que se advierta en su proceder un interés caprichoso, intencional o corrupto, lo que descarta el dolo en su obrar por el ingrediente subjetivo que conforma tal modalidad de comisión de la conducta punible.

---

<sup>33</sup> CSJ AEP0019-2020, Rad. 00015 de febrero 25 de 2020.

En consecuencia, atendiendo los presupuestos normativos y jurisprudenciales expuestos en los acápites anteriores, y al no prever nuestra legislación el prevaricato por acción bajo la modalidad culposa, la Sala establece procedente la preclusión solicitada por la Fiscalía Novena Delegada, pero por la senda de la causal 4 del art 332 de la Ley 906 de 2004.

En tal medida, conviene recordar que si el ente investigador alude una causal pero los elementos materiales de prueba acreditan otra, es permitido precluir, puesto que *“la pretensión no puede ser desechada o respondida negativamente sólo porque el funcionario se equivocó en la postulación de la causal, pues, sólo basta con que se verifique si esos hechos, las pruebas que los respaldan y el argumento jurídico, se corresponden o no con alguna de las varias causales consagradas en la norma.”*<sup>34</sup>

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA,

## **R E S U E L V E**

**PRIMERO.- PRECLUIR** la indagación que se adelanta en contra de los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Manizales GLORIA LIGIA CASTAÑO DUQUE y ANTONIO MARÍA TORO RUIZ, por atipicidad subjetiva del delito de prevaricato por acción, según los argumentos expuestos en este proveído.

---

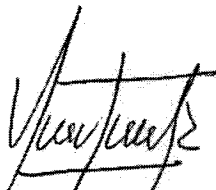
<sup>34</sup> CSJ SCP, Rad. 34919, auto de 17 de noviembre de 2010.

**SEGUNDO.-** La decisión queda **NOTIFICADA** en estrados y contra ella proceden los recursos de reposición y apelación.

**TERCERO.-** Una vez cobre ejecutoria la presente decisión, **REMÍTASE** copia de la misma a la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, para que haga parte de la actuación que dicha autoridad adelanta por los mismos hechos ventilados en este proceso al Magistrado de la Corte Constitucional JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS. Surtido lo anterior, **ARCHÍVESE** el trámite.

**CUARTO.-** Contra esta decisión proceden los recursos de reposición y apelación.

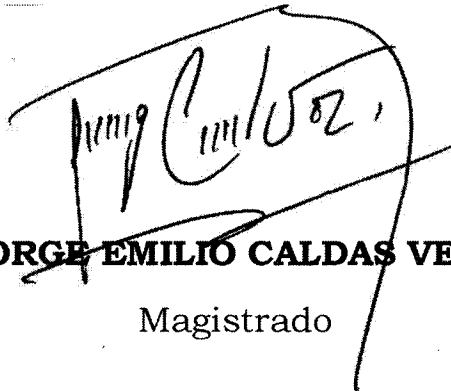
Notifíquese y cúmplase,



**ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS**

Magistrado

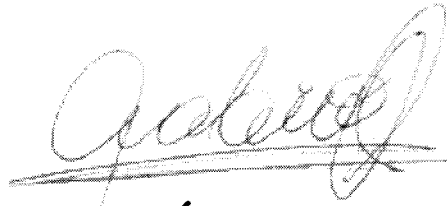
**SALVAMENTO DE VOTO**



**JORGE EMILIO CALDAS VERA**

Magistrado

PRIMERA INSTANCIA 00235  
GLORIA LIGIA CASTAÑO DUQUE y  
ANTONIO MARÍA TORO RUIZ



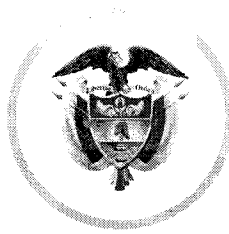
**FABIO IVÁN REY NAVAS**

Conjuez



**RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ**

Secretario



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala Especial de Primera Instancia

## **SALVAMENTO DE VOTO**

**Radicado No. 00235**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil veinte (2020).

Con el respeto que profeso por las decisiones de la mayoría, disiento de la determinación adoptada por la Sala de precluir la investigación, con fundamento en los argumentos que expongo a continuación:

1. El proyecto que como ponente presente negaba la preclusión y propendía por la continuación de la investigación, dado que a mi juicio la atipicidad subjetiva no estaba comprobada.

Ante todo, debo precisar que comparto, por corresponder en lo esencial al proyecto inicial, la argumentación atinente a la demostración de la tipicidad objetiva, en especial, que la decisión cuestionada es manifiestamente contraria a la ley; y que la Fiscalía se equivocó al demandar la preclusión fundada en la causal 2 del artículo 332 por concurrir acreditado un error de tipo vencible, y no como corresponde por la causal 4, atipicidad subjetiva, ya que en estos eventos la equivocación destruye el dolo bueno o avalorado deviniendo atípica subjetivamente la conducta.

Situación diversa ocurre cuando el error es invencible comoquiera que en estos eventos si se configura una causal de

exoneración de la responsabilidad, como lo prevé el numeral 2 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

2. Mi discrepancia, reitero, radica en que para mí era prematuro precluir por cuanto la atipicidad subjetiva soportada en que los aforados actuaron convencidos, erróneamente, que la agravante solo se aplicaba al delito de secuestro extorsivo y no al simple, debido al descuido o negligencia que los llevó a no leer totalmente el artículo 170 del Código Penal, y en concreto, su párrafo; no encuentra respaldo en ninguno de los elementos materiales de prueba aportados por la Fiscalía, precisamente porque la investigación no auscultó ese aspecto.

Por todos es sabido que para adoptar este tipo de decisión, que hace tránsito a cosa juzgada, debe estar plenamente probada la causal aplicada, de modo que si hay dudas y ellas pueden ser dilucidadas profundizando en la investigación, ese es el camino a seguir y, en este caso, la Fiscalía no averiguo las circunstancias que rodearon la elaboración del proyecto por el Magistrado Ponente, el trámite surtido por cada despacho de los Magistrado integrantes de la Sala de Decisión, para elaborarlo y luego aprobarlo por cada uno de ellos, circunstancias que por ignorarse impedían, sin temor a equívoco, sostener la atipicidad subjetiva de la conducta.

Aducir como lo hace la providencia de la cual discrepo, que no se aplicó el párrafo del artículo 170 del Código Penal porque los indiciados interpretaron erradamente la norma por descuido o negligencia, es distinto a probar que la omisión fue

el fruto de un actuar negligente, imprudente, descuidado, es decir, culposo; y en este caso, ninguna de estas dos hipótesis, reitero alcanzaba a ser acreditada por la Fiscalía.

La providencia descarta la tipicidad subjetiva aduciendo, inicialmente, que la decisión no obedeció a un acto intencional de transgredir el “ordenamiento jurídico” sino a una actuación descuidada o negligente, y posteriormente, que derivó del total desconocimiento del parágrafo del artículo 170 del Código Penal debido a una lectura vaga, errada e incompleta de la norma, es decir, por negligencia o descuido, configurando un error de tipo vencible.

Ante todo, debo resaltar la confusión en que incurre la providencia al equiparar el error de tipo vencible con un actuar meramente culposo, figuras diferenciadas en el proyecto inicial, precisando que la primera alude al error bajo el cual el procesado actúa con la convicción que no actualiza alguno de los elementos del tipo objetivo, ocasionado por un actuar imprudente o descuidado; y el segundo, que la no aplicación de la norma derivo exclusivamente de su proceder negligente, imprudente, descuidado, es decir, culposo, sin la concurrencia de ningún error. Pese a que las dos desechan la configuración de dolo, lo cierto es que para el suscrito ninguna de ellas lograba ser demostrada con los elementos materiales de prueba presentados por la Fiscalía.

Es claro que los aforados tenían la consciencia plena de que la víctima del secuestro era un menor de edad, y que esa circunstancia se subsumía en la causal 1ª de agravación



punitiva del artículo 170 del Código Penal, pues así lo consignaron en el auto por medio del cual revocaron la nulidad decretada por el Juzgado 3° Penal del Circuito de esa ciudad, aprobaron el preacuerdo suscrito por el procesado, y dispusieron que se dictara la sentencia de primera instancia; por lo tanto, era su deber considerarla en el fallo estudiando y determinando su contenido y alcance, sin que sea plausible aceptar, sin soporte probatorio alguno, que no hubiesen leído la totalidad del artículo, como advera la Fiscalía.

Dada la claridad del artículo 170 del Código Penal, sin más, la Sala tampoco podía dar por acreditado que los indiciados incurrieron en un error en su interpretación que los condujo al convencimiento que la agravante no se aplicaba al delito de secuestro simple, debido a su actuar descuidado o imprudente por la alta carga laboral que los cubría y a la supuesta falta de técnica legislativa; o simplemente que hubiesen actuado culposamente.

La ausencia de una investigación acabada sobre el trámite seguido para la elaboración y aprobación de la sentencia, impedían tener seguridad si ello realmente ocurrió.

Ciertamente, no se verificó que la decisión haya sido el fruto de la impericia, ignorancia, inexperiencia, o negligencia de los indiciados que condujera a los aforados a violar el deber objetivo de cuidado, o que la omisión derivara de la inobservancia de los procedimientos establecidos para evitar este tipo de situaciones, por cuanto la Fiscalía no exploró esa opción, siendo un misterio las circunstancias que rodearon la

toma de esa determinación, que de ser conocidas por la Sala ofrecerían mejores y más seguros elementos de juicio.

Así, no se indagó durante un período más amplio los casos en los cuales los investigados hubiesen decidido hechos que tipificaran el delito de secuestro simple y, en concreto, la aplicación o no de las agravantes punitivas, pues aunque hoy se sabe que en los dos años anteriores decidieron 9 casos, en ninguno examinaron puntualmente ese tema.

No se averiguó cuál era el trámite que en general se observaba en los despachos de los Magistrados que integraron la Sala para elaborar los proyectos de providencias y, en específico, el que ocupaba la atención de esa Sala, es decir, si eran elaborados por uno de los subordinados, si se ocupó de investigar sobre la aplicación de la agravante al secuestro simple, si le transmitió alguna perplejidad sobre su comprensión al Magistrado ponente, y si éste la comunicó a sus compañeros de Sala, en caso cierto, qué actitud asumieron; y si el ponente recibió el proyecto de uno de sus subalternos qué trámite siguió para su revisión y análisis, y si le generó dudas en lo atinente a la aplicación de la agravante cómo la despejó.

Se desconoce cuál fue el procedimiento utilizado para poner el proyecto en consideración de los restantes Magistrados de la Sala, los aquí investigados, qué trámite surtió en cada uno de los despachos, si el titular personalmente lo examinó o lo hizo un subordinado, de ser la primera hipótesis, qué actividad adelantó para concluir que la agravante no se aplicaba en este caso, si consultó la jurisprudencia especializada o elevó

consultas, pero si fue un dependiente, qué labores cursó para formarse ese criterio.

La ausencia de estas labores investigativas enfrentaban a la Sala a la falta de elementos materiales de prueba para definir si realmente los aforados actuaron sin intención, convencidos erradamente que con su actuar no se oponían abiertamente al precepto que aplicaban, o que actuaron con negligencia, descuido o imprevisión sin equivocación alguna; razón suficiente para denegar la preclusión por coexistir posibilidades claras de proseguir la investigación para despejar esas dudas.

En estos términos dejo sentado el salvamento de voto

  
**ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS**  
**Magistrado**