

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado Ponente

AEP 00146-2021
Radicación N° 00416
Aprobado mediante Acta N° 106

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintiuno
(2021).

ASUNTO

Se pronuncia la Sala sobre la solicitud de preclusión elevada por el Fiscal Once Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, a favor de los doctores CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA, ROBERTO VICENTE LAFAURIE PACHECO, JOSÉ ALBERTO DIETES LUNA, ISIS EMILIA BALLESTEROS CANTILLO, MYRIAM FERNÁNDEZ DE CASTRO BOLAÑO, MARTA ISABEL MERCADO RODRÍGUEZ, CARLOS ALBERTO QUANT ARÉVALO, LUZ DARY RIVERA GOYENECHÉ, ALBERTO DE JESÚS RODRÍGUEZ AKLE, DAVID VANEGAS GONZÁLEZ y CRISTIAN SALOMÓN XIQUES ROMERO, Magistrados de la Sala Plena del Tribunal Superior de Santa Marta; con fundamento en la causal 4ª del Art. 332 de la Ley 906 de 2004.

ANTECEDENTES

1. Fácticos

El 7 de noviembre de 2017, quien dijo llamarse Aníbal Jeremías Soto allegó escrito denunciando que el doctor Orlando Gélvez Medina, funcionario en carrera suspendido del cargo de Juez 2º Penal Municipal Ambulante con Funciones de Control de Garantías de la ciudad de Santa Marta, privado de la libertad en virtud de una medida de aseguramiento impuesta en el proceso penal adelantado en su contra, había sido reintegrado al ejercicio del empleo por orden de los Magistrados de la Sala Plena del Tribunal Superior de Santa Marta, según Resolución No. 088 del 26 de octubre de 2017.

Anunció en la misiva que el aludido acto administrativo fue expedido con total desconocimiento del artículo 147 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), y la sentencia proferida por el Consejo de Estado, en la que se afirma que el funcionario suspendido del empleo *«solo tiene derecho al reintegro cuando el proceso penal termina con cesación de procedimiento, preclusión de la instrucción, absolución o exoneración»* (Sección Segunda, Sentencia 19001233100020020032501, nov. 27 de 2014), hipótesis no aplicable al caso del doctor Gélvez Medina, pues si bien le fue otorgada la libertad provisional, esto sucedió con ocasión del vencimiento de términos y no porque a su favor haya sido proferida una decisión de fondo que lo exonere de la responsabilidad penal endilgada.

2. Procesales

El 18 de mayo hogaño, el Fiscal Once Delegado ante la Corte Suprema de Justicia radicó escrito con “solicitud de preclusión”. Especificó que la causal era la del numeral 4° del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por *atipicidad del hecho investigado*.

El 13 de septiembre de 2021 se instaló la audiencia respectiva.

DE LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

Luego de individualizar a los indiciados abordó el asunto del fuero constitucional para concluir que esta Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de este proceso, por virtud de lo previsto en el numeral 5° del artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018 que modificó el 235 de la Carta.

Acto seguido reseñó los hechos jurídicamente relevantes, refirió las actividades de investigación que desarrolló conforme el programa metodológico que elaboró, con el cual, argumentó que el doctor Orlando Gélvez Medina tomó posesión del cargo de Juez Segundo Penal Municipal Ambulante de Santa Marta, para el cual fue nombrado en propiedad mediante Acuerdo No. 031 del 21 de marzo de 2013.

Añadió, que en contra del aludido funcionario se adelanta investigación de tipo penal por el delito de prevaricato por acción, en la que el 11 de marzo de 2016 se impuso medida de

aseguramiento privativa de la libertad en su residencia, situación jurídica que dio lugar a que mediante Resolución No. 035 del 17 de marzo de 2016, la Sala Plena del Tribunal Superior de Santa Marta lo suspendiera del cargo.

Que, mediante oficio del 24 de octubre de 2017, el funcionario solicitó a los Magistrados de la Sala Plena el reintegro a su cargo de juez, por cuanto el Juzgado 4º Penal del Circuito de Conocimiento, en segunda instancia, le sustituyó la medida de aseguramiento por una no privativa y concedió la libertad provisional; dando lugar a la expedición de la Resolución No. 088 de 26 de octubre de 2017, que se denuncia prevaricador.

En punto a los argumentos de su solicitud sostuvo que los Magistrados en ejercicio de sus funciones profirieron la Resolución No. 088 del 26 de octubre de 2017, contrariando lo dispuesto en el artículo 147 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) y la sentencia proferida por el Consejo de Estado, porque el juez Gélvez Medina no podía ser reintegrado al cargo, en tanto que en la actuación por la cual es procesado no se ha emitido una decisión que lo exonere de responsabilidad, comportamiento que, en su sentir, configura la descripción normativa de prevaricato por acción (*tipicidad objetiva*).

Empero, destacó que, la *tipicidad subjetiva*, no se estructura por cuanto, si bien el acto administrativo es manifiestamente contrario a derecho, no fue proferido por los Magistrados de la Sala Plena del Tribunal Superior de Santa Marta, con la intención de contrariar el ordenamiento jurídico.

En su criterio, conforme a las previsiones del numeral 2° del artículo 135 Ley 270 de 1996, la suspensión del cargo del juez devino como consecuencia de la medida de aseguramiento privativa de la libertad ordenada en el proceso penal que se sigue en su contra por prevaricato por acción agravado; cuya naturaleza no es sancionatoria sino cautelar, en tanto, que su situación administrativa era *provisional* o *temporal*, por lo que procedieron a separarlo formalmente de su actividad.

Agregó, que si bien la medida es coercitiva pues restringe transitoriamente el derecho a la libertad y tiene como propósito proteger los intereses de la justicia y la sociedad, no lo es menos que su imposición no es el resultado o la conclusión del juicio penal adelantando contra el juez, y mientras ello sucede el funcionario está amparado por el principio de presunción de inocencia como garantía del debido proceso que le asiste como ciudadano (art. 29 de la C.N).

Sostuvo que la interpretación del artículo 147 de la Ley 270 de 1996, permite concluir que solo cuando el funcionario procesado penalmente o disciplinariamente, según sea el caso, haya sido exonerado definitivamente de responsabilidad será viable ordenar el reintegro al empleo, mas no establece la posibilidad de hacerlo cuando le es suspendida o cambiada la medida de aseguramiento privativa de la libertad, que es lo acontecido en el caso del juez Orlando Gélvez Medina, pues no se trata de un reintegro definitivo.

En todo caso, señaló que el debate sobre el reintegro de un funcionario al cargo luego de otorgársele la libertad no ha sido pacífico, por ejemplo, mencionó que a diferencia de lo

reglado en el artículo 359 de la Ley 600 de 2000, en cuanto a que una vez impuesta la medida de aseguramiento en contra del servidor público, la autoridad respectiva debe solicitar la suspensión en el ejercicio del cargo, mientras que en la Ley 906 de 2004, régimen legal bajo el cual es procesado el doctor Gélvez Medina, no incluyó un texto similar que así lo tenga previsto.

Sin embargo, la Sala Plena del Tribunal Superior de Santa Marta, en virtud del principio de integración (art. 25 de la Ley 906 de 2004), una vez informada por la autoridad competente sobre la medida de aseguramiento privativa de la libertad en la residencia que había sido impuesta al funcionario¹, mediante Resolución No. 035 del 17 de marzo de 2016, procedió a suspenderlo del cargo de Juez 2º Penal Municipal con función de control de garantías de la misma ciudad, empleo que venía desempeñando en propiedad.

Recalcó que en el curso de la actuación penal la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad que pesaba contra el funcionario fue sustituida por las no privativas (art. 307, literal B numerales 3, 4, 5 y 8), ordenándose la libertad provisional². Comunicada la decisión los magistrados integrantes de la Sala Plena consideraron que al no existir norma que lo prohibiera, dado su carácter provisional y, en consideración a que el principio de inocencia no había sido desvirtuado como lo

¹ Audiencia preliminar del 12 de marzo de 2016. Medida de aseguramiento impuesta por el Juzgado 13 Penal Municipal con Función de Control de Garantías y comunicada mediante oficio No. 021 del 14 del mismo mes y año.

² Audiencia 11 de octubre de 2017, en la que el Juez 4º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento dio lectura al auto que resolvió el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la decisión del Juzgado 3º Penal con Función de Control de Garantías que prorrogó la medida privativa de la libertad. Decisión comunicada a los Magistrados indiciados mediante oficio No. 1461 del 12 de octubre de 2012.

explicó en su interrogatorio uno de los indiciados, expidieron la resolución ordenando su reintegro al cargo, razón por la que considera que lo dispuesto en la resolución *“carece de ánimo de contrariar la ley”*, y por consiguiente *“la intención fue el de acertar en la decisión”*.

Explicó que, otra norma a la que pudo darse aplicación es el artículo 150 de la Ley 270 de 1996, que prevé las inhabilidades para que un funcionario ejerza el cargo, empero, como las descritas en sus numerales 3° y 6° no encajan en el caso concreto, puesto que el 11 de octubre de 2017 el Juzgado 4° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento sustituyó la medida privativa de la libertad y el juez no ha sido declarado responsable en el proceso penal que se le adelanta³ y, en todo caso, no se trataba de un nombramiento; no da lugar a argüir que el reintegro era improcedente.

En lo que atañe a la sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 27 de noviembre de 2014 (Rad. 19001233100020020032501) adujo la Fiscalía que, frente al reintegro de un funcionario procederá *“cuando el proceso penal termina por cesación de procedimiento, preclusión de la instrucción, absolución o exoneración”*; por lo tanto, no era aplicable al caso, en la medida que la situación concreta a la que se hizo referencia era un caso que se adelantó bajo la ritualidad de la Ley 600 de 2000 y, la libertad provisional concedida lo fue por vencimiento del término para calificar el sumario (art. 365, causal No. 4^a), es decir, una situación diferente a la puesta en consideración de los Magistrados indiciados.

³ Según lo advierte la Fiscalía, al 20 de febrero de 2020, la actuación contra el Juez Orlando Gelvez se encontraba pendiente de programar la audiencia de juicio oral y público.

Lo anterior, por cuanto el caso del juez Orlando Gélvez se adelanta bajo el sistema de la Ley 906 de 2004 y la libertad provisional que le fue otorgada ocurrió por el vencimiento del término máximo fijado en la normatividad para la duración de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, que no puede exceder de un año (art. 307, parágrafo 1º), en ese caso, la impuesta contra el procesado feneció el 12 de marzo de 2017, luego, entonces, al desaparecer el motivo que lo mantenía suspendido del empleo, lo procedente era el reintegro.

A la par, trajo a colación antecedentes sobre la materia en un caso similar, así como el concepto emitido sobre la procedencia del reintegro del doctor Alcibíades Vargas Bautista, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio por parte de una Magistrada de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, luego del análisis efectuado al artículo 150 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, entre otros elementos materiales probatorios con los cuales sustenta su pedido.

Bajo ese derrotero, considera que en el *sub examine*, los Magistrados de la Sala Plena del Tribunal Superior de Santa Marta al proferir la Resolución No. 088 del 26 de octubre de 2017, que ordenó el reintegro del funcionario Orlando Gélvez Medina luego de que este obtuviera la libertad, no tuvieron la intención de quebrantar el ordenamiento jurídico, por lo tanto, no se configura el *aspecto subjetivo* que demanda el punible de prevaricato por acción, por lo que solicita la preclusión de la indagación bajo el amparo de la causal invocada.

INTERVENCIONES EN LA AUDIENCIA

1. Apoderado de la víctima. Dirección Ejecutiva

No presentó ninguna oposición. Consideró que en el caso concreto no era posible calificar como prevaricadora la resolución que ordenó el reintegro, en la medida que no existe una norma que lo regule en uno u otro sentido. No se trata de un tema pacífico de fácil comprensión y los indiciados no actuaron con el ánimo de favorecer al juez, ni de transgredir el ordenamiento jurídico.

2. Ministerio Público

Luego de citar jurisprudencia, compartió los argumentos esgrimidos por el solicitante en cuanto a la falta de tipicidad de la conducta frente al delito de prevaricato por acción, e insistió en que la emisión de una decisión manifiestamente contraria a la ley solamente es compatible con el conocimiento y la voluntad de querer obrar en ese sentido, por lo que resulta imprescindible su comprobación.

Resaltó que en este asunto ciertamente no existe una norma clara y precisa que regule la situación específica, en tanto lo decidido en la Resolución No. 088 del 26 de octubre de 2017 es el producto de un ejercicio interpretativo y no del capricho de los magistrados indiciados, por lo que en su concepto no se verifica el ingrediente subjetivo del delito investigado.

3. Apoderado de los indiciados

Coadyuva la solicitud elevada por la Fiscalía, empero, precisa que no solamente se verifica la atipicidad subjetiva del prevaricato sino también la objetiva, en la medida que la decisión en cuestión no es manifiestamente contraria a la ley. Si los nominadores ordenaron el reintegro del funcionario lo hicieron bajo la interpretación más acertada, soportada jurisprudencialmente y sin interés diferente al cumplimiento de las funciones administrativas encomendadas, a lo que se suma que el supuesto fáctico que originó la suspensión cesó cuando le fue sustituida la medida de aseguramiento y obtuvo la libertad, y tampoco se encontraba incurso en una inhabilidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- De la competencia.

La Sala es competente para decidir sobre la solicitud de preclusión con arreglo a lo prescrito por el artículo 2° del Acto Legislativo No. 001 de 2018, modificatorio de los artículos 186, 234 y 235 numeral 5° de la Constitución Política, que la faculta para conocer del juzgamiento entre otros altos funcionarios del Estado, de los Magistrados de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial de Santa Marta, cargo que ostentan los indiciados, según se acreditó en la audiencia.

De conformidad con los artículos 114, numerales 1° y 10° y 116 del C.P.P y, la Resolución No. 00023 del 9 de enero de

2018⁴, no hay duda que el Fiscal solicitante tiene la competencia para presentar ante la Sala la solicitud de preclusión de la investigación cuando no hubiere mérito para acusar a los servidores públicos que gozan de fuero constitucional.

2. Aspectos generales de la preclusión y de la causal invocada

Conforme lo previsto en el artículo 250 de la Constitución Política, corresponde a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio de la acción penal, en desarrollo de lo cual adelantará la investigación de los hechos que revistan las características de un delito con el propósito de arribar a conclusiones sólidas sobre el mérito, razonabilidad y viabilidad de formular acusación o, en su defecto, solicitar la preclusión de la investigación con los conocidos efectos contemplados en el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal.

La fase de la indagación tiene como propósitos: (i) establecer si los hechos materia de averiguación constituyen o no infracción a la ley penal; (ii) identificar o individualizar a los probables autores o partícipes de la conducta punible y, (iii) asegurar los medios de convicción que permitan inferir motivos razonablemente fundados, respecto de la existencia de la conducta punible y del compromiso de autoría o participación.

Si la Fiscalía, al sopesar los resultados obtenidos deduce de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la

⁴ Por medio de la cual, el Fiscal General de la Nación delega el conocimiento de la investigación 110016000102201700543

información legalmente obtenida, la realización de la conducta punible, e identifica o individualiza en términos de inferencia razonable al posible autor o partícipe, debe formular la imputación ante el juez de control de garantías.

Empero, si encuentra configurada alguna de las causales previstas en el canon 332 del Código Procesal Penal, entre otras de extinción de la acción contempladas en el precepto 77 *ibidem*, se impone solicitar la preclusión de la investigación al juez de conocimiento, decisión que puede ser adoptada en la indagación, en la investigación y en el juzgamiento, aunque en este último caso por causales objetivas.

Pero, también, si desde esa fase preliminar se demuestra la atipicidad objetiva de la conducta el fiscal tendría dos fórmulas de solución procesal, una la solicitud de preclusión y la otra, el decreto de la orden de archivo, conforme el mandato del artículo 79 de la Ley 906 de 2004 y en atención a la exequibilidad condicionada que la Corte Constitucional hizo en la sentencia C-1154 de 2005:

La orden de archivo de las diligencias procede cuando se constata que no existen "motivos y circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito". La amplitud de los términos empleados en la norma acusada para referirse a la causa del archivo, hace necesario precisar la expresión para que se excluya cualquier interpretación de la norma que no corresponda a la verificación de la tipicidad objetiva. También, para impedir que en un momento inicial se tengan en cuenta consideraciones de otra naturaleza sobre aspectos que le corresponden al juez, y no al Fiscal. No le compete al fiscal, al decidir sobre el archivo, hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad. Lo que le compete es efectuar una constatación fáctica sobre presupuestos elementales para abordar cualquier investigación lo que se entiende como

el establecimiento de la posible existencia material de un hecho y su carácter aparentemente delictivo. En ese sentido se condicionará la exequibilidad de la norma.

De conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación⁵, la preclusión permite la terminación del proceso sin el agotamiento de todas sus etapas ante la ausencia de mérito para sostener una acusación⁶. Implica la adopción de una decisión definitiva por parte del juez de conocimiento, cuyo efecto es el de cesar la persecución penal contra el implicado respecto de los hechos objeto de indagación y que hace tránsito a cosa juzgada material.

Lo anterior significa que la solicitud de preclusión no solo debe precisar con rigor la causal a la cual se acude, sino que ha de ofrecer suficientes elementos argumentales y probatorios que permitan al juez cognoscente llegar a un estado de convicción tal, que no admitan algún resquicio de duda sobre la efectiva ocurrencia de la causal invocada. Dicho de otra manera, que respecto de ella no *«exista duda o posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo»* (Cfr. Entre otros, CSJ AP, 24 jul. 2013, rad. 41604; CSJ AP3288-2014, 18 jun. 2014, rad. 43797; CSJ AP4388-2018, 3 oct. 2018, rad. 53564; CSJ AP1718-2019, 30 abr. 2019, rad. 48492 y CSJ AP242-2020, 29 en. 2020, rad. 55753).

De la exposición efectuada por el ente fiscal se desprende que la preclusión de la investigación se solicita con fundamento en el numeral 4° del artículo 332 del Estatuto Procesal Penal, esto es, la *atipicidad del hecho investigado*, supuesto normativo

⁵ Cfr CSJ AP, enero 14 de 2014, Rad 40374.

⁶ Art. 331 Ley 906 de 2004

al que se contraerá el estudio del presente asunto, a fin de dilucidar si efectivamente se reúnen los requisitos que estructuran la causal invocada.

Respecto al numeral 4° del citado canon, la Corte manifestó:

En cuanto al componente tipicidad, la Corporación ha indicado que, de una parte, la conducta debe adecuarse a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo), tales como sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento, y de otra, debe cumplir con la especie de conducta (dolo, culpa o preterintención) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo), en el entendido de que, acorde con el artículo 21 del Código Penal, todos los tipos de la parte especial corresponden a conductas dolosas, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales⁷.

También, ha entendido esta causal de preclusión desde el punto de vista de la atipicidad absoluta, en cuanto la actuación del sujeto no encaja de ninguna manera en la descripción del delito investigado ni tampoco en otro tipo penal. Sobre el particular indicó:

*“(...) la atipicidad pregonada debe ser **absoluta**, pues para extinguir la acción penal con fuerza de cosa juzgada se requiere que el acto humano no se ubique en ningún tipo penal, en tanto que la **relativa**, esgrimida por la Fiscalía, hace referencia a que si bien los hechos investigados no se adecuan dentro de una específica conducta punible (abuso de función pública, valga el caso), sí encuadran dentro de otra (prevaricato, por vía de ejemplo). Si ello es así, esto es, si de lo que se trata es de una atipicidad*

⁷ CSJ SP2650-2015, rad 43023

relativa, no parecería admisible que se aspirase a la preclusión, en tanto el sentido común indicaría la necesidad de continuar la investigación respecto del tipo penal que, al parecer, sí recogería en su integridad lo sucedido”⁸.

En cuanto al evento invocado en este asunto, esto es, el previsto en el numeral cuarto del artículo 332 del Estatuto Procesal Penal, es postura uniforme y reiterada de la Corte, que dada la generalidad de la causal, en cuanto no distingue entre las dos aristas que componen el tipo penal, ambas pueden ser alegadas como soporte de preclusión⁹. Al respecto in extenso, ha sostenido:

(...) el legislador estableció como causal de preclusión de la investigación, la «atipicidad del hecho investigado», sin distinguir entre las dos aristas que componen el tipo penal, de ahí que la Corte haya sostenido en forma reiterada y uniforme que ambas categorías –la atipicidad objetiva y la subjetiva–, pueden ser alegadas como soporte de preclusión.

Quiere decir lo anterior que para acceder a la preclusión con fundamento en la denotada causal, es preciso demostrar que el hecho investigado no reúne los elementos objetivos de la descripción típica o que adecuándose la conducta a éstos, no se cometió en la forma subjetiva que prevé la norma prohibitiva¹⁰.

Además, viene aceptando que pese a sustentarse la solicitud de preclusión por atipicidad subjetiva el juez puede adoptar la decisión por atipicidad objetiva o viceversa, siempre y cuando el análisis del asunto así lo permita:

⁸ CSJ AP, 27 de noviembre de 2013, Rad. 38458. Esta posición se reiteró en CSJ AP, 21 de mayo de 2014, Rad. 42570 y CSJ, Auto del 30 de julio de 2014, rad. 44042. CSJ Auto del 1º de julio de 2009, rad. 31763

⁹ CSJ AP789-2020, rad. 56391

¹⁰ CSJ AP349-2021, 10 feb. 2021, Rad. 56526

“El Fiscal solicitó la preclusión de la investigación con fundamento en que la conducta atribuida al Juez [...] es atípica desde el punto de vista del tipo subjetivo, [...]”.

“Pues bien, objetivamente no se tipifica el delito, ya que si bien, a pesar de haberse dado la orden de libertad por parte del funcionario que decidió acerca de la liberación condicional en favor del detenido, y que por ende el juez comisionado debía cumplir con la expedición de la orden pertinente previa suscripción del compromiso, es claro que al no hacerlo prolongó la privación de la libertad del sentenciado, pero no de manera ilícita según se verá a continuación. [...]”

En esas condiciones, de ninguna manera puede considerarse ilícito el proceder del juez comisionado, luego en tal caso la conducta es atípica desde el punto de vista objetivo, advirtiéndose que, por tratarse de un despacho comisorio, el funcionario comisionado no tenía a su disposición el expediente para extraer los datos que identificaran al procesado. Cuando tuvo la información inmediatamente decretó la libertad.

En tal virtud, la Sala revocará la providencia impugnada y en su lugar dispondrá la preclusión de la investigación y consecuentemente la cesación del procedimiento seguido en contra del indicado por el delito de prolongación ilícita de la privación de la libertad”¹¹.

3.- Efectuadas las anteriores precisiones, en el *sub examine* corresponde a la Sala verificar si la solicitud y las evidencias aducidas por la Fiscalía demuestran fehacientemente que el sustento fáctico que soporta la denuncia instaurada por quien dijo llamarse Aníbal Jeremías Soto contra los Magistrados integrantes de la Sala Plena del Tribunal Superior de Santa Marta, no se adecua a la descripción contenida en el artículo 413 del Código Penal, esto es, del prevaricato por acción.

Con el propósito de abordar el análisis de tal cuestionamiento, resulta necesario tener en cuenta que el tipo penal de prevaricato por acción se encuentra definido así: “el

¹¹ CSJ AP4270-2019, 25 sep. 2019, rad. 52682, entre otras.

servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión (...)”.

En su aspecto objetivo se ha considerado un ilícito de resultado, eminentemente doloso, en el que la descripción típica tiene la siguiente estructura básica: (a) Tipo penal de sujeto activo calificado, para cuya comisión se requiere la calidad de servidor público en el autor, y (b) que se profiera una resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, es decir, que exista una contradicción evidente e inequívoca entre lo resuelto por el funcionario y lo mandado por la norma¹².

En cuanto al ingrediente normativo, esto es, que la decisión sea manifiestamente contraria a la ley, la Sala de Casación Penal viene sosteniendo que ello ocurre cuando la contradicción entre lo exigido por la ley y lo resuelto es notoria, grosera o de tal grado que aparezca de bulto con el solo cotejo con la norma que debía aplicar¹³. Es decir, no puede ser el producto de elocuentes y refinadas interpretaciones, complejos razonamientos o confusas elucubraciones.

Lo manifiesto debe entenderse como lo descubierto, patente, claro, perceptible sin ningún esfuerzo, que no deje dudas o incertidumbres, lo verdadero y seguro. Se descartan las decisiones donde existe disputa sobre su acierto o legalidad, diferencias de criterio, interpretaciones o equivocaciones desposeídas del propósito de transgredir la ley, pues la Corporación ha comprendido que la simple contrariedad del

¹² CSJ, SP 27 jul 2011, Rad. 35656.

¹³ CSJ SP20073-2017, rad. 41198.

acto cuestionado con la ley no basta, pues demanda una irrefutable oposición entre lo resuelto y lo que se debió decidir¹⁴.

El examen de la contradicción debe efectuarse a través de un discernimiento de comprobación *ex ante*, en el cual el funcionario debe examinar las circunstancias concretas en que el sujeto activo adoptó la determinación, lo que efectivamente hizo teniendo en cuenta los medios y conocimientos con que contaba, sin dejar de lado que también se debe demostrar que conocía la norma y pese a ello, contando con posibilidades reales para su aplicación, la eludió intencionalmente para hacer sobresalir su propio capricho sobre la voluntad de la ley.¹⁵

La Sala de Casación Penal, en sentencia CSJ SP707-2019, 6 de mar. 2019, rad. 51916, sostuvo:

“El desvelamiento del carácter viciado de la decisión, de su ostensible negación del ordenamiento jurídico, implica, además, la labor de verificar de modo necesario las condiciones y circunstancias concretas que se dieron cuando el funcionario adoptó la decisión, o aquellas que resultaron determinantes para su adopción, en conjunción con los elementos de juicio que tuvo a la mano a la hora de dictar la providencia. (CSJ AP, 24 sep. 2014, Rad. 40737).

Resulta imperioso, conforme a esa directriz, que el análisis para descubrir la contradicción de lo decidido con la ley se adelante mediante un juicio ex ante. A ese efecto el juzgador debe ubicarse en el momento mismo en el cual emitió el servidor público la resolución, el dictamen o el concepto para entrar a examinar el conjunto de las circunstancias que conoció y afrontó en

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ CSJ. S.P., 1 jun. 20017, Rad. 46165 y 2 may. 2001, Rad. 13683.

ese instante. Por manera que deviene improcedente y también injusto inferir ese elemento del prevaricato en un juicio de verificación ex post, sin los referentes que habrían sido incidentes y determinantes, o hasta desconocidos, al momento de la realización de la conducta”.

En cuanto al elemento subjetivo el punible solo es atribuible a título de dolo.

Esta Corporación en relación con decisiones proferidas por funcionarios judiciales, además de acreditar el dolo demanda la constatación de una finalidad corrupta mediante prueba directa o inferencias razonables:

“La finalidad corrupta se verifica cuando la decisión ilegal es proferida con el propósito consciente de favorecer ilícitamente a un tercero, o como consecuencia de un pago, dádiva o promesa, o en conexión con un ilícito subyacente que determina al funcionario a apartarse del orden jurídico, pero también cuando éste último, de manera arbitraria, caprichosa o injusta resuelve autónomamente adjudicar en contra del derecho aplicable o las pruebas a cuya valoración está compelido, así en esa conducta no concurre el ánimo protervo de beneficiar ilícitamente a otra persona¹⁶”.

Es un delito de mera conducta, por lo tanto, basta con que se profiera una resolución, concepto o dictamen manifiestamente contrario a la ley, así no se presente su ejecutoría o cumplimiento¹⁷.

El bien jurídico tutelado es la administración pública cuyo titular es el Estado y su finalidad es salvaguardar su buen nombre, en atención a que las atribuciones desarrolladas por

¹⁶ CSJ SP1657-2018, rad. 52545.

¹⁷ CSJ AEP00038-2018, rad, 51970.

los servidores públicos deben cumplirse de acuerdo con los principios de transparencia, moralidad y probidad contenidos en el artículo 209 superior. La lesión se produce al momento en que el acto contrario a la ley se produce y entra al mundo jurídico.

Del caso concreto

1. Hechos investigados

El supuesto fáctico denunciado habría sido cometido por los indiciados en su condición de Magistrados de la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta (Magdalena), al proferir como autoridad nominadora la Resolución No. 088 del 26 de octubre de 2017, que tuvo por objeto, entre otras decisiones, ordenar el reintegro del doctor Orlando Gévez Medina en el cargo de Juez Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías ambulante de la misma ciudad.

Actuación que se califica delictiva en tanto que el prenombrado funcionario, pese a haber sido favorecido con el beneficio de la libertad al perder vigencia la medida de aseguramiento y sustituirse por otras no privativas de la libertad, no podía ser reintegrado a su cargo como Juez de la República por encontrarse afectado con una medida de aseguramiento que implicaba la privación de la libertad sin derecho a la excarcelación, con ocasión del proceso penal al que se encuentra vinculado por el delito de prevaricato por acción agravado en concurso sucesivo y homogéneo y, en virtud

de la cual había sido suspendido en el ejercicio del empleo.

Contrariando de esta manera lo previsto en el artículo 147 de la Ley 270 de 1996 y lo decantado en la jurisprudencia por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, puesto que la responsabilidad penal del funcionario no había sido dilucidada mediante la “preclusión de la investigación” o a través de una “sentencia absolutoria”.

2. Análisis de la atipicidad

2.1. En el *sub-examine*, aunque el representante de la Fiscalía elevó su solicitud de preclusión de la indagación con fundamento en el numeral 4° del artículo 332 del Estatuto Procesal Penal por *atipicidad subjetiva*, lo esgrimido en su argumentación permite concluir que también lo hace respecto de la *atipicidad objetiva*, al no encontrar que la Resolución No. 088 de 26 de octubre de 2017 sea manifiestamente contraria a la ley.

Desde esta perspectiva, la Sala entrará a verificar, en primer lugar, si está demostrada la tipicidad objetiva, de no ser así se adentrará en el análisis del tipo subjetivo.

Esta metodología para nada vulnera el debido proceso, la imparcialidad, la contradicción y el derecho de defensa de las partes e intervinientes, por tratarse de la misma causal invocada y discutida por las partes, además, la providencia solo se referirá a los argumentos facticos, jurídicos y probatorios debatidos dentro del trámite¹⁸.

¹⁸ CSJ AP2768-2021, 7 jul. 2021, Rad. 56236.

2.2. Conforme los parámetros establecidos *ut supra* la Sala dilucidará si de la prueba obrante en la actuación se infiere que la resolución administrativa emitida por los magistrados que integraban la Sala Plena del Tribunal Superior, el 26 de octubre de 2017, es atípica objetivamente por no ser contraria al ordenamiento jurídico.

En cuanto al tipo penal de *sujeto activo calificado*, no cabe duda que en su condición de servidores públicos, específicamente de Magistrados de la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, CARLOS MILTÓN FONSECA LIDUEÑA, ROBERTO VICENTE LAFAURIE PACHECO, JOSÉ ALBERTO DIETES LUNA, ISIS EMILIA BALLESTEROS CANTILLO, MYRIAM FERNÁNDEZ DE CASTRO BOLAÑO, MARTA ISABEL MERCADO RODRÍGUEZ, CARLOS ALBERTO QUANT ARÉVALO, LUZ DARY RIVERA GOYENECHÉ, ALBERTO DE JESÚS RODRÍGUEZ AKLE, DAVID VANEGAS GONZÁLEZ y CRISTIAN SALOMÓN XIQUES ROMERO, en ejercicio de sus competencias el 26 de octubre de 2017 emitieron el acto administrativo No. 088.

Conviene precisar que la mencionada Corporación Judicial, tal como lo tiene previsto el artículo 131 de la Ley 270 de 1996, es la autoridad nominadora del cargo de Juez Segundo Penal Municipal Ambulante de Santa Marta en el que, mediante acto administrativo nombró en propiedad al Dr. Orlando Gélvez Medina¹⁹.

Asimismo, de acuerdo a los elementos materiales probatorios que soportan la solicitud, advierte la Sala que el 12

¹⁹ Acuerdo No. 031 del 21 de marzo de 2013. Acta de Posesión No. 068 del 8 de mayo de 2013.

de marzo de 2016, un Juez en ejercicio de la función de control de garantías ordenó imponer medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en el lugar de residencia en contra del Juez Gélvez Medina²⁰.

Ante la privación de la libertad del prenombrado funcionario²¹, se comprobó que una vez comunicada por la autoridad que la ordenó conforme lo dispuesto en el artículo 359 de la Ley 600 de 2000, en concordancia con los artículos 135 y 147 de la Ley 270 de 1996, los magistrados indiciados expedieron la Resolución No. 035 del 17 de marzo de 2016, mediante la cual ordenaron la suspensión del empleo que ostentaba Gélvez Medina.

Se advierte, además que el 11 de octubre de 2017, un Juez de Circuito con funciones de conocimiento en sede de segunda instancia, revocó la prórroga de la medida de aseguramiento privativa de la libertad en lugar de residencia que pesaba en su contra “por vencimiento del término máximo legal de vigencia de la detención preventiva”, consecuentemente, la sustituyó por las no privativas de la libertad del artículo 307, literal B, numerales 3º, 4º, 5º y 8º y, ordenó la libertad provisional.

Con fundamento en lo anterior, el doctor Gélvez Medina mediante memorial del 24 de octubre de 2017, solicitó a los Magistrados de la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, el levantamiento de la suspensión y

²⁰ Audiencia preliminar realizada por el Juzgado Trece Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla dentro del CUI 110016000717201200140, por el delito de prevaricato por acción agravado en concurso sucesivo y homogéneo.

²¹ Comunicada por el Juez de Garantías mediante oficio No. 021 del 14 de marzo de 2016.

el reintegro a su cargo en propiedad como Juez Segundo Penal Municipal Ambulante de la misma ciudad, situación administrativa que dio origen a la expedición de la Resolución No. 088 del mismo mes y año, siendo esta la decisión que se censura de prevaricadora.

2.3. En cuanto al segundo aspecto, esto es, si la decisión proferida por los Magistrados de la Sala Plena es o no *manifiestamente contraria a la ley*, se hace indispensable examinar si la Resolución No. 088 del 26 de octubre de 2017, en lo que atañe a la decisión de ordenar el reintegro del funcionario, trasgrede la solución que el ordenamiento jurídico tiene previsto para resolver el asunto analizado.

Para que se configure el prevaricato por acción se requiere, se insiste, la «grosera» contradicción entre el ordenamiento jurídico y la providencia con independencia de si acertó o no en lo determinado, de suerte que al descartarse lo «*manifiestamente contrario a la ley*» no hay tipicidad objetiva.

De acuerdo con la Real Academia Española, lo «*manifiesto*» es aquello: «*descubierto, patente, claro*», en otras palabras, lo que para cualquiera que de forma imparcial observe la situación la perciba o distinga bien, que sea inteligible, fácil de comprender, evidente, que no deje lugar a duda o incertidumbre; de contera, no será palmariamente contrario al ordenamiento jurídico aquello que admita más de una interpretación o que genere discusión.

Según la *noticia criminal*, y los argumentos que esgrimió la Fiscalía, las normas supuestamente transgredidas con el

acto administrativo expedido por los magistrados indiciados son el artículo 147 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia) que regula lo concerniente a la suspensión en el empleo por sanción disciplinaria o por orden de autoridad judicial y, la sentencia emitida por el Consejo de Estado el 27 de noviembre de 2014 (Rad. 19001233100020020032501), que alude al reintegro tan solo cuando el proceso penal termina.

Para la Sala, lo resuelto en el acto administrativo contrario a lo expuesto en la denuncia no aparece contrario manifiestamente a la ley, pues no existe norma expresa, clara y precisa en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, y en la Ley 906 de 2004, ni la jurisprudencia sobre el tema ha sido pacífica; de suerte que lo decidido fue producto de la interpretación que la Sala Plena del Tribunal de Santa Marta hizo al marco normativo aplicable, apoyada en jurisprudencia vigente para la época, por lo tanto, no encuentra una incuestionable oposición entre lo decidido y lo que debió resolver, además, tampoco obra prueba con la cual determinar que con la resolución se haya prevaricado beneficiando de manera arbitraria al juez Orlando Gélvez Medina.

En efecto, como lo indicó la Fiscalía, la decisión de los magistrados de la Sala Plena de suspenderlo estuvo soportada en el artículo 359 de la Ley 600 de 2000²², pues el funcionario

²² **Art. 359. DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.** Cuando se imponga medida de aseguramiento en contra de un servidor público, en la misma providencia se solicitará a la autoridad respectiva que proceda a suspenderlo en el ejercicio del cargo. Mientras se cumple la suspensión, se adoptarán las medidas necesarias para evitar que el sindicato eluda la acción de la justicia (...)

judicial se encontraba afectado por la medida de aseguramiento privativa de la libertad en su lugar de residencia; pese a no existir en la Ley 906 de 2004 regulación en lo atinente a la privación de la libertad de un servidor público, consideraron que lo procedente era separarlo temporalmente de sus funciones con el propósito de evitar traumatismos en la prestación del servicio de la administración de justicia, pues su situación administrativa se ajustaba a una de las enlistadas en el artículo 135 de la Ley 270 de 1996²³.

Una vez puesto en su conocimiento por parte de la autoridad judicial, que el funcionario recobró la libertad al haberle sido sustituida la medida de aseguramiento por unas no privativas de la libertad, al desaparecer el supuesto fáctico que lo mantenía separado de sus funciones, consideraron que no existía razón alguna para no reintegrarlo al cargo.

Amén a lo anterior, sostuvo el doctor CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA²⁴, Magistrado integrante de la Sala Plena del Tribunal Superior de Santa Marta que ante la inexistencia de un acto administrativo que lo declarara insubsistente e incurso en una inhabilidad de las previstas en el artículo 150 de la Ley 270 de 1996²⁵, estimaron que lo procedente en el caso

²³ **Art. 135 SITUACIONES ADMINISTRATIVAS.** Los funcionarios y empleados pueden hallarse en alguna de las siguientes situaciones administrativas: (...) 2. Separados temporalmente del servicio de sus funciones, esto es: (...) suspendidos por medida penal o disciplinaria o prestando servicio militar.

²⁴ Interrogatorio de Indiciado del 27 de junio de 2019

²⁵ **Art. 150. INHABILIDADES PARA EJERCER CARGOS EN LA RAMA JUDICIAL.** No podrá ser nombrado para ejercer cargos en la Rama Judicial: (...) 3. Quien se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional. (...) **PARÁGRAFO.** Los nombramientos que se hagan en contravención de lo dispuesto en el presente artículo y aquéllos respecto de los cuales surgiera inhabilidad en forma sobreviniente, serán declarados insubsistentes mediante providencia motivada, aunque el funcionario o empleado se encuentre escalafonado en la carrera judicial.

del juez Gélvez Medina era ordenar su reincorporación al cargo que ostentaba en propiedad.

La interpretación que los integrantes de la Sala Plena dieron a dicho presupuesto, partió del hecho que en contra del funcionario no existía una decisión administrativa de vocación permanente que dispusiera la separación definitiva de sus funciones, si bien la libertad devino como consecuencia del vencimiento del término procesal previsto en el párrafo 1° del artículo 307 de la Ley 906 de 2004²⁶, al serle sustituida por otras no privativas de la libertad consideraron que la medida de aseguramiento no siguió siendo la misma, en ese orden, no se encontraba *“bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional”* para que se configurara la inhabilidad sobreviniente prevista en el numeral 3° del artículo 150 de la Ley 270 de 1996, por lo que estimaron que la decisión a adoptar no era otra que levantar la suspensión y ordenar el reintegro.

Ahora, sobre el levantamiento de la suspensión en el

²⁶ Parágrafo modificado por el artículo 1° de la Ley 1786 de 2016. Salvo lo previsto en los párrafos 2o y 3o del artículo 317 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año. Cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011 o de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), dicho término podrá prorrogarse, a solicitud del fiscal o del apoderado de la víctima, hasta por el mismo término inicial. Vencido el término, el Juez de Control de Garantías, a petición de la Fiscalía, de la defensa o del apoderado de la víctima podrá sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad de que se trate, por otra u otras medidas de aseguramiento no privativas de la libertad de que trata el presente artículo. En los casos susceptibles de prórroga, los jueces de control de garantías, para resolver sobre la solicitud de levantamiento o prórroga de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, deberán considerar, además de los requisitos contemplados en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, el tiempo que haya transcurrido por causa de maniobras dilatorias atribuibles a la actividad procesal del interesado o su defensor, caso en el cual dicho tiempo no se contabilizará dentro del término máximo de la medida de aseguramiento privativa de la libertad contemplado en este artículo.

ejercicio del cargo y la inhabilidad prevista en el numeral 3° del artículo 150 de la Administración de justicia, tanto la Corte Suprema de justicia como la Corte Constitucional antes de la decisión cuestionada y después de ella, han sostenido interpretaciones opuestas, en algunos casos dirigida al reintegro y en otras a su negativa, cuando se ha otorgado la libertad provisional por vencimiento de términos y, ahora, por pérdida de vigencia de la medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación, lo que demuestra la complejidad del tema y la falta de contrariedad de lo decidido en este caso particular y las normas aplicables para ese momento.

Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en las decisiones: (CSJ 4 de oct. de 2001, rad. 17576, CSJ 19 jul. 2002, rad. 12967, CSJ 19 dic. de 2000, rad. 13702), había dicho que:

(...) Si el efecto de la suspensión es privar de la libertad al servidor público, única manera en la que puede hacerse efectiva una medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a la libertad provisional. El efecto que genera la libertad provisional que se otorga en la actuación penal a ese mismo servidor público, no puede ser otro que el del levantamiento de la orden de suspensión que se había emitido. La razón es elemental: el desaparecimiento del supuesto fáctico que generó la orden de suspensión. Esa orden debe emitirse por parte del Funcionario Judicial con destino a la autoridad nominadora, la que además deberá recibir copia de la providencia con la cual se dispuso la libertad provisional, para que en uso de sus competencias administrativas disponga aquello a lo que en derecho haya lugar. En consecuencia, así se dispondrá en la parte resolutive de esta decisión.

Para la Corte Constitucional en sentencia C-558 de 1994, la potestad reconocida al nominador para declarar incurso en una inhabilidad a un funcionario contra el cual se adelanta un proceso penal aunque este goce del beneficio de la libertad, se ajusta a la Carta Fundamental. En esa oportunidad, sostuvo:

"Que una persona a quien se le haya dictado auto de detención por delito doloso, aunque goce del beneficio de excarcelación, o se haya proferido en su contra resolución acusatoria en proceso penal, no pueda ser nombrada en ningún cargo de la Fiscalía General de la Nación "mientras se le define su responsabilidad", es disposición tan lógica y obvia que no merece mayor análisis. Veamos: 1.- si un candidato a ocupar un empleo en la Fiscalía se encuentra detenido, es imposible que a la vez pueda desempeñar un cargo en esa entidad o en cualquiera otra; hay una imposibilidad física, y desde luego moral, pues existe indicio grave de que la persona es responsable de un hecho ilícito y mal podría entrar a laborar precisamente en el ente encargado de la investigación y acusación de todos los delitos; 2.- que a pesar de habersele dictado auto de detención se le concede el beneficio de excarcelación; ello no significa que la persona no ha cometido el delito, ni que no exista prueba alguna que lo comprometa. Lo que ocurre es que sí existe prueba de su presunta responsabilidad, pero la ley, por la clase de delito, autoriza que se le otorgue la libertad provisional, y entonces su responsabilidad queda en entredicho mientras no se dicte sentencia que la desvirtúe; 3.- que se haya proferido resolución de acusación en su contra, es aún más grave, porque en esa providencia ya se ha tipificado la conducta y una vez analizadas todas las pruebas existen no sólo uno sino varios indicios graves que comprometen seriamente su responsabilidad en el hecho delictivo, razón por la cual se le formulan cargos, decisión que pone fin a la etapa investigativa y da lugar a la iniciación del juzgamiento.

Ahora: que esas mismas causales se apliquen al personal que ya se encuentra vinculado a la Fiscalía, es lógico, pues en esta situación son predicables las mismas razones expuestas; a juicio de la Corte, a quien más debe exigírsele rectitud, honestidad, honradez y moralidad en todas

sus actuaciones, además de la idoneidad, probidad y eficiencia que su cargo le impone, es al personal que integra la planta de la Fiscalía General de la Nación, y a quienes pertenecen a la Rama Judicial, por que quien investiga, acusa, juzga y castiga, no puede ser objeto de la más insignificante tacha, que le impida ejercer su investidura con la transparencia, pulcritud y rectitud debida, para garantizar al máximo los derechos de los procesados, y cumplir así uno de los fines del Estado cual es la vigencia de un orden justo y la aplicación de una recta y eficaz justicia.

Si se acepta que en órganos como la Fiscalía presten sus servicios personas contra las cuales existen indicios graves de responsabilidad en la comisión de delitos dolosos, es tanto como admitir que se destruya el Estado de Derecho, pues la administración de justicia queda en manos de personas cuyas virtudes o condiciones personales están en entredicho y, por tanto, no serían garantía suficiente de un correcto ejercicio de la función pública asignada, ni son garantía para los procesados.”

Y, al declarar exequible el contenido normativo previsto en el artículo 150 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, había afirmado:

“Las situaciones que contempla la presente disposición para no poder ser nombrado en cargos en la rama judicial, suponen que la persona o no se encuentra física o mentalmente apta para asumir las funciones asignadas, o ha demostrado su incapacidad o su irresponsabilidad para manejar los asuntos que se confían a los servidores públicos. Cualquiera que sea el evento de que se trate, resulta evidente que no sólo la administración de justicia sino también la sociedad en general, se verían perjudicadas en caso de permitir que una persona bajo esas condiciones haga parte de la rama judicial. Así, se torna en un asunto de interés común el establecer unas limitaciones para el desempeño de determinados cargos, en especial cuando se trata de resolver jurídicamente los diversos conflictos que se pongan de presente²⁷”.

²⁷ CC sentencia C-037 de 1996

Posteriormente, en la sentencia T-827 de 2005 en un asunto en el que se dictó a un funcionario medida de aseguramiento con beneficio de excarcelación, dijo:

"En párrafos anteriores se indicó que existe una estrecha relación entre la presunción de inocencia, la garantía de libertad del sindicado y el derecho de defensa y contradicción: dado que la jurisdicción es la vía inexcusable para comprobar que una persona ha cometido un delito, únicamente hasta tanto la prueba se produzca y se haga valer en un proceso que cumpla con todas las exigencias propias de la garantía del debido proceso, puede la persona considerarse culpable y ser sometida a pena, antes no²⁸. (Subrayas dentro del texto).

La resolución proferida por la Fiscalía no se ajusta a lo dispuesto en las normas con fundamento en las cuales el Fiscal motivó su resolución. Como bien lo señala el a quo, y ya lo habíamos mencionado con anterioridad, la Fiscalía pierde de vista que estos preceptos contemplan dos situaciones absolutamente distintas: de un lado, la detención preventiva con beneficio de libertad provisional - figura esta que le fue aplicada al señor Terán Orozco - y, de otro, la detención preventiva sin beneficio de libertad provisional. La Fiscalía "unió en un solo haz los dos aspectos para considerar que toda detención preventiva origina la inhabilidad de que se viene hablando."

Por lo demás, en ningún momento la Corte Constitucional se ha pronunciado, como lo sugiere la entidad demandada, sobre el contenido del artículo 150 numeral 3º de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, ni sobre el artículo 79 numeral 3º del Estatuto Orgánico de la Fiscalía. (Subrayas dentro del texto). En sentencia C-037 de 1996 por medio de la cual la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad de la Ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, esta Corporación, al abordar el análisis de fondo del artículo 150²⁹, no hizo

²⁸ Ferrajoli, ob. Cit. p. 549.

²⁹ "Las situaciones que contempla la presente disposición para no poder ser nombrado en cargos en la rama judicial, suponen que la persona o no se encuentra física o mentalmente apta para asumir las funciones asignadas, o ha demostrado su incapacidad o su irresponsabilidad para manejar los asuntos que se confían a los servidores públicos.

referencia expresa y directa al numeral 3° del artículo 150, como lo insinúa el escrito que presenta la entidad demandada. Tampoco la sentencia C-1335 de 2000 citada en el escrito allegado por la Fiscalía bajo la referencia T-488491, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, interpreta tales disposiciones³⁰. Razón le cabe a quien actúa a nombre de los demandantes, cuando afirma que en la sentencia C-1335 de 2000 la Corte no pretendió decir que las personas que tengan medida de aseguramiento vigente y que gocen del beneficio de libertad provisional estén inhabilitadas para ocupar cargos en la Rama Judicial o en la Fiscalía.

No podría haber tenido en mente la Corte Constitucional esa posibilidad, tanto más por cuanto no es de su resorte realizar una interpretación contra legem. Como intérprete suprema de la Constitución, la Corte Constitucional puede fijar los alcances de aquellas disposiciones imprecisas, vagas, y abstractas, pero no puede realizar interpretaciones en contra del tenor literal de la ley, menos en un ámbito como el del derecho penal, en donde se aplica siempre y de preferencia la interpretación que

Cualquiera que sea el evento de que se trate, resulta evidente que no sólo la administración de justicia sino también la sociedad en general, se verían perjudicadas en caso de permitir que una persona bajo esas condiciones haga parte de la rama judicial. Así, se torna en un asunto de interés común el establecer unas limitaciones para el desempeño de determinados cargos, en especial cuando se trata de resolver jurídicamente los diversos conflictos que se pongan de presente. Dentro de los criterios expuestos, las causales de inhabilidad que establece la disposición bajo examen aparecen razonables, en virtud de la naturaleza de las labores que se asignan a quienes deseen hacer parte de esta rama del poder público. En este orden de ideas, conviene puntualizar que, para la Corte, la causal prevista en el numeral 5o debe interpretarse en forma restrictiva, pues de lo contrario se permitiría que cualquier destitución motivada en razones distintas a las previstas Constitucional o legalmente como justificativas para la pérdida del empleo, como las de haber incurrido en conductas delictivas o en graves faltas disciplinarias, conlleve a una inhabilidad que no responde al propósito esencial de la norma, cual es el que los servidores públicos que hagan parte de la administración de justicia se caractericen por su capacidad, su idoneidad y, principalmente, por su transparencia y rectitud para asumir las delicadas funciones que se les asignen. Por tal motivo, estima la Corte que el referido numeral es exequible, bajo la condición de que la destitución sea fundamentada en lo previsto en el artículo 122 de la Constitución Política, o que no haya transcurrido el respectivo término legal de inhabilitación. De igual forma, conviene señalar que la declaración de responsabilidad a que se refiere el numeral 6o deberá ser mediante sentencia judicial, tal como lo prevé el artículo 179-2 superior para el caso de los congresistas. Por último, entiende la Corte que la situación prevista en el numeral 7o, requiere de una evaluación particular dentro de cada caso en concreto, de forma tal que se determine fehacientemente que el consumo de bebidas, drogas o sustancias no autorizadas afecte de manera grave y trascendente el desempeño de las labores.”

³⁰ “Ninguna de las causales de libertad provisional tiene el efecto de revocar o suspender la medida de aseguramiento pues el único efecto de la libertad provisional es el de enervar la privación de la libertad que sobreviene a la imposición de la medida. Por ello están jurídicamente detenidos tanto el procesado afectado con medida que no se halla en libertad provisional como el procesado afectado con ella y que se encuentra en libertad provisional.”

más favorezca al imputado. En este caso, salta a la vista que la ley es suficientemente clara y no admite, por tanto, interpretaciones restrictivas.”

Ahora bien, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, el 2 de agosto de 2018, después de proferida la decisión censurada³¹, en un caso similar al ventilado en esta ocasión, en el que la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta a un magistrado de la Sala Penal del Tribunal de Villavicencio, mientras estuvo vigente lo mantuvo separado temporalmente del servicio de sus funciones, pero que al no prorrogarse y obtener la libertad provisional por orden de la autoridad competente; dispuso avalar que el funcionario retornara a su empleo³².

Empero, recientemente la misma Sala al analizar la situación de otro funcionario suspendido temporalmente, por unanimidad concluyó en sentido opuesto, esto es, que la excarcelación con la que había sido beneficiado no imponía su reintegro al cargo de Magistrado, por encontrarse inmerso en una inhabilidad para el ejercicio del cargo (art. 150-3 Ley 270 de 1996)³³. Sobre el particular, consideró:

Es decir, cuando a un funcionario o empleado de la Rama Judicial, luego de formulada la imputación de cargos, se le impone detención preventiva sin excarcelación, tras estimarse que se cumplen los requisitos previstos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004 por cuanto, de un lado,

³¹ 26 de Octubre de 2017

³² Acta CSG -0147, correspondiente a la sesión ordinaria de la Sala Plena celebrada el 2 de agosto de 2018, respecto de la solicitud de reintegro del Dr. Vargas Bautista, que luego de un estudio sobre su procedencia, recordó que en el Acuerdo No. 1044 la situación administrativa de suspensión del magistrado permanecería mientras la medida de aseguramiento se encontrara vigente, por lo que *“La Sala dispuso comunicar al interesado que tomó atenta nota de las comunicaciones, e igualmente el archivo de las mismas en la historia laboral correspondiente, así como en los antecedentes de la sesión”*.

³³ Acuerdo No. 1529 del 21 de enero de 2021, por el cual se mantiene una separación temporal del servicio.

de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, se infiere razonablemente que es autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, y de otro, la medida de detención carcelaria resulta necesaria para el cumplimiento de sus fines constitucionales (evitar la obstrucción a la justicia, el peligro para la comunidad y las víctimas y la eventual no comparecencia del imputado), dicha circunstancia se erige en una inhabilidad para el ejercicio de la función judicial. (...)

Los fundamentos de la medida de aseguramiento se encuentran vigentes a la fecha pues no se tiene noticia de que en el proceso penal la detención preventiva se haya recovado. La libertad que obtuvo el doctor Castellanos Roso obedeció a la sola circunstancia del vencimiento de los términos previstos en la ley 906 de 2004 para concluir la etapa del juicio, causal objetiva de excarcelación que mantiene incólume los términos de la medida de aseguramiento decretada en su contra el 20 de octubre de 2018.

Para la Sala Plena, en conclusión, la vigencia de los fundamentos fácticos probatorios y jurídicos que sustentaron la medida de aseguramiento de detención preventiva sin libertad provisional impuesta al doctor Castellanos Roso, constituye la concurrencia de la inhabilidad consagrada en el artículo 150-3 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia para desempeñarse como Magistrado de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá. Por ende, no es procedente disponer su reintegro a dicho cargo.

Ahora, conforme las normas transcritas a lo largo de esta providencia y la jurisprudencia sobre la materia, frente al desarrollo de un proceso penal que se adelante contra un funcionario judicial se producen distintas consecuencias jurídicas de tipo laboral administrativo. En efecto, los artículos 147 y 150 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, le atribuyen al nominador la posibilidad de decretar en relación con el funcionario afectado por una medida de

aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de libertad provisional, o bien sea la suspensión temporal en el cargo mientras se resuelve el proceso o la insubsistencia en su nombramiento y, por ende, el retiro del servicio³⁴. Pero no previó el alcance y procedencia a que se reintegre a sus labores una vez se ordene su excarcelación por vencimiento de términos o por pérdida de la vigencia de la detención preventiva, como en este evento.

Es decir, en el caso puesto a consideración no existía en el ordenamiento procesal penal, en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, ni en otra legislación una norma clara y precisa que regulará la situación, dicho vacío dio lugar a que los magistrados indiciados apoyados en jurisprudencia que para ese momento estaba vigente, profieran la resolución bajo la interpretación que a su juicio era la acertada, circunstancia que desestima su manifiesta oposición al ordenamiento jurídico.

La interpretación del artículo 147 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, hace referencia a los efectos legales que conlleva la suspensión en el empleo y el reintegro definitivo de los funcionarios que han sido exonerados de los cargos penales y/o disciplinarios endilgados, pero no regula lo concerniente a la posibilidad del reintegro cuando se suspende o cambia la medida precautelar de la libertad, que era el caso del juez Gélvez Medina.

Asimismo, la Ley 906 de 2004, régimen bajo el cual es procesado el funcionario, tampoco reguló la situación, por lo

³⁴ CC T-982 de 2004

que los indiciados consideraron que al no existir norma que prohibiera el reintegro el mismo era procedente; tampoco estaba incurso en una causal de inhabilidad de las contempladas en el artículo 150 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, específicamente, en los numerales 3° y 6°, en modo tal que forzara a los magistrados a negar la incorporación, ya que la medida privativa de la libertad que pesaba en su contra había sido sustituida por una no privativa de la libertad, a lo que se suma que la actuación penal que se le adelanta no ha finiquitado, en tanto, la presunción de inocencia no había sido desvirtuada.

Así entonces, frente a este panorama legal y jurisprudencial, para los magistrados de la Sala Plena del Tribunal Superior de Santa Marta, la suspensión del funcionario desde el punto de vista penal tuvo como propósito hacer efectiva la medida de aseguramiento, y desde el administrativo evitar la perturbación de la buena marcha del servicio público de la administración de justicia, por lo que en su criterio, al momento de obtener la libertad provisional la existencia de una inhabilidad sobreviniente desapareció y con ella la razón para mantenerlo separado del cargo.

Ante esas circunstancias, para la Sala es incontrovertible que la interpretación dada por los indiciados a las disposiciones de la Ley Estatutaria de Justicia y plasmada en la Resolución No. 088 del 26 de octubre de 2017, en tratándose de un asunto administrativo puesto a su consideración y en virtud del cumplimiento de sus competencias como autoridad nominadora, para los efectos del tipo penal estudiado, no contraviene manifiestamente el ordenamiento jurídico, ni

cualquier otro texto legal, con la cual sea posible pregonar la comisión del delito de prevaricato por acción; pues asoma atendibles de cara a los preceptos que regulaban la materia.

Las razones para arribar a tal determinación, como lo explicó el ente fiscal, deviene como consecuencia del análisis ponderado, y comprensible de las normas generales acerca de las situaciones administrativas en las que se ven incursos los funcionarios y empleados judiciales que son objeto de un proceso penal y/o disciplinario, sin que exista una normatividad concreta que regule el levantamiento de la suspensión del empleo una vez han obtenido la libertad provisional en la respectiva actuación.

Basta recordar que esta Corporación de tiempo atrás ha sostenido que en el prevaricato por acción no encuadran las providencias que resulte 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, por cuanto en el prevaricato el juicio no es de acierto sino de legalidad³⁵.

En decisión de 23 feb. de 2006, Rad. 23901, sostuvo:

“no caben en ella las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su enorme complejidad o por su misma ambigüedad admiten diversas interpretaciones u opiniones, pues no puede ignorarse que en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución.

³⁵ CSJ SP14999-2014, reiterada con el auto AP5279-2018, 5 dic. 2018, Rad. 52549, y recientemente con el AP2521-2021, 23 jun. 2021, Rad. 53660.

Como tampoco la disparidad o controversia en la apreciación de los medios de convicción puede ser erigida en motivo de contrariedad, mientras su valoración no desconozca de manera grave y manifiesta las reglas que nutren la sana crítica, pues no debe olvidarse que la persuasión racional elemento esencial de ella permite al juzgador una libertad relativa en esa labor, contraria e inexistente en un sistema de tarifa legal”.³⁶

Así las cosas, dado que la decisión se sustentó en una interpretación válida y razonable de las normas aplicables, con soporte en la jurisprudencia disponible en ese momento, pese a las críticas que puedan hacerse a ellas, que sus planteamientos se compartan o no, estas circunstancias demuestran, se itera, que no es manifiestamente contraria a la ley y, por lo tanto, atípica objetivamente.

En consecuencia, la Sala precluirá la presente indagación con fundamento en la causal esbozada por el representante del ente acusador, esto es, la prevista en el numeral 4° del artículo 332 del Código Procesal Penal (Ley 906 de 2004).

Por lo expuesto, la Sala Especial de Juzgamiento de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

PRIMERO. - PRECLUIR la indagación que por el punible de prevaricato por acción adelanta la Fiscalía Once Delegada ante la Corte Suprema de Justicia en disfavor los Magistrados

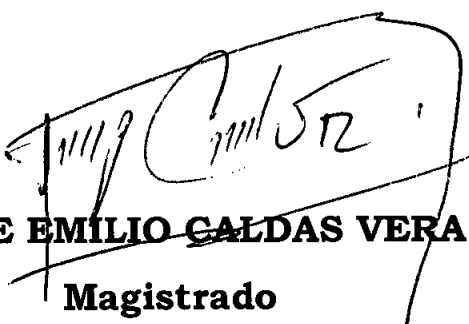
³⁶ Reiterado en las providencias CSJ SP 28 feb. 2007, Rad. 22185; SP 18 jun. 2008, Rad. 29382; SP 22 ago. 2008, Rad. 29913; SP 3 jun. 2009, Rad. 31118; SP 26 may. 2010, Rad. 32363; SP 31 ago. 2012, Rad. 35153; SP 10 abr. 2013, Rad. 39456; SP 26 feb. 2014, Rad. 42775; SP 21 may. 2014, Rad. 42275; SP707-2019, 6 mar. 2019, Rad. 51916, entre otras providencias.

de la Sala Plena Tribunal Superior de Santa Marta, CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA, ROBERTO VICENTE LAFAURIE PACHECO, JOSÉ ALBERTO DIETES LUNA, ISIS EMILIA BALLESTEROS CANTILLO, MYRIAM FERNÁNDEZ DE CASTRO BOLAÑO, MARTA ISABEL MERCADO RODRÍGUEZ, CARLOS ALBERTO QUANT ARÉVALO, LUZ DARY RIVERA GOYENECHÉ, ALBERTO DE JESÚS RODRÍGUEZ AKLE, DAVID VANEGAS GONZÁLEZ y CRISTIAN SALOMÓN XIQUES ROMERO, por las razones expuestas en la parte motiva.

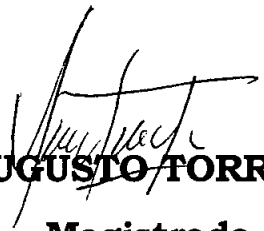
SEGUNDO. - NOTIFICAR en estrados esta decisión, y **ADVERTIR** que contra ella proceden los recursos de reposición y apelación.

TERCERO. - ARCHIVAR la actuación, una vez quede en firme esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado


BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrado



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado



RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario