



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

SEP 153-2022

Radicación N° 52456

Aprobado mediante Acta No. 122

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

VISTOS

Una vez celebrado el juicio oral y cumplida la audiencia para los fines contemplados en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, corresponde a esta Sala dictar sentencia dentro del proceso adelantado en contra de los abogados **JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA** y **LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ**, en su condición de conjueces de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba, acusados como coautores del delito de prevaricato por acción, conforme a lo indicado en el artículo 413 del Código Penal.

IDENTIDAD DE LOS ACUSADOS

JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 6.884.977 expedida en Montería

(Córdoba), nació el 19 de septiembre de 1961 en esa misma ciudad, hijo de Graciniano Olascoaga Romero y Elvira Rada, profesión abogado.

LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 6.892.959 expedida en Montería (Córdoba), nació el 22 de octubre de 1964 en ese mismo municipio, hijo de Edelberto Cepeda Castillo y Antonia Díaz, profesión abogado.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Los abogados **JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA** y **LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ** fueron acusados por la Fiscalía General de la Nación como presuntos coautores responsables del punible de prevaricato por acción previsto en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000.

Los hechos jurídicamente relevantes sobre los cuales la Fiscalía edificó la acusación tienen origen el 26 de agosto de 2010, fecha en la que Ana Cecilia Arias Moreno en su condición de Juez Primero Civil del Circuito de Montería dentro de proceso ejecutivo promovido por José Luis Pérez Rivera y otros contra la Fiduciaria La Previsora, el departamento de Córdoba y el Ministerio de Educación, libró mandamiento de pago por valor superior a \$5.000.000.000 que fueron objeto de transacción aceptada por aquella, a pesar que el apoderado de los demandantes no tenía facultades para ello, los títulos no fueron aprobados por Fiduprevisora y por ende carecían de validez y mérito ejecutivo así como por la falta de competencia

de la juez, por lo que se inició investigación disciplinaria No. 23-001-11-02-002-2011-00108 Grupo 1, en contra de esta última por parte de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba.

La actuación disciplinaria, adelantada por los Magistrados Miguel Alfonso Mercado Vergara y Ramón de Jesús Jaller Dumar culminó en primera instancia con sentencia del 24 de junio de 2015, donde se le impuso a la juez Ana Cecilia Arias Moreno, sanción de destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos por 10 años, determinación que fue notificada mediante edicto del 6 al 8 de julio de 2015.

El 26 de junio de 2015, a través de apoderado judicial, la juez Ana Cecilia Arias Moreno interpuso acción de tutela en contra de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba, alegando la vulneración a sus derechos fundamentales al debido proceso disciplinario, defensa, contradicción, doble instancia e igualdad, por cuenta de varias decisiones -nugatoria de recursos y falta de trámite a recusación- adoptadas dentro del proceso disciplinario.

Posteriormente, el 9 de julio de 2015, sustentó el recurso de apelación en contra de la sentencia del 24 de junio, el que le fue concedido a través de auto del 14 de julio de 2015 y desatado mediante providencia del 13 de agosto de 2015 por parte de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, donde se confirmó en su totalidad la sentencia de primera instancia.

Luego, el 26 de agosto de 2015, el conjuuez ponente **LUIS GREGORIO CEPEDA DIAZ** admitió la acción de Tutela promovida por Ana Cecilia Arias Moreno y dispuso como medida provisional la suspensión del proceso disciplinario adelantado contra la accionante; más adelante, con auto del 28 de agosto, el conjuuez dictó auto aclaratorio de la medida de suspensión provisional ampliando sus efectos a la sentencia de segunda instancia del 13 de agosto de 2015 dictada por el Consejo Superior de la Judicatura.

Finalmente, el 8 de septiembre de 2015, **LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ** y **JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA**, emitieron fallo de la acción constitucional donde resolvieron tutelar los derechos fundamentales al “debido proceso administrativo disciplinario”, defensa, contradicción, doble instancia e igualdad a favor de Ana Cecilia Arias Moreno y en consecuencia, decretaron la nulidad parcial del proceso disciplinario a partir del auto del 19 de mayo de 2015, por el cual se negó una prueba reclamada por la defensa consistente en la práctica de pericia sobre asuntos de derecho.

Con fundamento en esos hechos, la Fiscalía General de la Nación le atribuyó a los conjuueces el ilícito de prevaricato por acción, pues -concluyó- admitieron y tramitaron la acción de tutela sin agotarse el principio de subsidiariedad; utilizaron jurisprudencia inaplicable para soportar la viabilidad de analizar por esa vía la constitucionalidad de actos de trámite; y dejando sin efectos incluso el fallo disciplinario de segunda instancia dictado por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, autoridad a la que no

vincularon a la acción constitucional, omitiendo en la sentencia de tutela incluso las consideraciones efectuadas por la accionada y citando jurisprudencia inaplicable.

En sentir del delegado del ente acusador, los acusados desconocieron de manera evidente y con pleno conocimiento el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 por inaplicación del principio de subsidiariedad de la acción de Tutela, el artículo 55 de la Ley 270 de 1996 ya que no resolvieron todos los asuntos planteados por los intervinientes en la acción constitucional, artículo 236 del Código de Procedimiento Civil que revela improcedente el dictamen pericial sobre puntos de derecho y los artículos 21, 115, 198 y 205 de la Ley 734 de 2002, estas últimas normas vigentes para la época de los acontecimientos.

TRÁMITE PROCESAL

1. La Fiscalía Segunda Delegada ante esta corporación, para el 26 de enero de 2018, ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, formuló imputación de cargos contra **JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA** y **LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ**, como coautores del delito de prevaricato por acción previsto en el artículo 413 de Ley 599 de 2000 con las circunstancias de menor y mayor punibilidad previstas en los artículos 55-1 y 58-9, 10 de la misma obra¹.

2. La misma delegada, radicó escrito de acusación el 23 de marzo de 2018 ante la Secretaría de la Sala de Casación

¹ C. 1 conocimiento original, folio 27

Penal de la Corte Suprema de Justicia, siendo asignado el asunto al Despacho del H.M. Fernando Alberto Castro Caballero, el cual remitió la actuación a esta Sala por competencia, el 26 de julio de 2018².

3. El 27 de mayo de 2019, se llevó a cabo audiencia de formulación de acusación contra **JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA** y **LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ**, donde se les señaló como coautores del delito de prevaricato por acción con circunstancias de menor y mayor punibilidad, indicadas en los artículos 55-1 y 58-9 y 10 de la Ley 599 de 2000.

4. En sesión del 5 de febrero de 2020³, esta corporación adelantó la audiencia preparatoria que culminó con la emisión y lectura de auto el 28 de mayo de 2020, en el cual se decretaron pruebas solicitadas por las partes, sin que contra tal determinación se interpusieren recursos⁴.

5. Luego, en sesión del 1º de marzo de 2022, se llevó a cabo la audiencia de juicio oral, donde se produjo la introducción probatoria y los alegatos de conclusión de las partes.

6.- Finalmente, el 8 de noviembre de 2022, se produjo la audiencia de lectura de sentido de fallo y adicionalmente se agotó el trámite a que alude el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

² C. 1 conocimiento original, folios 1-26, 35, 40

³ Ibidem, folios 108-110

⁴ Ibidem, folios 131-169, 171-173

ALEGACIONES FINALES

En virtud de lo dispuesto en el artículo 443 de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía, el Ministerio Público, el representante de víctimas y la defensa expusieron sus argumentos de conclusión, así:

1. La Fiscalía

La delegada del ente acusador comienza por señalar que ha sido acreditada más allá de toda duda tanto la materialidad de la conducta de prevaricato por acción como la responsabilidad de los acusados **OLASCOAGA RADA** y **CEPEDA DÍAZ**, por la instrumentalización de la acción de tutela como favor judicial.

Se ha probado desde la formulación de imputación la condición de los acusados, quienes fueron designados como conjuces de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura desde el año 2015 y bajo cuya condición dictaron fallo de tutela a favor de Ana Cecilia Arias Moreno el 8 de septiembre de 2015, quien ostentaba la condición de disciplinada dentro del radicado 20100108 de esa misma corporación.

Ese fallo, es manifiestamente contrario a lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política y el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, que definen a la acción de tutela como un mecanismo subsidiario de protección de derechos y -conforme a la jurisprudencia- cuando no exista otro medio de defensa judicial. También desconoce el mandato del

artículo 55 de la Ley 270 de 1996, según el cual las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados por los sujetos procesales, que ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional.

Así mismo, el fallo de tutela desconoce la Ley 734 de 2002, en particular los artículos 21 de integración normativa, 87 sobre el procedimiento en caso de impedimento o recusación, 115 sobre el recurso de apelación, 198 sobre decisión de impedimentos y recusaciones y 207 sobre recursos, además del artículo 236 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época de los hechos y en lo concerniente a la prueba pericial.

Refiere que la prueba demuestra la existencia objetiva de la conducta punible y que se desarrolla en el contexto de tres actuaciones judiciales:

En primer lugar el proceso ejecutivo 201000233, sobre cuya existencia obran las documentales de la Fiscalía enumeradas 1 a 4 así como las estipulaciones probatorias, con las que se demostró que el 25 de agosto de 2010 José Luis Pérez Rivera y otros, mediante apoderado judicial presentaron demanda ejecutiva contra el departamento de Córdoba, la Fiduprevisora y el Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones del Magisterio, y cuyo propósito era condenar a los demandados al pago de sumas derivadas de derechos de jubilación. Se probó además que el asunto correspondió a la Juez Primero Civil del Circuito de Montería, quien libró mandamiento de pago, decretó el embargo y retención de dineros y aprobó un acuerdo presentado por las partes por

valor de \$5.560.934.511 y dio por terminado el proceso, ello sin que tuviere competencia para esto y sin que el abogado de una de las partes estuviere facultado para conciliar, por lo que era válido el proceso disciplinario que se adelantaba contra la juez.

En segundo lugar, el proceso disciplinario radicado 201100108, que se hallaba en curso cuando la disciplinada Arias Moreno decidió interponer acción de tutela. Conforme a las pruebas documentales 5 a 23 y las estipulaciones 4.1 a 4.13, 5, 3, 13.6 y 22, se obtiene que el 24 de abril de 2012 el Consejo Seccional de la Judicatura abrió investigación contra la juez y el 8 de octubre de 2014 le formuló cargos que fueron respondidos por la disciplinada el 30 de octubre de ese mismo año, donde además elevó solicitud de pruebas, para luego, el 15 de mayo de 2015 rendir versión, misma oportunidad donde reclamó la práctica de prueba pericial con expertos en derecho penal que emitieran concepto sobre la conducta de prevaricato, exigencia que fue negada en auto del 19 de mayo de esa misma anualidad por extemporánea, ya que sólo fue solicitada en diligencia de versión libre y por cuanto contrariaba el artículo 236 del Código de Procedimiento Civil al que se acude por remisión del artículo 21 de la Ley 734 de 2002, determinación frente a que el apoderado de la disciplinada interpuso recursos ordinarios que fueron negados por improcedentes en auto del 26 de mayo, por cuanto la impugnación era viable ante la negativa de la solicitud probatoria efectuada en los descargos, etapa ya superada en esc asunto, decisión esta última frente a la cual se presentó recurso de queja, el que también fue negado con providencia del 29 de mayo de 2015.

En ese mismo asunto, el 4 de junio de 2015, la disciplinada Arias Moreno presentó ante el magistrado Mercado Vergara, documento a través del cual interpuso una recusación contra Aura María Osorio, quien había sido designada como conjuez para debatir un punto del fallo disciplinario, solicitud que fue negada por el magistrado ponente en auto del 9 de junio de 2015, expresando que la recusación era dilatoria y que reservaría los argumentos frente a su improcedencia al fallo; luego, el 12 de junio de 2015, la disciplinada presentó los alegatos de conclusión en torno al proceso disciplinario.

Para el 24 de junio de 2015, el Consejo Seccional integrado por los Magistrados Miguel Alfonso Mercado Vergara y Ramón de Jesús Jaller profirió sentencia por la cual Ana Cecilia Arias Moreno fue destituida del cargo de Juez Primero Civil del Circuito de Montería e inhabilitada para ejercer cargos públicos por 10 años, providencia que fue notificada mediante edicto del 6 al 8 de julio de 2015 frente a la que la disciplinada interpuso recurso de apelación el 9 de julio, siendo confirmada la decisión por el Consejo Superior de la Judicatura el 13 de agosto de 2015⁵.

Se demostró con la lectura de los apartes pertinentes de los documentos aportados como prueba, sobre las circunstancias en que se surtió el trámite del proceso disciplinario y que la juez Arias Moreno rindió descargos, solicitó pruebas, fue escuchada en versión libre, se le

⁵ En el record de la audiencia de juicio oral (minuto 03:41:10) la Fiscalía indicó que se trató del 13 de julio, mas de acuerdo a la gráfica que estaba proyectando se obtiene que se trataba en realidad del 13 de agosto de 2015.

notificaron las decisiones y tuvo la oportunidad de interponer recursos, así como que el fallo de primera instancia no agotaba el proceso disciplinario.

En tercer lugar, la acción de tutela radicada 20150032 es el asunto en el cual se ejecuta la conducta punible por los acusados. Las pruebas documentales número 24 a 30 aportadas por la Fiscalía así como las estipulaciones probatorias identificadas con los números 2.1, 2.2, 6, 7.1, 8.1 a 8.5, 9 y 10, permiten establecer que el 26 de junio de 2015 Ana Cecilia Arias Moreno interpuso acción de tutela cuando estaba aún en trámite el proceso disciplinario y cuando sólo se había dictado la sentencia de primera instancia, y que con autos del 26 y 28 de agosto proferidos por el Conjuez Luis Gregorio Cepeda Diaz, se admitió la acción de tutela al tiempo que se impuso medida provisional de suspensión del proceso disciplinario, y aunque fueron advertidos los conjueces por parte del Consejo Seccional como Superior de la Judicatura acerca de la improcedencia de la acción constitucional en tanto había un trámite en curso y que para entonces ya se había dictado sentencia de segunda instancia, estos emitieron la sentencia de tutela del 8 de septiembre de 2015, que fue revocada el 3 de febrero de 2016 por parte de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Refiere la Fiscalía que es evidente que en el trámite de tutela y disciplinario se abordaron los mismos alegatos y no se cumplió con el principio de subsidiariedad, por cuanto la acción disciplinaria estaba en curso cuando se interpuso la

acción de tutela; no se cumplió con el deber de motivación de la sentencia constitucional por cuanto no se tuvieron en cuenta las razones esbozadas en el fallo disciplinario de segunda instancia sobre nulidad y las atinentes a la recusación, no se valoró tampoco la normativa en cuanto a la solicitud de perito en el Código de Procedimiento Civil ni tampoco se refirió a la razón por la que se negó el recurso de queja; los acusados fueron conscientes sobre la improcedencia de la acción de tutela y de la garantía de derechos de la accionante y a pesar de ello decidieron amparar derechos presuntamente vulnerados para dilatar el proceso disciplinario hasta que operara el fenómeno de la prescripción. Se ha demostrado el dolo en la comisión de la conducta, en tanto se tramitó una tutela haciendo las veces de instancia adicional al proceso disciplinario y sin motivación, siendo menester una sentencia de condena que contenga las circunstancias de menor y mayor punibilidad endilgadas.

Más tarde, en ejercicio del derecho de réplica, indicó que desde la admisión de la tutela, el decreto de la medida provisional y el fallo sí transcurrieron 14 días pero lo relevante no es el tiempo acontecido sino lo que aconteció en el procedimiento, esto es, que en ese periodo los magistrados tanto del Consejo Seccional de la Judicatura como del Consejo Superior de la Judicatura, advirtieron a los conjuces sobre la improcedencia de la acción de tutela, no solo por afectar el principio de subsidiariedad sino porque el fallo disciplinario ya contaba con decisión de segunda instancia. Los conjuces fallaron la tutela sin indicar nada sobre las razones del Consejo Superior para resolver que la nulidad del proceso no era

procedente, pues cada una de las peticiones de la disciplinada fueron atendidas con el consecuente sustento jurídico.

Indicó que no es de recibo el argumento según el cual los conjuces procuraron evitar un perjuicio irremediable de la accionante, pues el mecanismo no sólo era improcedente sino que el proceso disciplinario ya había concluido; los acusados eran conscientes de la ilicitud de su comportamiento no solamente porque fueron advertidos de ello sino que la contrariedad era tan manifiesta y burda que sus conocimientos en derecho les permitían comprender tal ilicitud y que la única beneficiada de su comportamiento era la accionante, que no buscaba una oportunidad para preservar sus derechos sino que se produjera la prescripción sobre el proceso disciplinario. Si en gracia de discusión se admitiera un error, ello sería sobre la admisión de la tutela y la medida provisional, pero las comunicaciones del 28 y 31 de agosto presentadas como pruebas 27 y 28 de la Fiscalía habrían sustraído del error a los acusados, que para la fecha del fallo de tutela ya estaban advertidos sobre la ilicitud de su actuar, por lo que advierte que la Fiscalía no intuye la responsabilidad sino que la fundamenta en las actuaciones surtidas en el juicio, que permiten inferir un comportamiento doloso de los acusados pues conocían los hechos, las normas, las pruebas y con todo procuraron la realización de una conducta manifiestamente contraria a la ley.

2. Representante de víctimas –Rama Judicial

El apoderado de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial subrayó que la Fiscalía cumplió con la demostración

de su teoría del caso y la responsabilidad de los acusados en torno al desconocimiento de sus deberes como funcionarios, por lo que debe emitirse sentencia condenatoria en su contra por el delito de prevaricato por acción.

Enuncia como hecho demostrado que Ana Cecilia Arias en su condición de juez civil del circuito de Montería conoció un proceso ejecutivo que era de competencia de la jurisdicción laboral, lo que generó un proceso disciplinario en su contra, siendo que las pruebas refieren tanto la existencia del proceso ejecutivo como las actuaciones agotadas por la togada dentro de la misma.

Sobre el proceso disciplinario también hubo demostración en juicio y se acreditó que dentro del mismo la juez Ana Cecilia Arias solicitó que se decretara como prueba un peritaje en derecho y también reclamó una recusación, ambos pedimentos que le fueron negados, así como también que se le impuso una sanción mediante sentencia del 24 de junio de 2015 que le fuere notificada el 8 de julio del mismo año, donde el órgano sancionador reveló que efectivamente la disciplinada carecía de competencia para conocer la demanda pues era un asunto de naturaleza laboral, aunado a que la transacción mediante la cual se dio por terminado el proceso ejecutivo no tenía validez. La decisión sancionatoria fue objeto de apelación por parte de la disciplinada el 9 de julio de 2015 donde señaló que actuó conforme a derecho y reclamó la nulidad de la actuación disciplinaria, exigencia que fue desatada mediante sentencia del 13 de julio de 2015 donde se negó la nulidad impetrada y se confirmó la decisión del 24 de junio.

Se acreditó también que el 26 de junio de 2015, Ana Cecilia Arias Moreno presentó acción de tutela en contra de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura con las mismas censuras que señaló en el recurso de apelación que radicó posteriormente y, que el 26 de agosto de 2015 se admitió la tutela y dispuso medida provisional por parte del conjuez LUIS GREGORIO CEPEDA DIAZ, determinación que fue aclarada con pronunciamiento del 28 de agosto del mismo año.

Se indicó como motivación del fallo de tutela que se debía determinar si el fallo de primera instancia adolecía de defectos que vulneraran su legalidad y que lo planteado por la accionante ofrecía duda sobre la afectación de sus derechos fundamentales y que el fallo del 13 de agosto de 2015 del Consejo Superior de la Judicatura no había quedado en firme, lo que va en contravía del artículo 205 de la Ley 134 de 2012; siendo acreditado también que en el curso de la acción de tutela los magistrados Miguel Mercado y Julia Emma Garzón advirtieron a los conjueces de la improcedencia de la misma por cuanto se estaba adelantando la actuación disciplinaria y no obstante aquellos en decisión del 8 de septiembre de 2015 accedieron a las pretensiones de la actora y decretaron la nulidad parcial del trámite disciplinario desde el auto del 19 de mayo de 2015, donde se negó el decreto de una prueba pericial.

Resalta que de la providencia de tutela no se extrae siquiera una sola consideración acerca que el proceso disciplinario ya había culminado con fallo de segunda instancia y, con todo, su alcance se extendió hasta aquella, sin siquiera tener en cuenta sus fundamentos; propone jurisprudencia que

no desarrolla reglas jurisprudenciales aplicables al caso, desconoce el artículo 21 de la Ley 134 de 2002 con relación a la prueba pericial y que además fue estudiado en el fallo dictado por el Consejo Superior de la Judicatura. La decisión de tutela fue revocada el 13 de marzo de 2016 donde se informó acerca de sus irregularidades, dentro de las que destaca que no se hubiere examinado la sentencia de segunda instancia del proceso disciplinario a pesar de su existencia y que para el momento de la presentación de la acción de tutela existía otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz.

Considera que las conductas desarrolladas por los acusados se adecúan al tipo penal de prevaricato, por cuanto reclama sujeto activo calificado, consiste en proferir resolución, dictamen o concepto y ello se acredita con las pruebas allegadas al expediente que emitieron tres determinaciones manifiestamente contrarias a la ley dado que desconocieron la normatividad aplicable. En efecto, dictaron decisiones en contravía del principio de subsidiariedad de la acción y se accedió a las pretensiones de la actora con base en afirmaciones como la no ejecutoria del fallo disciplinario, lo que no es cierto conforme al artículo 205 de la Ley 734 de 2004.

Agrega que la Sala de Casación Penal se ha pronunciado acerca de la obligatoriedad del precedente y que su desconocimiento puede estructurar el tipo penal de prevaricato y da cuenta que casos análogos se deben resolver de manera similar y que en el caso concreto los falladores de tutela tuvieron conocimiento que la acción constitucional promovida por Ana Cecilia Arias no cumplía con el requisito de

procedibilidad ya indicado, por cuanto así se lo advirtieron sus homólogos en la Sala e incluso se les dio cuenta acerca del fallo de segunda instancia en el proceso disciplinario, por lo que es evidente la transgresión al ordenamiento jurídico. Se afectó con la decisión contraria a la ley el bien jurídico de la administración pública pues los acusados desatendieron sus roles apartándose del derecho aplicable sin que mediara justificación alguna, además que de acuerdo a su experiencia y formación eran conscientes de la antijuridicidad de su comportamiento y no obra causal de exculpación alguna, por lo que debe emitirse contra estos, sentencia de carácter condenatorio.

3. Representante del Ministerio Público

Señala que el problema jurídico tiene que ver con la atribución a los acusados del delito de prevaricato por acción y luego de escuchar las intervenciones de la Fiscalía y la víctima, considera que la discusión se centra en establecer si efectivamente la Fiscalía General de la Nación logró demostrar el elemento manifiestamente contrario a la ley y la responsabilidad de los acusados, pues este delito es eminentemente doloso siendo ese el problema jurídico que se debe analizar y resolver.

Estima necesario valorar la premisa fáctica y la cronología de las actuaciones relevantes en los ámbitos ordinarios y constitucional y que tienen incidencia temporal y jurídica en las decisiones judiciales que se tomaron y que fueron atribuidas como delito a los conjuces, para subrayar que

desde la emisión del fallo disciplinario de primera instancia y la presentación de la acción de tutela transcurrieron dos días, desde el reparto de la acción constitucional al Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba al fallo del 8 de septiembre de 2015 transcurrieron dos meses y desde aquel, al fallo de segunda instancia de tutela otros 4 meses 18 días aproximadamente, lo que nada consulta el procedimiento breve y expedito de la acción de tutela, factor contemporáneo que significa que no había claridad en el desarrollo de la actuación desde la medida provisional y su aclaración hasta el fallo de tutela reprochado. Con las pruebas allegadas y estipulaciones probatorias se puede demostrar la faz objetiva del tipo penal, pero de acuerdo a esos medios de convicción, se pregunta si ¿quedan claros los problemas que se endilgan desde el decreto y atracción de la medida provisional para efectos que la Fiscalía funde ahí el dolo que exige el delito?

Entiende que no refulege un desfase interpretativo de la normatividad ya que las medidas provisionales podían adoptarse a petición de parte u oficio sin que ello pueda interpretarse como una actuación con fin protervo, de ahí que el conjuce CEPEDA DIAZ advirtió el apremio basado en una *“duda probable en la posible violación de las garantías al debido proceso”* y porque al momento de ejecutarse la sanción de destitución se generaría la vacancia definitiva del cargo, por lo que extendió los efectos de la medida a todo el proceso disciplinario, justificación que se refuerza además en que a pesar que la tutela se presentó el 26 de junio de 2015 sólo hasta el 10 y 25 de agosto se llevó a cabo la posesión de los conjuces designados. Además, la admisión de la acción por la Sala

conformada refleja que para el 26 de ese mes y año ya figuraba la nueva circunstancia jurídica, como es el acaecimiento de la confirmación de responsabilidad sin que con ello se comporte ninguna contrariedad con las disposiciones pertinentes, pues desde el inicio la accionante procuró la protección temporal de sus garantías y los acusados tomaron una decisión frente a la ejecución de una sanción ante un eventual perjuicio irremediable, mientras adoptaban su decisión definitiva.

Estima llamativo que se atribuya un flagrante desconocimiento del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 y el precedente jurisprudencial o que los conjuces actuaron en un ámbito vedado o que era innecesaria la definición de la recusación propuesta, pues para ello es preciso examinar las circunstancias que rodearon el fallo, de donde se advierte que, los acusados desarrollaron, según su particular entendimiento, el criterio que señala la procedencia excepcional de la tutela para *“controvertir actos de trámite proferidos en el marco de un proceso disciplinario desde la óptica de los defectos fácticos y procedimental”* y para ello verificaron los presupuestos generales y construyeron un esquema de cargos de la acción constitucional que ostentaba la pretensión de ordenar al magistrado ponente practicar pruebas negadas, conceder recursos negados y darle trámite legal a una recusación como medio para sanear el proceso y salvaguardar los derechos de la accionante. Para el Ministerio Público, los derroteros de la sentencia de tutela no violan la prohibición general de oponerse a los actos preparatorios de ese trámite dictados en el proceso disciplinario porque aun cuando la accionante tenía otro escenario de discusión, esta era excepcional si la decisión que

tiene la potencialidad de definir la situación especial y sustancial de la actuación era irrazonable o desproporcionada y con ella se vulneraban garantías constitucionales.

Considera, después de examinar el proceder de los conjuces, que su actuación no cumple con los calificativos señalados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para el delito de prevaricato y que su comportamiento puede conllevar a un error de tipo vencible y a la atipicidad del mismo pues, con las pruebas estipuladas aducidas e incorporadas, se puede demostrar la materialidad del delito pero no su aspecto subjetivo, ello teniendo en cuenta el artículo 32-10 de la Ley 599 de 2000.

Concluye que se debe exonerar entonces a los conjuces por la ocurrencia de un error de tipo o, si se advierte que se materializa la conducta, atendiendo incluso los argumentos esbozados por la Fiscalía y víctimas, se imparta aquella por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

4. Defensor de los acusados

Comienza por subrayar que el debate no está asociado a la responsabilidad disciplinaria de Ana Cecilia Arias, por lo que las evidencias 1 a 24 que presenta la Fiscalía y que fueron estipuladas no tienen relevancia jurídica en este asunto.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SP 1499 de 2014 expresó que el delito de prevaricato por acción reclama la actuación de un servidor

público como sujeto activo calificado y que si bien en este asunto se identificó a sus prohijados como tales por su calidad de conjuces del Consejo Superior de la Judicatura, no se tuvo en cuenta lo indicado por la Corte Constitucional en la C-335 de 2008 que distinguió, para efectos de ese delito, a los servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas, sobre quienes debe recaer un trato diferenciado.

En el primer radicado citado, la Corte Suprema de Justicia indicó que el servidor público al interpretar los hechos, pruebas, conducta y ley crea derecho para administrar justicia en el caso concreto y para defender la dignidad y majestad de la justicia y se ha reconocido su autonomía e independencia en el ejercicio de aquella función constitucional, de donde se colige que a diferencia del servidor público, el funcionario judicial, en este caso los conjuces, goza de autonomía para interpretar los hechos que se someten a su conocimiento y aplicar las normas constitucionales y legales que juzgue apropiadas para la solución del conflicto.

Se refiere a los pilares sobre los cuales plasmó la acusación, comenzando por el desconocimiento del principio de subsidiariedad, subrayando que conforme a la sentencia T-161 de 2017 de la Corte Constitucional, la acción de tutela no tiene como objeto reemplazar a los medios ordinarios con que cuentan los ciudadanos para su defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para salvaguardar un perjuicio irremediable, mas dado el objeto de la acción constitucional, enmarcado en la protección efectiva de derechos fundamentales, al analizar su procedibilidad se debe

valorar cada caso en concreto, pues no basta la existencia de un medio ordinario de defensa judicial sino la verificación de su idoneidad y eficacia, entendido el primero como la aptitud del mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales y el segundo como que el mecanismo esté diseñado en forma que brinde la oportunidad de una protección integral al derecho amenazado.

En el caso concreto, si bien para la presentación de la acción de tutela ya había sido dictado fallo disciplinario de primera instancia, para el momento de estudio de su admisión aún el proceso disciplinario se hallaba en trámite, por lo que al anunciarse la vulneración de derechos fundamentales durante la ejecución del proceso disciplinario la decisión se extendió al fallo de segunda instancia.

Adiciona que dentro del proceso disciplinario adelantado contra Ana Cecilia Arias se solicitó en el pliego de cargos que se incluyera un abogado especializado que determinara si su proceder configuraba una conducta delictiva, pero ello fue negado por el Consejo Seccional de la Judicatura así como el recurso contra esa decisión, al tiempo que tampoco se dio trámite al recurso de queja propuesto, bajo el argumento que se trataba de una prueba extemporánea e imposible, siendo que los conjuces no debatieron en el fallo de tutela si había razón o no en la solicitud probatoria, sino en la posibilidad que le fue negada a la actora frente a dichos recursos. Señala que la prueba fue solicitada de manera oportuna y que de acuerdo a lo indicado en el artículo 177 del Código Único Disciplinario

se pueden solicitar pruebas en la versión libre, situación que fue desconocida por el operador judicial.

Con relación al incidente de recusación que la Fiscalía estableció como innecesario, recordó que conforme a la sentencia C-532 de la Corte Constitucional, las consideraciones allí expuestas sobre impedimento y recusación son plenamente aplicables en materia disciplinaria. La figura del impedimento contenida en el artículo 87 de la Ley 734 de 2002 debe interpretarse sistemáticamente con el artículo 180 de esa misma obra, modificado por el artículo 59 de la Ley 1464 de 2000, norma que no fue atendida en el caso concreto por el magistrado ponente, siendo que se negó la recusación de plano, a pesar que la jurisprudencia constitucional ha indicado que la decisión que niega la recusación es susceptible de reposición por el superior funcional del juez disciplinario, conforme lo señala el artículo 110, por lo que no obstante se solicitó la recusación, el proceso no se suspendió para someterla a reparto sino que fue rechazada por el magistrado ponente presentándose así una irregularidad en el proceso disciplinario; la Fiscalía indica que la recusación fue activada por la disciplinada para dilatar el proceso por cuanto la magistrada Aura Osorio no fungía como magistrada ponente y no tenía poder decisorio en el asunto, y que los acusados no tuvieron en cuenta que aquella no participó en la redacción y confección de la sentencia y que por ende no podía ser objeto de recusación, mas la norma no alude a la recusación de quien decida el caso sino de quien lo conozca.

Sobre el aspecto subjetivo de la conducta, resalta que sus defendidos obraron conforme a derecho y considerando que efectivamente hubo violación de los derechos fundamentales de la tutelante y aunque el tipo penal no reclama un fin corrupto, esto es la finalidad de favorecer a un tercero sino defraudar el contenido objetivo de la norma, la Fiscalía se ocupó de intuir las intenciones de los conjuces por favorecer a Ana Cecilia Arias; la tutela se declaró procedente conforme a los precedentes jurisprudenciales frente a la negativa de pruebas dentro del proceso disciplinario y consecuente vulneración a los derechos al debido proceso y defensa. Los acusados eran conscientes de la licitud de la decisión que adoptaban y la vulneración de los derechos de la tutelante y lo único que hicieron fue sanear el proceso disciplinario, siendo inviable predicarse prevaricato del ejercicio hermenéutico desarrollado acorde a fines, valores y principios constitucionales.

Finaliza señalando que los hechos objeto de la presente investigación tuvieron origen en un mandamiento de pago del 26 de agosto de 2010 pero sólo hasta finales de octubre de 2014 y mediados de 2015 se reactivó, cuando se hallaba ad portas de prescribir, por lo que el operador judicial lo que hizo fue producir las providencias de primera y segunda instancia a como diera lugar, desconociendo los derechos de defensa y sin reconocer ningún recurso, por lo que no puede atribuirse a los conjuces que percibieron una vulneración flagrante del debido proceso aquella negligencia, si se quieren buscar responsables debe preguntarse sobre qué pasó en el proceso disciplinario durante cuatro años que estuvo inactivo y sobre los fallos de

primera y segunda instancia en tres meses, con desconocimiento de los derechos de la accionante.

Posteriormente, en desarrollo de la réplica a lo anunciado por la Fiscalía, refiere que si hubo manifestaciones de un superior jerárquico de los conjuces sobre la improcedencia de la acción de tutela, aquellas atentarian contra la autonomía e independencia de aquellos, los cuales no actuaban como juez disciplinario sino constitucional.

Con relación al fenómeno de la prescripción y el presunto ánimo corrupto que tendrían los procesados, el primero acaece por el transcurso del tiempo y no se perfecciona en un mes, por lo que insiste en su cuestionamiento sobre qué aconteció con el proceso disciplinario durante 4 años; el asunto estaba a dos meses de alcanzar la prescripción, por lo que el magistrado ponente sabía que cualquier suspensión del asunto acarrearía este fenómeno, razón por la que sistemáticamente negó el debido proceso a la tutelante que fue lo que los acusados protegieron a través de la sentencia de tutela.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

A la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia le compete la función de proferir sentencia dentro del proceso adelantado en relación con **JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA** y **LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ**, de conformidad con el artículo 235-5 de la Carta Política,

modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018 que radica en ella la competencia para juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, entre otros funcionarios, a los magistrados de los consejos seccionales de la judicatura, cargo que se apareja con los desempeñados por los acusados, cuando fungieron como conjueces (artículo 61, Ley 270 de 1996) de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba. En ejercicio de la anotada función judicial, los acusados dictaron las providencias sobre las cuales recae la acusación por el delito de prevaricato por acción, de ahí que, pese a que actualmente no ostentan el cargo, conforme a lo indicado en el parágrafo del señalado artículo 235, compete a esta Corte su juzgamiento.

2. Del fallo a proferir

En el análisis que debe emprender la Sala ha de tener en cuenta que conforme al artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para dictar sentencia condenatoria es necesario que de las pruebas legal y oportunamente obtenidas, se llegue al «*conocimiento más allá de toda duda*» acerca de la ejecución de la conducta punible objeto de reproche y de la responsabilidad de los acusados, conclusión que debe surgir de la valoración integral de los medios de convicción, acorde con las reglas de la sana crítica, según lo previsto en el artículo 380 *idem*.

Bajo este marco jurídico, tomando como punto de referencia la acusación formulada por la Fiscalía General de la Nación en contra de **JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA** y **LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ**, y las alegaciones

presentadas por partes e intervinientes al final del juicio oral, se abordará el examen de la conducta punible que se les reprocha, para determinar si se acredita el estándar de conocimiento arriba señalado para condenar; en otro caso, si el análisis integral de las pruebas recaudadas acredita que no se estructuró el delito objeto de acusación, que los acusados no son los responsables de los mismos o se llegue a incertidumbre sobre estos presupuestos, de acuerdo al derecho fundamental de la presunción de inocencia desarrollado constitucional y legalmente, se deberá impartir sentencia de carácter absolutorio.

Entonces, se abordará este asunto comenzando por la indicación de la conducta por la que se acusó a los citados y la manera en que se tipifica, se analizarán y valorarán las pruebas allegadas en el juicio oral, se expondrán los argumentos que permiten concederles o no credibilidad y se responderá a los alegatos de los sujetos procesales.

3. Del delito de prevaricato por acción

El artículo 413 del Capítulo Séptimo (*“Del prevaricato”*) del Título XV (*“Delitos contra la administración pública”*) del Libro Segundo del Código Penal (Ley 599 de 2000), se refiere al delito bajo el siguiente tenor literal:

“Artículo 413. Modificado art. 14, Ley 890 de 2004. Prevaricato por acción. *El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) meses a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales*

vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por sesenta (60) meses.

De acuerdo a la literalidad de la norma, los elementos constitutivos de la conducta punible corresponderían con: a) sujeto activo calificado –servidor público-, b) proferir resolución, dictamen o concepto y c) que alguno de estos pronunciamientos sea manifiestamente contrario a la ley.

Ahora, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁶, con relación a los anotados elementos ha expresado:

“i) El sujeto activo del delito de prevaricato por acción es calificado, para cuya comisión se requiere la calidad servidor público en el autor, aspecto que no ofrece ningún tipo de controversia en el sub iudice.

ii) Que aquel servidor público en ejercicio de sus funciones emita la resolución, dictamen o concepto; entiéndase por resolución aquella que no es solamente la providencia emitida por autoridad judicial sino también por funcionario administrativo, en ejercicio uno u otro de sus respectivas atribuciones; y no necesariamente ha de presentar los caracteres formales de auto interlocutorio o de sentencia, lo que importa es que en ella el empleado oficial decida algo en ejercicio de su función.

iii) Que la decisión adoptada bien sea resolución, dictamen o concepto sea “manifiestamente contraria a la ley” es decir que aquella tenga una notoria discrepancia entre lo decidido por un funcionario público y lo que debió decidir, o como tantas veces se ha dicho, que exista una contradicción evidente e inequívoca entre los resuelto por el funcionario y lo mandado por la norma”.

Con relación a este último ítem, ha subrayado también la Corte Suprema de Justicia que la mera disonancia entre el pronunciamiento y las normas sustanciales o procesales no resulta suficiente para la imputación jurídica, sino que tal

⁶ CSJ SCP, 21 ago. 2013, rad. 39751

disparidad “... no admita justificación razonable alguna⁷”. Señaló además que la expresión “*manifiestamente contraria a la ley*” constituye un ingrediente normativo del tipo penal que debe ser patente y que violente el texto y sentido de la norma, siendo que no pueden considerarse prevaricadoras las decisiones “*desacertadas*” que se funden en “*en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso*”, de ahí que se muestre opuesta a la norma que ampararía esa decisión “*revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo*”⁸.

Frente al aspecto subjetivo de la tipicidad, éste implica que la decisión haya sido dictada con conocimiento acerca de los hechos constitutivos de la infracción penal y con voluntad de realización. Evidentemente, la modalidad es dolosa en cuanto encarna “*la contrariedad entre lo resuelto y el ordenamiento jurídico debe ser producto de la voluntad conscientemente dirigida a emitir una decisión ilegal*”, en tanto no tendrían esta connotación “*las decisiones cuya oposición manifiesta a la Ley deriva de la impericia, ignorancia o inexperiencia del funcionario*”⁹.

También la Corte Suprema de Justicia ha amparado la determinación del aspecto subjetivo de la conducta en condiciones personales del procesado como su trayectoria

⁷ CSJ AP, 29 jul. 2015, rad. 44031

⁸ CSJ SP, 13 ago. 2003, rad. 19303

⁹ CSJ SP, 16 may. 2018, rad. 52545

profesional o *“las explicaciones ofrecidas con base en los hechos que procesalmente resultaron inexistentes, ocultados o tergiversados”*¹⁰. Se adiciona además a estos criterios, que la Corporación ha acuñado el concepto de *“finalidad corrupta”* como aquella donde aun existiendo conocimiento de la antijuridicidad del comportamiento, decide el actor proferir una decisión contraria a derecho, aspecto que no resulta un elemento del tipo subjetivo sino que lo integra. Dijo la Corte:

“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 concurra el ánimo protervo de beneficiar ilícitamente a otra persona.

(...)

*En esas condiciones, cuando el funcionario judicial en ejercicio de sus funciones resuelve apartarse tozudamente del orden jurídico, desconocerlo por un acto deliberado de poder o quebrantarlo por la única razón de ser esa su voluntad, obra también con una finalidad corrupta, pues por esa vía está alterando, trastocando o depravando la función jurisdiccional misma, que no debe estar orientada por propósitos personales o egoístas, sino por la realización de la justicia material.” (Negritas fuera de texto)*¹¹.

Ahora, en torno al objeto material del delito de prevaricato, la jurisprudencia constitucional ha señalado que *“no es solamente la providencia emitida por autoridad judicial sino también por funcionario administrativo, en ejercicio uno y otro de sus respectivas atribuciones; y no necesariamente ha de*

¹⁰ CSJ SP, 3 ago. 2005, rad. 22112

¹¹ CSJ SP, 16 may. 2018, rad. 52454

presentar los caracteres formales de auto interlocutorio o de sentencia, lo que importa es que en ella el empleado oficial decida algo en ejercicio de su función”¹².

Es preciso señalar que el delito de prevaricato por acción es de conducta instantánea, pues al materializarse el acto manifiestamente contrario a la ley se perfecciona y agota el tipo sin consideración de sus efectos¹³, además sin que se exija la ejecutoria de la providencia¹⁴.

Finalmente, el bien jurídico tutelado corresponde a la administración pública, que se ve afectado con el irrespeto a la legalidad, rectitud y honradez que se reclama a los servidores públicos.

3.1. De la tipicidad

3.1.1. De la tipicidad objetiva

3.1.1.1. De acuerdo a la estipulación probatoria No. 2, consignada en acta y verbalizada en audiencia preparatoria del 5 de febrero de 2020, se acordó por las partes, la calidad foral de los acusados de acuerdo a los siguientes hechos:

El señor **JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA** se desempeñó como conjuer de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba, conforme a designación que se le hiciera por parte de

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-335 de 2008

¹³ PABON PARRA, Pedro. Manual de Derecho Penal, Tomo II Parte Especial, Bogotá. 2011

¹⁴ Cfr. CSJ SP, 15 nov. 2001. rad. 14040

la Sala Plena de ese mismo Consejo a través de acta extraordinaria No. 030 del 10 de agosto de 2015, nominación para la que tomó posesión el 25 de ese mismo mes y año¹⁵.

Por su parte, **LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ** asumió como conjuuez de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba el 10 de agosto de 2015, conforme a designación que le hiciera esa misma corporación con acta No. 10 del 2 de abril de 2014¹⁶.

Los acusados, habiendo actuado como conjuueces adscritos a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba, y conforme a lo indicado en el artículo 123 de la Constitución Política, ostentan la condición de servidores públicos y por ende la calidad especial que reclama la descripción típica, pues aunque asumieron esa función de manera temporal, durante la misma obraron como autoridades judiciales. Al respecto, explicó el Consejo de Estado¹⁷:

“La figura de los conjuueces cumple un triple propósito: a) suplir las faltas de los Magistrados titulares cuando sean separados del conocimiento de un asunto por razón de impedimento o recusación; b) dirimir los empates en las corporaciones judiciales y c) completar el quórum decisorio cuando ello sea necesario. (...) En cualquiera de estas hipótesis en que los conjuueces son llamados a integrarse transitoriamente a los cuerpos judiciales colegiados, es claro que participan del ejercicio de la función judicial. En ese sentido, al hacer la revisión previa de constitucionalidad de la ley estatutaria de administración de justicia, la Corte Constitucional aclaró que cuando los conjuueces asumen esa función no actúan como particulares (v.gr. los árbitros y conciliadores referidos en el artículo 116 C.P.), sino como servidores públicos transitorios, sui generis, sujetos al mismo

¹⁵ C. estipulaciones probatorias, folio 1

¹⁶ C. estipulaciones probatorias, folio 1

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 9 nov. 2016, rad. 11001-03-06-000-2016-00113-00 (2303)

régimen jurídico de los funcionarios judiciales a los cuales remplazan. (...) De este modo, al ejercer transitoriamente función judicial, los conjuces (i) asumen las atribuciones propias de todo juez; (ii) quedan sujetos a las mismas responsabilidades, deberes y régimen de impedimentos y recusaciones de los jueces; y (iii) tienen derecho a una remuneración (artículos 61 LEAJ y 115 CPACA)

En la cita, el Consejo de Estado alude a la sentencia C-037 de 1996, donde la Corte Constitucional aclaró el momento desde el cual los conjuces serían servidores públicos. Dijo:

Desde el momento en que aceptan su nombramiento como conjuces, adquieren los designados una calidad especial: la de estar en posibilidad de ser llamados a administrar justicia en determinados negocios. Y cuando este llamamiento ocurre, el conjuce no sólo debe aceptarlo, sino posesionarse y prestar el juramento correspondiente. Posesionado, es ya un servidor público, para todos los efectos legales en relación con el negocio en que actúe. Servidor público especial, sui generis, pero servidor público, con unas funciones determinadas

3.1.1.2. En lo concerniente al objeto material de la conducta punible y que coincide con los elementos normativos de “resolución¹⁸, dictamen o concepto” que reclama la descripción típica, es perentorio para la Sala precisar que no obstante la acusación concentró primordialmente el reproche de ilegalidad en la **Sentencia de Tutela del 8 de septiembre de 2015**, sobre la cual alegó que ostentaba “*manifiesta ilegalidad*”¹⁹ al tiempo que señaló a **OLASCOAGA RADA** y **CEPEDA DÍAZ** como coautores de un “*único delito de prevaricato por acción*”²⁰, también advirtió y abordó como

¹⁸ “El término resolución se ha de entender en sentido amplio, como el decidir, manifestar voluntad, determinación con relevancia jurídica, que hace el agente con motivo o por causa del ejercicio de su cargo o funciones, y que expide con el lleno de las formalidades legales; comprende entonces todos los actos administrativos -verbales o escritos-, los decretos, las resoluciones administrativas, las providencias, autos y sentencias emitidos por cualquier servidor público”, según PABON PARRA, Pedro Alfonso, Manual de Derecho Penal – Parte Especial, Octava Edición, Bogotá, 2011, pág. 966

¹⁹ C. 1 conocimiento, folio 12

²⁰ Ibidem, folio 17

temática “irregularidades en el trámite y en la sentencia de tutela que configura el prevaricato”²¹ mencionando, en efecto, que las providencias de admisión y aclaración del auto admisorio suscritas por **CEPEDA DÍAZ** serían contentivas de irregularidades sustanciales, por lo que se concluye que los **autos del 26 y 28 de agosto de 2015** también constituyen el anotado objeto material.

En el **Auto del 26 de agosto de 2015** dispuso el conjuerz ponente **LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ**:

*“**Primero.** Admitir la presente acción constitucional, interpuesta por la doctora Ana Cecilia Arias Moreno, a través de apoderado judicial, en contra del Consejo Seccional de la Judicatura Sala Disciplinaria de Córdoba, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

***Segundo.** Ordenar como medida provisional, la suspensión del proceso disciplinario adelantado en contra de Ana Cecilia Arias Moreno (...) adelantado por el Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba Sala Jurisdiccional Disciplinaria...”*

Luego, en el **Auto del 28 de agosto de 2015**, el mismo acusado decidió:

“... adoptar como medida provisional la suspensión de la ejecución de la sentencia dictada el 24 de junio de 2015, por la Sala Jurisdiccional del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba, que le impuso a la accionante la sanción de destitución del cargo, por las siguientes razones que la hacen urgente y necesaria:

3. De otro lado, referente al fallo de segunda instancia proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que de conformidad a las copias anexas a la solicitud referenciada, tiene fecha 13 de agosto de 2015, no ha sido notificado

²¹ Ibidem, folio 6

en legal forma a esta Corporación, lo que indica que la misma no ha quedado en firme.

Es claro entonces, que la medida de la suspensión provisional se extiende al fallo de segunda instancia”.

Por su parte, la **Sentencia de Tutela del 8 de septiembre de 2015** dentro del radicado No. 23-001-11-02-002-2015-00032 resolvió lo siguiente:

“Primero. *Tutelar los derechos fundamentales al debido proceso administrativo disciplinario, defensa y contradicción, principio constitucional a la doble instancia, e igualdad de la accionante ANA CECILIA ARIAS MORENO, identificada con la Cédula de Ciudadanía 41.690.961 de Bogotá, los cuales venían siendo conculcados por la Sala Jurisdicción (sic) Disciplinaria Del Consejo Seccional De La Judicatura De Córdoba, dentro del proceso disciplinario radicado No. 23-001-11-02-002-2011-00108 grupo 1.*

Segundo. *Consecuencialmente, decretar la nulidad parcial o relativa del proceso disciplinario radicado No. 23-001-11-02-002-2011-00108 grupo 1 de la Sala Jurisdicción (sic) Disciplinaria Del Consejo Seccional De La Judicatura De Córdoba, a partir inclusive del auto de fecha 19 de mayo de 2015 mediante el cual se niega el decreto de la prueba de peritos expertos en el área del derecho penal y todo el trámite posterior que de ello dependa.*

Tercero. *Otórguesele a la Sala Jurisdicción (sic) Disciplinaria Del Consejo Seccional De La Judicatura De Córdoba el término de 48 horas para el cumplimiento del presente fallo, conforme lo dispuesto en el artículo 27 del decreto 2591 de 1991”*

El fallo anotado, estuvo precedido de las actuaciones que se ilustran a través de la siguiente línea de tiempo, que resulta fundamental para el contexto del asunto, y tiene fundamento en la prueba documental allegada por la Fiscalía. Veamos:

- La Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba abre investigación disciplinaria contra la Juez Primero Civil del Circuito de Montería, Ana Cecilia Arias Moreno, por posible falta disciplinaria en el proceso ejecutivo 2010-00233-4 . C. 1 pruebas documentales, prueba No. 5, folio 26
- La Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba, formula pliego de cargos contra la Juez, por falta gravísima consistente en realizar objetivamente el delito de prevaricato por acción. Ibidem, prueba No. 6, folio 28
- La Juez Ana Cecilia Arias Moreno, contesta pliego de cargos y solicita la práctica de pruebas. Ibidem, pruebas Nos. 7, 8, folios 42-49
- Ana Cecilia Arias Moreno, rinde versión libre ante la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba y solicita "se proceda a designar peritos expertos en materia penal para que (...) emitan un concepto pericial en ese sentido, es decir si se dan los presupuestos del art. 413 del CP". C. pruebas documentales, prueba No. 9, folio 9
- El magistrado ponente de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura niega la prueba solicitada por la disciplinada, argumentando que el "pedimento es absolutamente ilegítima por cuanto la oportunidad de solicitar pruebas ya feneció (...) dada que, en este caso era en los descargos, oportunidad que ya tuvo la inculpada como consta en autos". Ibidem, prueba No. 10
- El defensor de ANA CECILIA ARIAS MORENO, radica "apelación contra el auto que negó pruebas, reposición contra el cierre probatorio y su respectiva sustentación". Ibidem, prueba No. 11, folio 58
- Por auto de sustanciación, el magistrado ponente señala que "la apelación se anota que es absolutamente improcedente por cuanto tal impugnación es viable pero cuando se interpone contra el auto que niega las pruebas que se soliciten en las descargos" según el art. 115 de la Ley 734 de 2007; no repone lo referente al cierre del término probatorio y declara improcedente la nulidad del traslado para alegaciones, y concluye que "se rechaza el escrito referenciado por su manifiesta dilación señalándose que está vigente el término dado para alegaciones" y que "de las argumentaciones expresadas en el presente proveído se colige que contra el mismo no procede recurso alguno". Ibidem, prueba No. 12, folio 64
- Ana Cecilia Arias Moreno interpone recurso de queja frente a la providencia del 26 de mayo de 2015, señalando que "debe prosperar el recurso de queja ante el superior en razón a que la finalidad del recurso de apelación presentado versa justamente sobre la solicitud de práctica de pruebas que fue negada por el señor juez disciplinario y la ley dice que contra la decisión que niega la práctica de pruebas procede el recurso de apelación (art. 115)". Ibidem, prueba No. 13, folio 68
- Por auto de sustanciación, el magistrado ponente "mantiene su posición de rechaza en desarrollo del poder de ordenación consagrada en el artículo 38, numeral 2 del CPC", agrega que en el auto del 26 de mayo de 2015 quedaron consignadas las razones para no conceder la apelación por lo que resulta innecesario repetir esa argumentación y dado que esa providencia reafirma la postura sentada en proveído del 19 de mayo de 2015 no necesitaba término de ejecutoria ni es objeto de recursos, de ahí que la queja es extemporánea. Advierte que se presenta una manifiesta dilación del litigio con fines protervos. Ibidem, prueba No. 14, folio 72
- Ana Cecilia Arias Moreno, radica memorial ante el magistrado ponente donde recusa a AURA MARIA OSORIO RUIZ quien "ha venido actuando como CONJUEZ" dado que aquella ha actuado en calidad de abogada litigante dentro de proceso ejecutivo que se adelantó en su Despacho, atendiendo la causal 5 del artículo 84 de la Ley 734 de 2002. Ibidem, prueba No. 15, folio 75

Conforme a la gráfica, para la fecha de presentación de la acción de tutela por parte de Ana Cecilia Arias Moreno (26 de junio de 2015), habrían transcurrido dos días desde la expedición del fallo disciplinario de primera instancia (24 de junio de 2015), en tanto para el día en que fueron dictados los autos de admisión de la acción de tutela e imposición de medida provisional de suspensión del proceso disciplinario y su aclaración, por parte de los acusados (26 y 28 de agosto de 2015), ya se habría producido fallo de segunda instancia en ese mismo asunto (13 de agosto de 2015).

3.1.1.3. Para el ente acusador, de acuerdo al panorama fáctico descrito, se habría admitido y tramitado la acción de tutela por parte de **OLASCOAGA RADA** y **CEPEDA DÍAZ** sin atender el *principio de subsidiariedad* a que alude el artículo 86 de la Constitución Política, así como el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, en tanto dicha acción constitucional fue radicada por Ana Cecilia Arias Moreno antes de presentar los recursos contra el fallo disciplinario, además que para el momento de su admisión ya se había dictado fallo de segunda instancia en el proceso disciplinario, sin que fuere de recibo el argumento del conjuez sustanciador, según el cual, dado que no le había sido notificado este último fallo no estaría en firme, determinación que va en contravía de lo indicado en el artículo 205 de la Ley 734 de 2002.

3.1.1.3.1. Pues bien, comenzando el estudio del tipo objetivo, a partir del contenido del **Auto del 26 de agosto de 2015**, por el cual se admite la acción de tutela y se atiende positivamente la imposición de una medida cautelar dirigida a

la suspensión del proceso disciplinario adelantado en contra de Ana Cecilia Arias Moreno, se advierte de manera palmaria una imprecisión en su motivación, pero que no afecta la decisión adoptada: en efecto, aduce la providencia, que la acción de tutela se promovió por la vulneración de derechos fundamentales en las sentencias de primera y segunda instancia proferidas dentro del radicado 2011-00406, a pesar que al transcribir los hechos y pretensiones de la misma en forma alguna se alude a tales sentencias de ahí que incluso la medida cautelar recae sobre el proceso disciplinario y no sobre algún pronunciamiento de fondo en particular.

Tal circunstancia, aunada al acto de admisión de la acción constitucional, no implican el desconocimiento del mandato constitucional y legal de la “*subsidiariedad*” pues, el estudio de este principio no se agota en el auto admisorio de la acción constitucional, ya que éste solo se ocupa de avocar el conocimiento de la solicitud, en tanto se acrediten los requisitos formales, para así dar lugar a la obtención de las pruebas y las contestaciones que harán parte del contradictorio que será insumo de la decisión de fondo, donde entre otros aspectos, se valora la procedencia de la tutela y surge necesario efectuar el estudio indicado en el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991.

Véase que la Corte Constitucional ha subrayado el carácter excepcional y restrictivo del rechazo de la demanda de tutela, en el entendido que la informalidad de la acción conlleva a la ausencia de especiales exigencias que hagan inviable la admisión, de donde se infiere que la verificación del

agotamiento del presupuesto de subsidiariedad no es una de estas. Así lo explicó:

“la acción de tutela no se encuentra sujeta a fórmulas sacramentales o a requisitos especiales, de lo que se deriva: (i) que el ejercicio de la acción no exige acreditar el derecho de postulación, ya que, incluso, puede ser interpuesta por intermedio de un agente oficioso o de las entidades legalmente habilitadas para ello; (ii) que, en casos de urgencia, cuando el tutelante no sepa escribir o se trate de un menor de edad, puede ser ejercida de manera verbal y, (iii) que los presupuestos formales de la demanda de tutela se encuentran taxativamente regulados en el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991. Estos últimos corresponden a los siguientes: (i) una narración de los hechos que la originan. (ii) El señalamiento del derecho que se considera amenazado o violado, sin que sea necesario, en todo caso, citar expresamente la norma constitucional infringida y sin perjuicio de la obligación del juez de amparar todos aquellos derechos que encuentre vulnerados, incluso, sin que la parte actora los hubiere invocado formalmente. Finalmente, (iii) la identificación, de ser posible, de la entidad pública o persona autora de la amenaza o agravio”²².

Concluyó que *“la regla general en la materia, entonces, es la admisión de las acciones y el correlativo deber para los jueces de tramitarlas y dictar la sentencia que en derecho corresponda, claro está, con la garantía del debido proceso a todas las partes y terceros con interés”*, por lo que, con apoyo en lo expuesto más arriba, la ausencia de verificación del requisito de subsidiariedad para la expedición de la providencia bajo examen, no representa una manifiesta contrariedad a la ley.

Ahora bien, el estudio y disposición acerca de las medidas cautelares invocadas que regula el artículo 7° ibidem, también resulta un asunto que se puede desatar en esa misma

²² Corte Constitucional. Sentencia T-149 del 23 de abril de 2018

providencia, dado que *“la facultad de proferir medidas provisionales se encuentra habilitada desde la presentación de la acción de tutela hasta antes de proferir sentencia”*²³ siempre que la misma, aunque se adopte en una etapa donde aún no existe certeza sobre el sentido de la decisión de fondo, y por tanto urgente y expedita, se acoja de manera responsable y justificada²⁴. En este asunto, el actor reclamó la medida cautelar para que *“cesen las violaciones a los derechos fundamentales mencionados o en su defecto infórmese al juez disciplinario para que no se emita fallo de fondo en dicho juicio hasta tanto se decida en primera y segunda instancia esta acción constitucional”*²⁵ y al efecto, el conjuez elaboró un discurso donde aludió al propósito de las medidas cautelares, su provisionalidad, excepcionalidad, modificabilidad y alcance en procura de la tutela judicial efectiva, encontrando que conforme a la solicitud podía advertirse una *“duda probable en la posible violación de garantías al debido proceso de la disciplinada hoy accionante, que no es posible determinar o verificar sino al finalizar la presente acción constitucional”*²⁶ de donde encontró razonable, conforme a los hechos y pretensiones plasmados, la medida preventiva, de ahí que no se observa en la providencia analizada y conforme su motivación, determinación que resulte reprochable por ser ostensible su contrariedad con las normas arriba indicadas.

3.1.1.3.2. El **Auto del 28 de agosto de 2015**²⁷ suscrito por el conjuez ponente **LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ** por el

²³ Corte Constitucional. Auto 259 del 26 de mayo de 2021.

²⁴ Ibidem

²⁵ C. 1 pruebas documentales, prueba No. 24, folio 189

²⁶ Ibidem, prueba No. 25, folios 188-190

²⁷ Ibidem, prueba No. 26, folios 191-192

que se “aclara” la medida de suspensión provisional del proceso adelantado contra Ana Cecilia Arias Moreno, de nuevo acude a la premisa, -no contenida en el escrito de tutela-²⁸, según la cual, la alegada vulneración a los derechos fundamentales de la actora se habría dado con la expedición de la sentencia disciplinaria del 24 de junio de 2015, donde la declaró responsable de falta gravísima y le impuso sanción de destitución e inhabilidad general por 10 años.

Con base en este postulado, la aclaración consistió en la suspensión de la ejecución de la sentencia disciplinaria mencionada, así como del fallo de segunda instancia, soportada en que (i) el problema jurídico consiste en determinar si el fallo de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba adolece de defectos que atenten contra su legalidad (ii) existe duda razonable sobre la posible afectación de derechos fundamentales y (iii) que el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el 13 de agosto de 2015 no ha sido notificado a esa Corporación de ahí que no ha adquirido firmeza y por ende la medida provisional puede extenderse al mismo.

Es evidente, que contrario a lo argumentado para la providencia del 26 de agosto de 2015, la falaz aseveración sobre el contenido y propósito de la solicitud de tutela sí tuvo incidencia en la determinación que se adoptó en este último proveído, pues más allá de subrayar que el problema jurídico planteado por la accionante era establecer la legalidad del fallo

²⁸ Cfr, c. 1 pruebas documentales, prueba No. 24, folios 168-187

disciplinario del 24 de junio de 2015, lo cual no es cierto, el acusado estimó que debido a que la providencia de segunda instancia disciplinaria no habría sido notificada, carecería de ejecutoria, lo cual es disonante al mandato contenido en el artículo 205 de la Ley 734 de 2002, esto es el Código Disciplinario Único. Señala esa norma:

“Artículo 206. Notificación de las decisiones. *La sentencia dictada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, y la providencia que resuelva los recursos de apelación y de queja, y la consulta se notificarán sin perjuicio de su ejecutoria inmediata.*

Entonces, es palmario que en el **Auto del 28 de agosto de 2015** dictado por el conjuez **LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ**, además de acudir a un primer postulado falso, se acuñó otro que no sólo también lo era, sino que es contrario a lo señalado en la norma antes transcrita, pucs en forma alguna la ejecutoria o firmeza de la decisión del 13 de agosto de 2015 por la cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura desató el recurso de apelación contra la Sentencia disciplinaria del 24 de junio de 2015 emanada de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba, estaría supeditada a su notificación a esta última corporación, lo que demuestra que este argumento es contrario a la ley.

Sin embargo, advirtiéndose que el tipo penal de prevaricato por acción, demanda, como verbo rector, que se “profiera” una “resolución, dictamen o concepto” y que la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia ha subrayado,

con relación al ingrediente normativo de la conducta, esto es “*manifiestamente contrario a la ley*”, que se trate de una decisión con notoria discrepancia entre lo decidido y lo que se debió decidir, o en otros términos, “*entre lo resuelto por el funcionario y lo mandado por la norma*”²⁹, encuentra la Sala que en este caso, el argumento disonante con la norma a que se aludió, no es el objeto de escrutinio penal conforme a lo dispuesto en el artículo 413 del Código Penal, sino que lo es la decisión que se adoptó, misma que en este caso no adolecería de ilegalidad.

En efecto, la decisión adoptada en el **Auto del 28 de agosto de 2015** no es otra que ampliar a la sentencia de segunda instancia del 13 de agosto de 2015 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, los efectos de la medida provisional de suspensión del proceso disciplinario, ordenada en el Auto del 26 de agosto de 2015 y, contrario a lo que supuso **CEPEDA DÍAZ**, no resulta la firmeza o no de esa providencia un elemento basilar para aquella determinación. Como se anotó en precedencia, la medida cautelar se acoge en una etapa en la cual no hay certidumbre sobre la decisión a adoptarse sobre el amparo constitucional, ni tampoco sobre los requisitos de procedencia de la acción, de ahí que se torna razonable que para garantizar los efectos de la medida cautelar, se extienda aquella a la decisión que desató los recursos interpuestos contra la sanción disciplinaria, pues en otro caso resultaría inocua; de hecho, si se observa lo decidido desde la perspectiva del principio de *subsidiariedad* a que se ha hecho alusión, se encontraría que

²⁹ CSJ SCP, 21 ago. 2013, rad. 39751

la medida de suspensión que abarca el fallo disciplinario de segunda instancia, estaría conforme al presupuesto de la inexistencia de otros medios de defensa judicial, que daría cuenta de la pertinencia y acierto de lo resuelto.

Finalmente, es preciso resaltar que la aseveración contenida en el **Auto del 28 de agosto de 2015** por el cual se impartió “*aclaración*” a la medida de suspensión provisional de la acción de Tutela, según la cual, la ausencia de notificación del fallo de segunda instancia reñía con su firmeza, fue recogida en la sentencia de tutela del 8 de septiembre del mismo año, donde se expuso por los acusados que “... *las sentencias que resuelven el recurso de apelación en materia disciplinaria quedan ejecutoriadas al momento de su suscripción, por disposición expresa del artículo 205 de la Ley 734 de 2002*”, por lo que, acorde a la interpretación que le ha ofrecido la Sala de Casación Penal al anotado ingrediente normativo consistente en “*que la decisión es producto del capricho o arbitrariedad, como cuando se advierte por carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo*” no se avizora que en el primer pronunciamiento se hubiere obrado bajo estos condicionamientos, esta es por el capricho de inobservar la norma.

3.1.1.3.2. Ahora bien, el análisis de la tipicidad objetiva del delito de prevaricato por acción, con relación a la **Sentencia de tutela del 8 de septiembre de 2015** supone, en primer lugar, abordar la temática de la *subsidiariedad* de la acción que, se recuerda, la Fiscalía estimó desconocida en tanto la

tutela fue presentada cuando aún no se habían interpuesto recursos contra la sentencia disciplinaria, esto es que no se habían agotado los medios de defensa existentes, pretermitiéndose así uno de los requisitos de procedencia de la acción constitucional.

Como se advirtió con antelación, es evidente que Ana Cecilia Arias Moreno a través de su apoderado interpuso la acción de tutela cuando apenas había sido dictado el fallo de primera instancia y sin que se hubiere producido su notificación -lo que ocurrió con edicto del 6 de julio de 2015- por lo que, de cara a las pruebas allegadas, permitiría aducir que actuó desconociendo dicho principio, el cual en efecto se halla consignado en el artículo 86 constitucional y numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991³⁰. Sin embargo, tal circunstancia no se mantuvo para el momento del estudio de ese presupuesto en el fallo de tutela del 8 de septiembre de 2015, donde ya se habría dictado incluso la sentencia de segunda instancia en el proceso disciplinario, novedad que tuvieron en cuenta los conjueces para el análisis de procedencia de la acción constitucional. Al efecto expresaron:

*“1.2. Agotamiento de los demás medios de defensa judicial.
La acción de tutela examinada cuestiona el proceso disciplinario radicado 23-001-11-2-002-2011-00108 Grupo 1, que fue resuelto en primera instancia, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba el 24 de junio de 2015. En el marco de dicho proceso, la accionante agotó todos los recursos procesales a su alcance, impugnando los escritos de formulación de*

³⁰ Cuando lo existiente es en estos o medios de defensa judicials, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar una petición in procedibile. La existencia de dichos medios debe apreciarse en concreto en relación a las circunstancias en que se encuentra el caso en estudio.

cargos, presentando alegatos de conclusión e interponiendo los recursos del caso.

En esas condiciones, y teniendo en cuenta que las sentencias que resuelven el recurso de apelación en materia disciplinaria quedan ejecutoriadas al momento de su suscripción, por disposición expresa del artículo 205 de la Ley 734 de 2002, esta Sala considera que la actora agotó los recursos ordinarios y extraordinarios a su alcance, antes acudir a la acción de tutela. Es este, por lo tanto, el escenario propicio para examinar sus pretensiones”³¹.

Entonces, aunque se expuso por los acusados en el fallo de tutela que la actora habría agotado los recursos ordinarios y extraordinarios a su alcance antes de acudir a la acción de tutela, lo que, conforme se ha explicado, es falso, en tanto aquella se propuso apenas emitida la sentencia disciplinaria de primera instancia, se aprecia que para la fecha de la sentencia y su lógico estudio de procedencia, ya se contaba con el presupuesto de subsidiariedad, debido a que se habían agotado los recursos procedentes dentro del proceso disciplinario, actualizándose así el requisito constitucional, sin que se advierta entonces quebrantamiento por parte de **OLASCOAGA RADA** y **CEPEDA DÍAZ** al mandato contenido en el artículo 86 de la Constitución Política y numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 en tal sentido.

De hecho, en la Sentencia de Tutela de segunda instancia, del 3 de febrero de 2016³², expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, se indicó:

“La subsidiariedad, en principio, se encuentra acreditada, esto es haber agotado todos los medios de defensa al alcance de la disciplinada. Sin embargo, ese aspecto, revela que la Sala de

³¹ C. 2 pruebas documentales, prueba No. 29, folio 30

³² C. 2 pruebas documentales, prueba No. 30, folio 57

Conjueces Jurisdiccional Disciplinaria, debió examinar, no solamente el fondo del asunto, esto es la afirmada vulneración de los derechos fundamentales alegados frente a la sentencia sancionatoria proferida por la primera instancia, sino la emitida por la segunda instancia que la confirmó antes de que se resolviera la acción de tutela” (Negrillas del texto original)

Es pertinente subrayar, que desde la presentación de la acción de tutela hasta su admisión transcurrieron exactamente dos meses y desde aquella a la emisión del fallo 2 meses 13 días, peculiar circunstancia sustentada en la imposibilidad de los magistrados del consejo seccional de la judicatura de conocerla y por ende la necesidad de designar conjueces para este propósito, lapso que permitió que los hechos en que se fundamentó el escrito de tutela hubieren variado ostensiblemente, afectando también los supuestos sobre los que debía surtirse el estudio y decisión de la acción constitucional; así, si bien al momento de su presentación era palmaria la improcedencia de la tutela por cuanto evidentemente la accionante contaba con otra vía judicial, tal escenario se transformó a lo largo de ese periodo, siendo que en tratándose de derechos fundamentales, competía al juez constitucional evaluar aquella para el momento de la expedición del fallo y no al de la presentación de la demanda; se advierte que la determinación acerca del amparo o no de derechos fundamentales debe atender a las circunstancias que se actualicen al momento de su definición, pues en otro caso, podría caer en el vacío un mandato de protección constitucional.

Finalmente, es preciso señalar que conforme a lo que ha explicado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el

requisito de procedencia de la *subsidiariedad* no se contrae a la verificación de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, sino a la eficacia e idoneidad de éste, así como también a que “...pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio”³³ por lo que, si como lo advirtieron los conjucees **OLASCOAGA RADA** y **CEPEDA DÍAZ**, aludiendo a la recusación: “... la actora no tuvo la oportunidad de controvertir esa situación en el escenario procesal, dado que la Sala Disciplinaria rechazó la recusación planteada (...) la acción de tutela es la vía propicia para determinar si, como lo estima el actor, la irregularidad procesal referida incidió directamente sobre las sentencias, vulnerando algún derecho fundamental”³⁴, es evidente que conocieron del agotamiento de las instancias y estimaron que era la tutela el mecanismo idóneo para verificar el acatamiento de derechos fundamentales.

3.1.1.3.3. En la Sentencia de tutela del 8 de septiembre de 2015, en el acápite alusivo “*procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos de trámite*” los conjucees **JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA** y **LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ** esbozaron las diferencias entre los actos de trámite y definitivos dentro del proceso disciplinario y, con base en citas jurisprudenciales (SU-201/1994, T-418/2003, T-961/2004, T-088/2005, entre otras), recalcaron la procedencia excepcional de la acción contra los primeros, afirmando que “... en aquellos eventos en los que el acto

³³ Corte Constitucional. Sentencia T-375, 17 sep. 2018

³⁴ C. 2 pruebas documentales, prueba No. 29, sentencia de tutela, folio 30

*administrativo de trámite resuelve un asunto de naturaleza sustancial, en el que actuación sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada y que amenace o vulnere derechos fundamentales, será procedente el amparo tuitivo como mecanismo definitivo...*³⁵ por lo que encontraron pertinente pronunciarse en torno a la constitucionalidad de las providencias del 19 de mayo³⁶, 26 de mayo³⁷, 29 de mayo³⁸ y 9 de junio de 2015³⁹.

Recuérdese, que la accionante Ana Cecilia Arias Moreno, en el escrito de tutela no hizo alusión alguna al fallo de primera instancia del 26 de junio de 2015⁴⁰ y no se aportó prueba alguna indicativa sobre su conocimiento para el momento de la radicación de éste y, por el contrario, la prueba traída por la Fiscalía indica que la anotada notificación apenas se produjo para el 8 de julio del mismo año, por lo que sus reproches no estaban dirigidos al contenido y argumentos de la sentencia de tutela sino a precisos actos procesales en el legajo disciplinario, sobre los que advertía afectación de derechos fundamentales, de ahí que procuró que el fallo de tutela se pronunciara en torno a los mismos, esto es la procedencia del análisis en sede constitucional de las decisiones adoptadas por el magistrado sustanciador del proceso disciplinario, puntualmente asociadas a la nugatoria de pruebas, del recurso de queja y del trámite de una recusación, pilares sobre los que fundó su reproche Arias Moreno.

³⁵ C. 2 pruebas documentales, prueba No. 29, folios 25-27

³⁶ C. 1 pruebas documentales, prueba No. 10, folio 56

³⁷ *Ibidem*, prueba No. 12, folio 64

³⁸ *Ibidem*, prueba No. 14, folio 72

³⁹ *Ibidem*, prueba No.

⁴⁰ C. 1 pruebas documentales, prueba No. 24, folios 168-190

En tal contexto, era pertinente el estudio acerca de la viabilidad de la acción de tutela contra actos de trámite, sin que ello se aprecie como un ardid para dar apariencia de legalidad a la sentencia, -como lo sugiere la Fiscalía-, pues no obstante que la orden de amparo constitucional afectaría sin duda a la sentencia disciplinaria del 24 de junio de 2015, no acontecería ello por advertirse de manera directa que fuere contentiva de determinaciones o argumentos atentatorios de derechos fundamentales sino por cuanto su expedición estaría precedida de actos que si habrían afectado garantías constitucionales de la actora ARIAS MORENO, a los que, conforme a la jurisprudencia que se citó, se les concedió la condición de “*actos de trámite*”.

Es cierto, como lo aduce la Fiscalía, que los conjueces **OLASCOAGA RADA** y **CEPEDA DÍAZ** detallaron en la sentencia de tutela del 8 de septiembre de 2015, que la accionante Ana Cecilia Arias Moreno había interpuesto la acción constitucional en contra de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba por haber emitido el fallo disciplinario del 24 de junio de 2015⁴¹, a pesar que ello no habría ocurrido, -como se señaló tres párrafos atrás-, empero, más allá de esta aseveración ajena a la realidad, los acusados, acorde a lo peticionado en la demanda de tutela, se ocuparon del estudio de constitucionalidad de las providencias indicadas por la accionante, por lo que en definitiva la ponderación de la jurisprudencia que esgrimía viable controvertir actos de trámite a través de la acción de tutela no sólo resultaba pertinente sino necesaria.

⁴¹ Véase el folio 13 del cuaderno No. 2 pruebas documentales de la Fiscalía

Vale reiterar, que la jurisprudencia de esta Corporación⁴², ha estimado el elemento normativo “*manifiestamente contrario a la ley*” como una disonancia que debe surgir evidente, sin mayores elucubraciones y que aquellas decisiones que resulten discutibles, no acogen aquel presupuesto de la tipicidad:

“En contraste, todas aquellas providencias respecto de las cuales quepa discusión sobre su contrariedad con la ley quedan excluidas del reproche penal, independientemente de que un juicio posterior demuestre la equivocación de sus asertos, pues -como también ha sido jurisprudencia reiterada - el juicio de prevaricato no es de acierto, sino de legalidad.

A ello debe agregarse como principio axiológico cuando se trata de providencias judiciales, que el análisis sobre su presunto contenido prevaricador debe hacerse necesariamente sobre el problema jurídico identificado por el funcionario judicial y no sobre el que identifique a posteriori su acusador o su juzgador, según sea el caso.

Es decir que las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su complejidad o por su misma ambigüedad, admiten diversas interpretaciones u opiniones, no pueden considerarse como propias del prevaricato, pues en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución”.

3.1.1.3.4. En lo concerniente a los actos de trámite reprochados, comienza la sentencia de tutela por referirse a la providencia del 19 de mayo de 2015⁴³ suscrita por el magistrado Miguel Alfonso Mercado Vergara de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba, donde calificó de “*ilegítimo*” el pedimento de Ana Cecilia Arias Moreno en la diligencia de

⁴² CSJ AP, 22 abr. 2015, rad. 45138

⁴³ C. 1 pruebas documentales, prueba No. 10, folio 56

versión libre sobre la designación de peritos expertos en derecho penal, al encontrar que además de extemporánea es inaceptable, dado que conforme al artículo 236 del Código de Procedimiento Civil, un dictamen pericial no puede versar sobre puntos de derecho.

Frente a esta determinación, los acusados, amparados en los artículos 90-1 y 90-4 de la Ley 734 de 2002, sostuvieron en la Sentencia de tutela del 8 de septiembre de 2015 que es derecho de los sujetos procesales *“solicitar o aportar pruebas y controvertirlas, e intervenir en su práctica”*, así como también subrayaron la necesidad de la prueba según los artículos 128 y 142 de esa misma codificación y advierten el mandato del operador disciplinario en la búsqueda de la verdad real, así como también, con la cita de los artículos 166 y 168 ibidem, expusieron que no se halla restringida la solicitud y decreto de pruebas durante la etapa investigativa, por lo que no pueden tomarse como extemporáneas las solicitadas en la diligencia de versión libre cuando no se había cerrado el periodo probatorio; de igual modo, con base en el artículo 132 de la Ley 734 de 2002, indicaron que las pruebas pueden ser rechazadas por inconducentes, impertinentes o superfluas, empero, en este asunto la prueba pericial no fue rechazada por alguna de esas razones sino por extemporánea y atendiendo lo indicado en el artículo 236 del Código de Procedimiento Civil, prohibición que, concluyen, no se halla contenida en el ordenamiento disciplinario y por ende no podría hacersele extensiva⁴⁴.

⁴⁴ C. 2 pruebas documentales, prueba No. 29, folio 40, 41

Lógicamente, las anteriores conclusiones de los conjueces son eminentemente discutibles, pues la lectura del mandato del artículo 166 de la Ley 734 de 2004, no ofrece asomo de duda sobre la perentoriedad del término para aportar y solicitar pruebas. Veamos:

*“Artículo 166. **Término para presentar descargos.** Notificado el pliego de cargos, el expediente quedara en la Secretaría de la oficina de conocimiento, por el término de diez días, a disposición de los sujetos procesales, quienes podrán aportar y solicitar pruebas. Dentro del mismo término, el investigado o su defensor, podrán presentar sus descargos”.*

Lo propio ocurre con el texto del artículo 168 ibídem:

*“Artículo 168. **Término probatorio.** Vencido el término señalado en el artículo 166, el funcionario competente resolverá sobre las nulidades propuestas y ordenará la práctica de las pruebas que hubieren sido solicitadas, de acuerdo con los criterios de conveniencia, pertinencia y necesidad.*

En efecto, la lectura de la norma disciplinaria, y particularmente los artículos en cita, cuyo tenor fue utilizado por los acusados como soporte de su postura, permite establecer, dada su claridad, que el plazo para aportar y solicitar pruebas sería de diez (10) días contados desde la notificación del pliego de cargos y a su vez, que el término probatorio corresponde a aquel donde se practican las pruebas que hubieren sido solicitadas en el lapso anotado, sin que so pretexto de la necesidad de la prueba y del derecho a aportarlas, la oportunidad para ello se extienda indefinidamente, como se colige del razonamiento de los conjueces, quienes adujeron que *“... no se encuentra restringida la solicitud y decreto de pruebas durante la etapa investigativa, razón por la cual mal podría tenersele como*

*extemporánea las pedidas por la disciplinada en diligencia de versión libre de fecha 15 de mayo de 2015, cuando aún siquiera se había cerrado el periodo probatorio*⁴⁵.

Si bien es cierto, conforme a la jurisprudencia “*el delito de prevaricato no se configura por una errada apreciación probatoria, **ni por la interpretación equivocada de las disposiciones aplicables al caso***⁴⁶, al contrastar las normas citadas con la glosa que sobre la misma efectuaron los acusados, fácilmente se advierte que aquellas no son contentivas de “*una expresión oscura de la ley*”⁴⁷ que demande la anunciada interpretación, sino que se trata de mandatos procesales claros, de donde surge que su desatención, para ofrecerles el alcance citado en el párrafo anterior, comporta una ostensible contrariedad a la ley que afecta la decisión a adoptar en la sentencia de tutela y por ende es susceptible de reproche penal.

Evidentemente, en tanto el mandato del artículo 166 *ejusdem* se ocupó de manera explícita en señalar el término para la solicitud o aporte de pruebas, aquellas que se exijan fuera de dicho lapso, son eminentemente extemporáneas y se impone su rechazo, por lo que la determinación del magistrado ponente en el proceso disciplinario, frente a las que reclamó

⁴⁵ C. 2 pruebas documentales, prueba No. 529, folio 41

⁴⁶ CSJ 8 mar. 2012, rad. 37532

⁴⁷ Artículo 27, Código Civil. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Ana Cecilia Arias en su diligencia de versión libre, se ajustó a derecho y no así aquella, según la cual, su no decreto comportó la afectación de derechos fundamentales de Ana Cecilia Arias Moreno.

Ahora, la apreciación de los conjuces, según la cual, dado que la prohibición del numeral 1º del artículo 236 del Código de Procedimiento Civil *“la parte que solicite un dictamen pericial determinará concretamente las cuestiones sobre las cuales debe versar, sin que sean admisibles puntos de derecho”* no hace parte del ordenamiento disciplinario *“mal podría hacersele extensiva”*⁴⁸ igualmente comporta patente desconocimiento de las normas aplicables al caso. Veamos:

El artículo 21 de la Ley 734 de 2002 señala:

“Artículo 21. Aplicación de principios e integración normativa. *En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y **de Procedimiento Civil** en lo que no contrarienten la naturaleza del derecho disciplinario.* (Subrayado y negrillas de la Sala)

En este caso, si bien la citada afirmación de los acusados, estuvo acompañada de la enunciación del principio de necesidad de la prueba y de la mención de los artículos 44, 45 y 48 de la Ley 734 de 2002 que describen las clases de sanciones disciplinarias, para determinar que la calificación de una falta gravísima demanda que la conducta desplegada por

⁴⁸ C. 2 pruebas documentales, prueba No. 29, folio 41

el disciplinado se enmarque como un delito, por lo que “se encuentra que la prueba de peritos expertos en el área del derecho penal, es una prueba necesaria dentro del proceso disciplinario, que incluso de no haber sido solicitada por la disciplinada debió haber sido decretada de oficio. De no demostrarse el dolo o incluso la comisión de la conducta enmarcable dentro del tipo penal, el resultado del proceso puede ser diametralmente distinto”⁴⁹, es claro, como lo pregona la Fiscalía en la acusación, que la conclusión a la que arribaron los acusados es equivocada, pues el artículo 21 citado, y que hace parte de los “*principios rectores de la ley disciplinaria*” establecía el principio de integración normativa, por el cual para lo no previsto en aquella se debía acudir -entre otros- al Código de Procedimiento Civil, que en su artículo 236 proscribía el dictamen pericial sobre puntos de derecho.

Es decir, no obstante los conjuces encontraron que la pericia sobre la ocurrencia o no del delito de prevaricato, conforme al principio de necesidad de la prueba, era fundamental para resolver sobre el proceso disciplinario, tal postura estuvo soportada en una manifiesta contrariedad a la ley, por cuanto las normas arriba citadas, dentro de las que se destaca una norma rectora del proceso disciplinario, prohíben expresamente la prueba pericial sobre puntos de derecho, que era justamente lo que se procuraba a través de la prueba reclamada por Ana Cecilia Arias Moreno en su diligencia de versión libre y por cuya nugatoria los conjuces advirtieron afectados sus derechos fundamentales a la defensa y libertad probatoria.

⁴⁹ C. 2 pruebas documentales. prueba No. 29, folio 42

Esta misma Sala sostuvo⁵⁰ que frente al delito de prevaricato por acción *“la conducta punible se configura desde el punto de vista objetivo, cuando las decisiones se apartan sin argumento alguno de los preceptos legales, claros y precisos o cuando las premisas invocadas no son razonablemente atendibles”*, y en cuanto son consecuencia de una *“motivación sofisticada”*, *“groseramente ajena a los medios de convicción o por tratarse de una interpretación contraria al nítido texto legal”* (CSJ SP, 15 de oct. 2014, rad 43413, CSJ SP 17 jun. 2015, rad. 45622; y CSJ SP2438-2019, rad. 53651), escenarios estos, que conforme a la valoración del texto de la sentencia de tutela, en torno al tema tratado, se materializan, pues no se trató de una mera interpretación errada que los conjueces **OLASCOAGA RADA y CEPEDA DIAZ** ofrecieron a los mandatos del artículo 21, 166 de la Ley 734 de 2002 y 236 del Código de Procedimiento Civil, sino que además ofrecieron argumentos diametralmente ajenos a aquellos para proveer por la decisión de amparo de derechos fundamentales y la consecuente nulidad parcial del proceso disciplinario.

3.1.1.3.5. Los acusados, en el fallo de tutela, aluden al Auto del 26 de mayo de 2015⁵¹ dictado por el magistrado sustanciador dentro del proceso disciplinario, al que califican como aquel *“mediante el cual se rechaza de plano el recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 19 de mayo de 2015 que niega la prueba pericial solicitada”*⁵², para subrayar, con base en lo indicado en el artículo 207 de la Ley 734 de 2002 que procede el recurso de apelación *“contra el auto de archivo*

⁵⁰ CSJ SEP 14 jul. 2021, rad. 48863

⁵¹ C. 1 pruebas documentales, prueba No. 11, folio 64

⁵² C. 2 pruebas documentales, prueba No. 29, folio 42

definitivo y el auto que niega las pruebas” por lo que -en su criterio- el recurso interpuesto contra el auto que negó la práctica de prueba pericial era procedente, de ahí que con la negativa a su concesión se afectaron los derechos fundamentales a la defensa, libertad probatoria, doble instancia, acceso a la justicia e igualdad.

Igualmente, indicaron que el Auto del 29 de mayo de 2015⁵³ por el que el mismo magistrado sustanciador rechazó el recurso de queja interpuesto contra el proveído del 26 de mayo, también resultó restrictivo de los mismos derechos fundamentales antes indicados, en perjuicio de la disciplinada, pues conforme a lo reglado en los artículos 117 y 118 de la Ley 734 de 2002 el recurso de queja procede contra la decisión que rechaza la apelación y que en tanto fue interpuesto y sustentado oportunamente, no había lugar a denegarlo.

Es indiscutible que la valoración que realizan los acusados en el fallo de tutela, acerca de la procedencia de recursos, como lo propone la acusación, va en contravía del mandato del artículo 115 de la Ley 734 de 2002 que indica que “el recurso de apelación procede únicamente contra las siguientes decisiones: la que niega la práctica de pruebas solicitadas en los descargos...” pues evidentemente ampararon la procedencia de dicho medio de impugnación frente a la negativa de práctica de pruebas que fueron reclamadas con posterioridad a ese acto, y si bien su postura estuvo anidada en que la solicitud probatoria no se restringía a esa diligencia sino que se podía presentar durante todo el periodo probatorio,

⁵³ C. 1 pruebas documentales, prueba No. 14, folio 72

una vez advertida, -como se adujo anteriormente-, la ilegalidad de tal afirmación, es evidente que la interpretación que igualmente ofrecieron al anotado artículo 207 de la Ley 734 de 2002 se aleja notablemente de la normativa aplicable.

Es obvio que el mandato disciplinario que señala la impugnabilidad del *“auto que niega las pruebas”* debe atenderse en contexto con las demás normas que hacen parte de ese ordenamiento, dentro de las que destaca el artículo 168 citado, que encomienda la práctica de las pruebas que hubieren sido solicitadas en la oportunidad indicada en el artículo 166 -10 días contados desde la notificación del pliego de cargos- y que cumplan los criterios de conducencia, pertinencia y utilidad, de donde deviene que allí mismo se producirá la nugaría de aquellas que no ofrezcan tal condición, pronunciamiento sobre el cual es procedente el recurso de apelación mencionado. En contraste, en este asunto, a través del amparo constitucional, los acusados declararon que la nugaría del recurso a la providencia que a su vez denegó la prueba solicitada fuera del estadio procesal correspondiente así como el rechazo del recurso de queja interpuesto contra esta última determinación coartan *“a la disciplinada el derecho de defensa, libertad probatoria, el principio de la doble instancia, el acceso a la justicia y el derecho a la igualdad”*⁵⁴ afirmación que, como se explicó, tiene como base el desconocimiento de los precisos términos del artículo 115 de la Ley 734 de 2002, lo que implica que el mandato de protección constitucional, bajo estos postulados, es abiertamente contrario a la ley.

⁵⁴ C. 2 pruebas documentales, prueba No. 29, folio 43

3.1.1.3.6. Con relación a la recusación que propuso Ana Cecilia Arias en contra de la Conjuuez Aura Osorio⁵⁵, advirtieron los acusados que el Consejo Seccional habría incurrido en un defecto procedimental al no abordarla conforme a lo indicado en los artículos 86 a 88 y 198 de la Ley 734 de 2002, pues aunado a que en el fallo disciplinario del 24 de junio de 2015 se estimó no tramitarla considerándola innecesaria, no se dispuso la suspensión del proceso de acuerdo al inciso final del artículo 87 ibídem, para que el recusado *“y solo él, manifieste si acepta o no la recusación (...) el trámite de la recusación, pues, no queda al arbitrio del intérprete”*; concluyeron entonces que el fallo del 24 de junio se impartió cuando estaba suspendido el proceso por lo que deviene inconstitucional.

En el cuerpo de la decisión del 8 de septiembre de 2015, los conjueces disertaron acerca de la imparcialidad del juzgador, para lo que citaron instrumentos tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y doctrina, de donde extrajeron que *“...la decisión sobre el impedimento o la recusación no es un apéndice de otra providencia, ya que por su entidad -el ser un derecho humano- la ley ha dispuesto un pronunciamiento previo, y no como una adenda de otra decisión, como ocurrió en el presente caso”*⁵⁶ y que si el juzgador percibió que Ana Cecilia Arias traicionó el respeto a la Constitución y la ley, ese reproche no podía conllevar a echar de lado las normas que regulan la recusación.

⁵⁵ C. 1 pruebas documentales, prueba No. 15, folio 75

⁵⁶ C. 2 pruebas documentales, prueba No. 29, folios 35-39

Advirtieron, que si bien el proceso disciplinario debe estar rodeado de los principios de economía y celeridad, estos no se imponen en perjuicio de las formas propias de cada juicio y aunque es viable resolver la recusación de plano conforme lo indica el inciso 2º del artículo 87 y la Corte Constitucional en la Sentencia C-390 de 1993, ello no implica convertir tal derecho en algo intrascendente e inocuo. Subrayaron que no era posible para el juzgador despejar en el fallo de fondo las dudas planteadas con la recusación, sino que ello debía atenderse con antelación como lo ordena la ley, de ahí que el “*marginamiento de hecho*” que se hizo de la conjuez Aura María Osorio a los debates de la ponencia del fallo no deja sin sentido la tacha que se le hizo en su momento, ni reemplaza el efecto que el legislador persiguió con la expedición de las normas antes indicadas.

Más adelante, dieron cuenta que el artículo 198 de la Ley 734 de 2002 indica que “...*En las salas disciplinarias duales de los Consejos Seccionales los impedimentos y recusaciones de uno de sus miembros serán resueltos por el otro magistrado, junto con el conjuez o conjueces a que hubiere lugar*” siendo que no le era dable al magistrado ponerle rechazar de plano la recusación planteada por cuanto el mandato legal consistía en conformar Sala con otro conjuez para adoptar tal decisión

Frente a esta temática, sugirió la Fiscalía que los acusados no tuvieron en cuenta que la conjuez Aura Osorio no suscribió la sentencia ni participó de su redacción y confección y por ende no era sujeto de recusación, siendo inane un pronunciamiento sobre aquella, más cuando el punto sobre el

que habría de intervenir dicha conjuez fue objeto de absolución; agrega que si los magistrados que firmaron la sentencia disciplinaria eran quienes conocían del proceso y contra ellos no hubo recusación, no era dable la suspensión de aquél, siendo que con su actuación desconocieron el mandato del artículo 198 de la Ley 734 de 2002.

Para abordar este punto, es preciso indicar que, según consta en las estipulaciones probatorias, con auto del 9 de junio de 2015 el Magistrado Miguel Alfonso Mercado Vergara de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba, consignó que *“la recusación planteada por la disciplinada contra la Dra. Aura Osorio, conjuez en autos, tiene propósitos dilatorios”* anticipando que se reservarían para la sentencia los argumentos que dan cuenta de lo innecesaria que resulta⁵⁷.

Es así que en efecto, conforme lo señala la sentencia de tutela, se expuso en el fallo disciplinario del 24 de junio de 2015 que:

“Hubo que sortear conjuez para dirimir el tema planteado por el Magistrado JALLER DUMAR quien salvó parcialmente el voto referente a los cargos que le fueron formulados a la Dra. ARIAS en donde se le imputó la violación del Decreto 2831 de 2005, resultando escogida la Dra. OSORIO. El Magistrador JALLER compartió las demás acusaciones.

En el fallo aquí dictado se le absuelve del quebrantamiento a tal decreto luego entonces la presencia de la CONJUEZ OSORIO no es necesaria en el debate motivo por el cual la recusación en su contra resulta inútil”⁵⁸.

⁵⁷ C. estipulaciones probatorias, folio 10

⁵⁸ C. 1 pruebas documentales, prueba No. 17, folio 108

Para la Sala, conforme al recuento fáctico y probatorio efectuado, no se produjo por los acusados determinación alejada de la normativa aplicable -artículo 198, Ley 734 de 2002- sino por el contrario, fue aquella misma la que tuvieron en cuenta para llegar a la conclusión de la vulneración de derechos fundamentales por vía de su inaplicación por parte del magistrado sustanciador. En efecto, sostienen los conjueces que no era posible que éste rechazara de plano la recusación sino que avenía su estudio y decisión por parte de una sala con otro juez, conclusión que se advierte plausible conforme al tenor literal de la norma en boga, en tanto que la postura del magistrado sustanciador y que acompasa la Fiscalía, está soportada en una apreciación acerca de la valía de la recusación propuesta, sobre la que consideraron innecesario tramitarla de acuerdo a ese mismo mandato legal, pero que en forma alguna sustenta el señalado desconocimiento de la ley que se endilga a **OLASCOAGA RADA y CEPEDA DIAZ**.

Véase además que se realizó en el fallo de tutela un estudio acerca de las normas aplicables a la recusación y se ponderaron con las razones esbozadas por el magistrado ponente para concluir que su inaplicación pudo consistir en un defecto procedimental y la afectación del derecho fundamental al debido proceso; entendieron que la imparcialidad es un principio cardinal del proceso disciplinario y que era menester un estudio y pronunciamiento de fondo sobre la recusación planteada, postura de los acusados que se aprecia entonces sustentada en jurisprudencia, instrumentos internacionales y

en la misma normativa disciplinaria, sin que resulte por ende entonces alejada del ordenamiento.

3.1.1.3.7. Según el inciso primero del artículo 55 de la Ley 270 de 1996 “*las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales*”, mandato que, conforme a la acusación de la Fiscalía, fue desconocido por los conjueces, en tanto conveniente e ilegalmente, no se resolvieron todos los asuntos planteados por los intervinientes, pues aunque los accionados hicieron alusión a la sentencia de segunda instancia disciplinaria, éstos pasaron por alto referirse a aquella pero con todo la dejaron sin efectos, además que no fue vinculado el Consejo Superior de la Judicatura al trámite de tutela y por ende no se le permitió hacer uso del derecho de defensa.

El estudio de este cargo debe comenzar por indicar que, contrario a la última aseveración descrita, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura sí fue vinculada a la acción de tutela, lo que se deduce de la lectura del auto admisorio del 26 de agosto de 2015⁵⁹ y del oficio del 31 de agosto de 2015 suscrito por la H.M. Julia Emma Garzón de Gómez de esa Corporación, donde reclamó negar el amparo constitucional procurado por Ana Cecilia Arias Moreno, básicamente por cuanto el fallo de segunda instancia no adolece de afectación de garantías fundamentales⁶⁰.

⁵⁹ C. 1 pruebas documentales, prueba No. 25, folio 188

⁶⁰ C. 2 pruebas documentales, prueba No. 28, folios 1-9

Justamente, la anterior aclaración también resulta útil para subrayar que, tal como se expuso con antelación⁶¹, los acusados **OLASCOAGA RADA y CEPEDA DIAZ** eran conocedores de la existencia de fallo de segunda instancia dentro del proceso disciplinario adelantado en contra de Ana Cecilia Arias Moreno, pues además así lo hicieron saber en la sentencia de tutela, cuando aseguraron que la actuación administrativa (sic) de la que hacían parte los actos de trámite tachados de ilegales no habría concluido, en tanto si bien fue confirmada la sanción disciplinaria por parte del Consejo Superior de la Judicatura, frente a esta última se reclamó aclaración, adición, complementación y reposición frente a la nulidad⁶².

En efecto, como lo aduce la Fiscalía, no obstante esa salvedad y principalmente que la Magistrada Julia Emma Garzón de Gómez respondió la acción constitucional alegando no avizorar defectos que afectaren la decisión de segunda instancia y que se *“analizaron todos y cada uno de los puntos de disentimiento alegados por la aquí actora”*, absolutamente nada se dijo sobre ese último pronunciamiento, es decir que no se tuvo en cuenta para dirimir el tema de la tutela a pesar que aquel, al desatar una petición de nulidad, se ocupó de idéntica temática a la propuesta en la acción constitucional. Claramente, el fallo disciplinario de segunda instancia estimó que no acaecía irregularidad sustancial con incidencia en el debido proceso en perjuicio de Arias Moreno, por no haberse decretado las pruebas reclamadas en la diligencia de versión

⁶¹ Véase página 41 de esta providencia

⁶² C. 2 pruebas documentales, prueba No. 29, folio 40

libre, así como no otorgársele recursos frente a esa determinación ni tampoco con lo dispuesto en torno a la recusación planteada frente a una de las conjueces, mismos temas sobre los que se planteó y tramitó la acción de tutela.

Entonces, dejando a salvo el análisis y conclusiones que esta Sala realizó frente a cada una de los tópicos específicos analizados en la sentencia de tutela conforme a la acusación, es evidente el desconocimiento del mandato legal arriba indicado por parte de los acusados, pues no atendieron en la sentencia de tutela del 8 de septiembre de 2015 todos los asuntos planteados en la actuación y particularmente la postura defensiva de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que por una parte reiteraba la existencia de un fallo de segunda instancia sobre la sanción disciplinaria impuesta a Ana Cecilia Arias Moreno y por otra revelaba que los ítems que fueron debatidos en el examen de tutela ya habían sido desatados en esa instancia y adicionalmente en torno a la afectación de garantías fundamentales; claramente, el examen de aquella decisión por los acusados pudo tener incidencia en el fallo constitucional, pero fundados además en una premisa equivocada como es la ausencia de firmeza de aquella por la aclaración, adición y otras peticiones elevadas por la defensa contra la misma⁶³, -y que contraviene lo indicado por estos mismos en el fallo de tutela al determinar agotado el principio de subsidiariedad-, optaron por obviar.

Se advierte con facilidad que la desatención del fallo disciplinario de segunda instancia o, desde la perspectiva

⁶³ Cfr. c. 2 pruebas documentales, prueba No. 29, folio 40

procesal del trámite de tutela, el menosprecio por la respuesta y postura de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, resultó trascendente, y determinó, por ese aspecto, la emisión de una decisión de tutela apartada de la ley, en tanto no se ofreció un sustento jurídico que explicare las razones por las cuales no habrían de tenerse en cuenta las manifestaciones consignadas en ese fallo o en la contestación de tutela, lo que constituye un desconocimiento palmario del mandato del inciso primero del artículo 55 de la ley estatutaria de administración de justicia, que, en el estudio de constitucionalidad del proyecto de ley, fue explicado por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“no cabe duda que la más trascendental de las atribuciones asignadas al juez y la que constituye la esencia misma del deber constitucional de administrar justicia, es la de resolver, con imparcialidad, en forma oportuna, efectiva y definitiva los asuntos que los sujetos procesales someten a su consideración (Art. 228 C.P.). Para ello, es indispensable, como acertadamente se dice al inicio de la disposición que se revisa, que sean analizados todos los hechos y asuntos planteados dentro del debate judicial e, inclusive, que se expliquen en forma diáfana, juiciosa y debidamente sustentada, las razones que llevaron al juez para desechar o para aprobar los cargos que fundamenten el caso en concreto”⁶⁴.

Así entonces, advierte la Sala, que con la manera como se abordaron y resolvieron en la **sentencia de tutela del 8 de septiembre de 2015** los temarios, contenidos en el proceso disciplinario adelantado contra Ana Cecilia Arias Moreno alusivos a la (1) negativa al decreto de pruebas solicitadas y las normas aplicables, (2) nugatoria de recursos a la providencia que se abstuvo de decretar pruebas y (3) la desatención del

⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-037 del 5 feb. 1996

contenido de la sentencia disciplinaria de segunda instancia y particularmente la respuesta ofrecida por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura frente a la acción de tutela promovida por Ana Cecilia Arias Moreno, los acusados **JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA y LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ** suscriptores de la misma, e integrantes de la Sala de Conjucees designada para desatar justamente la acción constitucional, se habrían apartado ostensiblemente a los mandatos contenidos, en los artículos 21, 166 de la Ley 734 de 2002 y 236 del Código de Procedimiento Civil), artículos 115, 207 de la Ley 734 de 2002 y 55 de la Ley 270 de 1996 respectivamente, -normas todas estas vigentes para el momento de los hechos-, lo que conllevó a emitirse una decisión manifiestamente contraria a la ley, constituyendo el elemento normativo del punible de prevaricato consagrado en el artículo 413 del Código Penal.

3.1.2. De la tipicidad subjetiva

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, el delito de prevaricato por acción sólo es atribuible a título de dolo, conforme al artículo 21 del Código Penal, según el cual todos los delitos de la parte especial corresponden a conductas dolosas salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales.

Así, la Corte ha puntualizado 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*⁶⁵.”

Asimismo, señala el artículo 22 del Código Penal que la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización.

A partir de ese precepto, la jurisprudencia pacífica de la Sala ha dicho que el dolo se integra de dos elementos: uno intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo. Y otro volitivo, que implica querer realizarlos.⁶⁶

De otra parte, el numeral 10° del artículo 32 del Código Penal explica que no habrá 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, continúa la norma, la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

Frente a la noción del error de tipo, la Sala de Casación Penal tiene dicho que 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)⁶⁷.

⁶⁵ CSJ SP, jul. 27 de 2011, Rad. 35656.

⁶⁶ CSJ SP, ago. 25 de 2010, Rad. 32964.

⁶⁷ CSJ SP, abr. 10 de 2013, Rad. 40116 y AP, mar. 15 de 2017, Rad. 49429.

En este punto es pertinente atender la precisión que, con respecto a esta figura, realizó esta Sala:

“el error de tipo excluye el dolo (el tipo subjetivo), pues recae sobre los elementos que integran la acción típica; existe una equivocación entre la idea que el actor tiene respecto de una persona u objeto y lo que efectivamente sucede en el mundo real.

Por tanto, entendido el dolo como el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo, se tiene una acción ejecutada por un sujeto que carece del conocimiento exigido por la ley; ese proceder excluye el dolo, en tanto no sabe lo que hace, ya sea por ignorancia (no sabe) o yerro (hay un conocimiento que se tiene por verdadero, pero es falso)⁶⁸”.

Asimismo, no sobra precisar que esta clase de error puede ser invencible, cuando ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa, el autor habría podido llegar a otra conclusión. En otras palabras, cualquier persona en igualdad de condiciones habría incurrido en él o no lo habría podido superar. Y es vencible cuando la falsa representación podía evitarse o superarse si el autor hubiese colocado el esfuerzo explicativo a su alcance que le era exigible, de acuerdo con las circunstancias que rodearon el hecho. En otros términos, frente al conocimiento potencial de los hechos podía el autor actualizar su intelecto para salir del error, pero no lo hizo.

Así pues, tratándose de conductas delictivas que no admiten la forma culposa, como es el caso que ocupa la atención de la Sala, el error de tipo, vencible o invencible, implica la atipicidad de la conducta punible de prevaricato por acción.

⁶⁸ CSJ, SEP00122-2021 oct. 7 de 2021, Rad. 00002.

Las anteriores precisiones se tornan pertinentes en tanto en los alegatos de conclusión, el representante del Ministerio Público advirtió que la conducta desarrollada por los conjuces no estaría cobijada por el elemento subjetivo del dolo y que en su lugar aquella puede conllevar a un error de tipo vencible y por ende a la atipicidad.

Al respecto, encuentra la Sala que más allá de la anotada aseveración, el representante del Ministerio Público no desarrolló argumentativamente aquella conclusión, esto es que no expuso de manera clara por qué habría un desconocimiento de los acusados de las circunstancias pertenecientes al tipo penal de prevaricato por acción, error que, dicho sea de paso, tampoco se advierte del estudio de las pruebas allegadas frente al cargo sobre el que se advirtió tipicidad objetiva, de ahí que resulta imposible un pronunciamiento de fondo sobre éste.

Superado lo anterior, es imperioso verificar si la decisión de los acusados **JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA y LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ** contenida en la sentencia de tutela del 8 de septiembre de 2015, en la que resolvió el amparo de los derechos fundamentales de la accionante Ana Cecilia Arias Moreno y en consecuencia la nulidad del proceso disciplinario que adelantaba la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba en su contra, bajo las condiciones indicadas en el acápite anterior, se ajusta a un comportamiento acompañado de una voluntad consciente de quebrantar lo dispuesto en la ley; en otros términos, si la dictaron conociendo las normas que la amparaban y regulaban y se apartaron de aquellas de manera caprichosa.

Para la Sala, es evidente que los conjueces conocían las normas aplicables a cada una de las temáticas que se propusieron tratar en la sentencia de tutela; de hecho, mandatos como los de los artículos 115, 166 y 207 de la Ley 734 de 2002 y 236 del Código de Procedimiento Civil fueron citados por aquellos en su providencia, pero ofreciéndoles un alcance totalmente ajeno al que su texto indicaba o simplemente desconociéndolos para sacar adelante el argumento de la afectación de derechos fundamentales. Véase como, a pesar que dispusieron la vinculación de las Salas Disciplinarias de los Consejos Superior y Seccionales a la acción de tutela y dieron cuenta de sus respuestas, donde aquellas aseguraban que la temática de la demanda constitucional ya habría sido desatada y que *“se analizaron todos y cada uno de los puntos de disentimiento alegados por la aquí actora”*, éstos, por su parte, sin ofrecer ningún argumento al respecto, no las tuvieron en cuenta, sino que arbitrariamente optaron por su propio análisis del proceso disciplinario, de donde se deduce que su decisión no fue consecuencia de impericia o ignorancia, sino que en definitiva estuvo fundada en la voluntad de dejar sin efectos la sanción disciplinaria por el medio más idóneo y expedito posible, para liberar a Arias Moreno de la sanción de destitución.

Tal indigna motivación encuentra respuesta en la génesis del proceso disciplinario, al que la defensa estimó no habría que prestarle atención, pero que en definitiva es preponderante para determinar las razones que conllevaron a los conjueces a adoptar una decisión tan manifiestamente alejada al derecho. Justamente, el proceso disciplinario 23-001-11-02-002-2011-

00108 que el Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba adelantó contra la Juez Primero Civil del Circuito de Montería – Córdoba, Ana Cecilia Arias Ramos, -conforme al pliego de cargos del 8 de octubre de 2014⁶⁹- tiene como base fáctica que dentro del proceso ejecutivo 2010-00233-4 adelantado por varios ciudadanos en contra de Fiduciaria La Previsora S.A., la gobernación de Córdoba y el Ministerio de Educación Nacional, con auto del 26 de agosto de 2010⁷⁰, la disciplinada libró mandamiento de pago por la suma de \$4.620.705.001 más intereses moratorios, ello con base en unas resoluciones administrativas contentivas de derechos laborales que carecían de mérito ejecutivo, sin contar con competencia para ello y donde además habría aprobado una transacción para dar fin al proceso sin que el apoderado del ente estatal tuviere facultades para ello.

Dada la gravedad de los hechos que fundaban el proceso disciplinario, el escrutinio de los acusados en el estudio y decisión de la acción constitucional de tutela que se promovió en contra del mismo no debía ser otro que el más riguroso, empero, se valieron de aquella para anularlo injustamente, de donde deriva que su irrupción en éste estuvo condicionada por un ánimo protervo, cual era socavar la actuación disciplinaria y emitir un fallo de tutela para favorecer de forma ilícita a Ana Cecilia Arias Moreno, conclusión que se obtiene de las múltiples irregularidades que contiene la sentencia de tutela, todas las cuales, aún advertidas por las accionadas o del texto normativo, fueron desatendidas.

⁶⁹ C. 1 pruebas documentales, prueba No. 6, folio 28

⁷⁰ Ibidem, prueba No. 2, folio 17

Así entonces, encuentra la Sala que se ha acreditado desde la categoría dogmática de la tipicidad la coautoría de **JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA y LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ** en el delito de prevaricato por acción, por cuenta del contenido y decisión de la sentencia de tutela del 8 de septiembre de 2015.

3.2 Antijuridicidad

Considera la Sala que es diáfana la efectiva lesión al bien jurídico protegido, como lo reclama el artículo 11 de la Ley 599 de 2000⁷¹; en lo formal en tanto como se ha explicado **JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA y LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ** cometieron el ilícito de prevaricato por acción, conducta que se halla prohibida en el estatuto penal sustantivo y en lo material dado que la comisión de ese comportamiento lesiona a la administración pública, cuyo propósito, es satisfacer el interés general.

A los acusados, designados por los Magistrados del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba para administrar justicia, les asistía el deber de acogerse a los mandatos constitucionales y legales y de contera proveer por adoptar una decisión en derecho, pero optaron por hacer lo contrario, para emitir así la sentencia de tutela del 8 de septiembre de 2015 en desconocimiento de una pluralidad de normas que afectaban ese pronunciamiento, ocasionando de manera maliciosa efectos nocivos para la administración de

⁷¹ Artículo 11. Antijuridicidad. "Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley penal"

justicia, como era el sostenimiento en la judicatura de una profesional que habría sido sancionada a través de fallo disciplinario en firme, justamente por el desconocimiento de las normas que juró acatar. Lo anterior hace evidente la grave lesión al bien jurídico tutelado de cuyo titular es el Estado y que está encaminado justamente a “... *que se desarrolle con arreglo a unos principios mínimos que garanticen la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, que permitan asegurar su correcto y eficiente funcionamiento y generar la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante la comunidad*”.⁷²

No se acreditó en sede de antijuridicidad, causal alguna de justificación del comportamiento desplegado por el acusado, sino que por el contrario se pudo constatar que su propósito no era otro que desviado, corrupto y ajeno a los intereses que debía preservar. Se reitera, la conducta prevaricadora de **JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA y LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ** lesionó a la administración pública en tanto afectó su normal funcionamiento en su componente de legalidad con la expedición de una sentencia de amparo constitucional ajena a la evidencia y a las normas legales.

3.3 Culpabilidad

Para la Sala, la conducta de **JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA y LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ** resulta reprochable en tanto la materializaron con conciencia de su antijuridicidad, pues aunado a lo hasta ahora explicado, en el

⁷² Corte Constitucional, C-631 de 1996

desarrollo del proceso no se alegó ni acreditó circunstancia que afectara su autodeterminación, menos aún al momento de la comisión del comportamiento punible. Por el contrario, por la mera elección como conjuces de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba se advierte que se trata de persona adultas, con experiencia profesional y con formación académica superior, de ahí que tenían plena capacidad de comprender la ilicitud y de determinarse de acuerdo con esa comprensión (artículo 33 del Código Penal), de donde surge que son imputables.

Como se ha expuesto, **OLASCOAGA RADA y CEPEDA DÍAZ**, tenían conocimiento de la ilicitud de su proceder y por ende les era exigible un comportamiento diverso, en este caso ajustado a derecho, sin embargo, optaron de manera voluntaria por apartarse del ordenamiento y contrariar la ley, siendo así destinatarios de un juicio de reproche. La actuación en derecho que les era exigible a los aforados no era otra que cumplir la Constitución y leyes que juraron acatar con su designación como conjuces y concretamente verificar los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales frente a las normas legales a las que se ampararon y atendiendo los argumentos esbozados por las partes vinculadas para asunto, labores que deliberadamente pasaron por alto para emitir la sentencia de tutela con la que sancionaron, por vía de nulidad, el proceso disciplinario, dejando en evidencia su voluntad de oponerse al mandato jurídico.

Como se advirtió más atrás⁷³, los acusados arropados con la designación de conjueces, ejercen de manera transitoria la función judicial y por ende asumen las atribuciones y competencias de todo juez así como también sus responsabilidades y deberes. Justamente, uno de esos deberes, conforme a lo indicado en el numeral 2° del artículo 153 de la Ley 270 de 1996 es “*desempeñar con honorabilidad, solicitud, celeridad, eficiencia, moralidad, lealtad e imparcialidad las funciones de su cargo*”, esto es, que al fallar la acción constitucional obraren con rectitud y atendiendo los medios probatorios a su alcance emitieren una decisión justa y no acorde a los intereses específicos de una de las partes involucradas, como se logró establecer en este asunto.

Esta Sala⁷⁴, se ha pronunciado acerca de la importancia que para la sociedad tiene la figura del juez y el deber que le asiste de actuar acorde a dicha investidura, esto es, con probidad y ética inquebrantable, pues la desviación en la función judicial traiciona la confianza que con tal designación le fue depositada. Así se expresó:

“...quien ostenta la función jurisdiccional, y por sobre todo en el destacado rango de la magistratura, tiene el deber moral de conducir sus actuaciones con probidad y honestidad. La sociedad confía en él para que con prudencia, transparencia e imparcialidad, decida sobre los derechos de sus semejantes y por esa vía alcance los ideales de justicia necesarios para lograr una convivencia pacífica.

Quien es exaltado dentro de la sociedad para desempeñar las labores jurisdiccionales debe construir una ética personal que trascienda de la sala de audiencias y se proyecte en la comunidad con un proceder digno de admiración y respeto; sus actuaciones no

⁷³ Ver página 32 de esta providencia

⁷⁴ CSJ SEP, 3 ago. 2022, rad. 00383

se reducen únicamente a ámbitos estrictamente laborales, sino a todos aquellos espacios en donde la razón y la serenidad deben primar sobre la exaltación y la enervación. La persona que se encarga de administrar justicia debe ser íntegra y honesta. El juez debe ser una persona respetable.

El papel que desempeña el juez es imprescindible en la sociedad. Su posición jamás debe quedar vacía, pues su ausencia desembocaría en violencia, descontrol y caos. Ahora, la ausencia a la que aquí se refiere nada tiene que ver con una acepción física, sino con su contenido moral. Falta la jurisdicción cuando a quien se le encomienda incumple con sus deberes o cuando falla en sus responsabilidades. Un juez está ausente cuando incumple la ley.

Al incumplir el ordenamiento jurídico, el magistrado traiciona la confianza que en él ha depositado la sociedad y renuncia a la función de alcanzar la justicia. La permisividad con un obrar intencionalmente desviado, que conspira contra los principios que regentan tan primordial tarea, no puede pasar inadvertida, pues la laxitud con dicho proceder transportaría a la comunidad hacia el imperio de la corrupción y la delincuencia, fenómenos que son los que precisamente debieron ser contrarrestados con el ejercicio de las funciones jurisdiccionales. En este sentido lo pregona Luigi Ferrajoli, cuando sostiene que el papel que se le ha atribuido a la jurisdicción es la "defensa de la legalidad contra la criminalidad del poder, es decir, la defensa del principio propio del Estado de derecho, de la sujeción a la ley de todos los poderes públicos".⁷⁵

(...)

Una empresa de tales magnitudes, reclama como atributo imprescindible la imparcialidad en todas sus actuaciones. Sus decisiones deben ser reflejo de ecuanimidad y serenidad. Su legitimidad radica precisamente en nunca inclinar sus determinaciones hacia costado diferente a aquel que le demanda el derecho. Cuando se aparta de la ley y decide favorecer a alguna de las partes, pierde toda su legitimidad y deja de representar a la justicia. Ya no es más una persona respetable y, por lo tanto, ya no puede ser juez".

⁷⁵ Ferrajoli, Luigi. "El juez en una sociedad democrática". 1987. Disponible en: <http://biblioteca.cejanericas.org/bitstream/handle/2015/1887/eljuezenunasociedaddemocratica>

Por su parte, para Francesco Carnelutti⁷⁶, en tanto abogados como los propios magistrados no respeten la disciplina “*ello redundando en el menoscabo de la civilidad*” más cuando aquella autoridad judicial se encuentra “*en lo más alto de la escala (...) No existe un oficio más alto que el suyo ni una dignidad más imponente*”, siendo el juez colegiado -como ocurre en este caso- incluso más importante en cuanto perfecciona la función discernida al juez:

“El principio del colegio judicial es verdaderamente un remedio contra la insuficiencia del juez, en el sentido de que, si no la elimina, al menos la reduce en otras palabras, el juez colegiado está menos lejos que el juez singular de lo que el juez debería ser”

Así, al apartarse ostensiblemente de la función judicial que les fue asignada, los acusados irrumpieron en la confianza que les fue depositada por la comunidad e inclinaron la balanza de la justicia para responder a intereses particulares, cuando conforme a los deberes y principios que se extraen de las normas y doctrina citadas, les era exigible comportarse de manera eminentemente distinta, esto es con especial apego a las normas constitucionales y legales que regían el asunto sobre el que administraban justicia, de ahí que colmaron con su actuar los elementos que conforman la estructura dogmática para determinar su responsabilidad.

4. Dosificación punitiva

El delito de prevaricato por acción, en la forma señalada en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000 -modificado por el artículo

⁷⁶ Carnelutti, Francesco. “Las miserias del proceso penal”, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2010, págs. 6, 27, 31

14 de la Ley 890 de 2004- contiene un marco punitivo de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses -o lo que es lo mismo 4 a 12 años- de prisión y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como una pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

De conformidad con lo indicado en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, para establecer los cuartos punitivos se debe restar la pena mínima a la máxima y este resultado dividirlo en cuatro. Veamos el ejercicio:

$$144 \text{ meses} - 48 \text{ mcses} = 96 \text{ meses}$$

$$96/4 = 24 \text{ meses}$$

Conforme a lo anterior los cuartos punitivos de la pena de prisión son los siguientes:

Primer cuarto	Segundo cuarto	Tercer cuarto	Cuarto final
48 a 72 meses	72 mcses 1 día a 96 meses	96 mcses 1 día a 120 mcses	120 mcses 1 día a 144 meses

Similar actividad frente a la pena de multa arroja lo siguiente:

Primer cuarto	Segundo cuarto	Tercer cuarto	Cuarto final
66,66 a 124,99 smlmv	125 a 183,33 smlmv	183,34 a 241,67 smlmv	241,68 a 300 smlmv

A nombre de **JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA y LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ** no se imputaron circunstancias de menor punibilidad, mas debe reconocérseles la circunstancia de menor punibilidad a que hace referencia el numeral 1º del artículo 55 del Código Penal, relacionada con la ausencia de antecedentes penales, como lo tiene decantado la doctrina de esta Sala⁷⁷.

Por otro lado, la Fiscalía imputó las circunstancias de mayor punibilidad indicadas en los numerales 9 y 10 del artículo 58 del Código Penal, esto es la *“la posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio”* y *“obrar en coparticipación criminal”*.

Con relación a la primera, señaló la acusación que se acreditaba *“por la posición distinguida que ocupaban en la sociedad, pues ésta los premió permitiéndoles lograr estudios profesionales universitarios, también contar con recursos económicos que les permitieron acceder a esas situaciones, contar con oficinas particulares para ejercer su profesión, gozando de un buen nivel de reconocimiento en la comunidad, encontrándose en una posición privilegiada en la sociedad...”*⁷⁸, sin que se arrimara a la actuación prueba alguna de esta circunstancia, por lo que solo es posible deducir, dada la elección de los acusados como conjuces de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba, que gozaban de estudios profesionales en derecho y

⁷⁷ Cfr. CSJ SEP 5 ago. 2021, rad. 47494, CSJ SEP124 4 oct. 2022, rad. 00086

⁷⁸ C. 1 conocimiento, folio 17

que lógicamente ostentaron los recursos para sufragarlos. Así, se advierte que en efecto los acusados gozaban de una posición distinguida al interior de la sociedad, particularmente del departamento de Córdoba, gracias a su ilustración como abogados, la que les permitió acceder a la dignidad de conjuces, que conforme a lo señalado en el artículo 61 de la Ley 270 de 1996, sólo podrá ser otorgada a quienes cumplan los mismos requisitos para desempeñar el cargo en propiedad, que corresponden al título de abogado y experiencia profesional no inferior a ocho años⁷⁹, de donde se extrae que se trataba de personas con reconocimiento en el área del derecho dada su extensa trayectoria, por lo que acredita la causal genérica de agravación señalada.

Frente a la segunda causal de agravación, esto es la “*coparticipación criminal*”, ha señalado la jurisprudencia que está referida a la mediación de varios individuos (autores, determinadores o cómplice) en la ejecución de la conducta ilícita, sin sujeción al codominio funcional propio de la coautoría, por lo que solo se utiliza como base para establecer el cuarto de punibilidad aplicable sin que afecte el marco de la pena legalmente previsto⁸⁰.

En tal contexto, aunado a que sobre la causal genérica no se ofreció por parte del ente acusador, explicación alguna en la imputación ni en la acusación más allá de su enumeración⁸¹, se advierte que si bien el delito de prevaricato por acción no reclama para su configuración una pluralidad de sujetos

⁷⁹ Cfr. artículos 84, 127 y 128 de la Ley 270 de 1996

⁸⁰ CSJ SP, 5 ago. 2020, rad. 52567

⁸¹ CSJ SP, 18 dic. 2013, rad. 41734

activos, de donde, en principio, refulge viable la imputación de la causal genérica de agravación anotada en el evento en estudio, se tiene que la sentencia de tutela del 8 de septiembre de 2015 solo podía ser dictada por un juez colegiado, como es la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba, de donde la participación de los acusados **JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA y LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ** no era optativa sino imprescindible para que se materializara el ilícito, esto es, dictar una decisión manifiestamente contraria a derecho.

Por tanto, solo podría estructurarse el delito de prevaricato en el evento que los dos funcionarios suscribieran la decisión, pues de lo contrario la misma no existiría. Así, de atender la causal genérica invocada se infringiría el postulado del *non bis in idem* en tanto el mismo hecho, proferir la decisión, sería considerado para tipificar el comportamiento y a la par para agravarla.

Agotado lo anterior, atendiendo a que se acreditó entonces una circunstancia de menor y otra de mayor punibilidad, conviene recordar que, según la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, para precisar en cuál de los cuartos medios se ubica la sanción se deben analizar el número, la naturaleza y la gravedad de éstas. Así lo explicó:

*“El argumento adicional que el casacionista expone en torno al método que debió haberse seguido en la determinación del quantum aplicable por cada agravante, consistente en que correspondía dividir el tiempo comprendido entre el mínimo y máximo de la pena aplicable por el número de circunstancias de mayor punibilidad previstas en la norma, para saber qué pena correspondía a cada una de ellas, **resulta inaceptable,***

porque solo atiende un aspecto (el cuantitativo), dejando de lado el contenido y naturaleza de la circunstancia (cualitativo), y los demás criterios de dosificación punitiva.⁸² (Negrilla de la Sala).

Más recientemente, reiteró el mismo criterio, señalando:

*“Se deberán escoger los cuartos medios (segundo cuarto de punibilidad –SCP– o tercer cuarto de punibilidad –TCP–) cuando concurren simultáneamente circunstancias genéricas de punibilidad del artículo 55 y 58 del C.P. (el número, la naturaleza y gravedad de las mismas determinará si se aplica el segundo –SCP– o el tercer cuarto de punibilidad –TCP–).”*⁸³ (Negrilla fuera de texto original).

En este asunto, como se explicó, desde lo cuantitativo se aprecia que nos hallamos frente a una circunstancia de menor y otra de mayor punibilidad, siendo la primera la ausencia de antecedentes penales y la segunda la posición distinguida de los acusados en la sociedad; las que sopesadas desde su naturaleza y gravedad admiten pertinente ubicar la pena en el segundo cuarto de movilidad, en tanto si bien es cierto se encontró que la posición social de los acusados les demandaba un especial cuidado y responsabilidad frente a la función discernida, también se advierte que no se trata de personas proclives a esta clase de conductas u otros comportamientos ilícitos. Así, atendiendo lo señalado en el inciso 3º del artículo 61 del Código Penal⁸⁴, se impondrá la pena mínima aumentada en 3 meses, esto es 75 meses de prisión (corresponde a un incremento del 12.5% dentro del referido cuarto de movilidad), esto especialmente en atención a la intensidad del dolo que se

⁸² CSJ 18 feb. 2005, rad. 20597

⁸³ CSJ SP338-2019, 13 feb. 2019, rad. 47675.

⁸⁴ “Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención la culpa concurrente, la necesidad de la pena y la función que ello ha de cumplir en el caso concreto.

aprecia en el mismo, por cuanto fueron varias y de notable consideración las normas que se desconocieron con el propósito de agotar el comportamiento ilícito.

La dosificación de la pena de multa se sujeta a las mismas reglas anotadas, esto es que se acogerá el primer cuarto medio, mismo dentro del cual la pena mínima será aumentada en un 12.5%, esto es 7.29 smlmv, para un total de 132.29 smlmv, que no es otra cosa que \$85.241.061,5⁸⁵ para cada uno.

En torno a la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la gráfica es la siguiente:

Primer cuarto	Segundo cuarto	Tercer cuarto	Cuarto final
80 a 96 meses	96 meses 1 día a 112 meses	112 meses 1 día a 128 meses	128 meses 1 día a 144 meses

Así, ubicándonos también en el primer cuarto medio, aplicando el mismo aumento proporcional equivalente al 12.5%, la pena corresponde a 98 meses 1 día de esta sanción accesoria.

En conclusión, a nombre de **JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA y LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ** se impondrán, a cada uno, **setenta y cinco (75) meses -6 años 3 meses- de prisión, multa de 132.29 smlmv** e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 98 meses 1 día.

⁸⁵ De acuerdo al salario mínimo legal mensual vigente para el año 2015 -\$644.350-

5.- De los mecanismos sustitutivos de ejecución de la pena

5.1 Del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena

El artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, norma esta última vigente para la fecha de los acontecimientos, dicta como requisito objetivo para la concesión de este subrogado *“que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años”* por lo que, conforme a dicho mandato, de plano se descarta la posibilidad de otorgar tal mecanismo sustitutivo a los aforados, en tanto la pena impuesta supera ostensiblemente esa cifra.

5.2 De la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena intramural.

El artículo 38B de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, vigente para el momento de los hechos, fijó los siguientes requisitos para acceder a este mecanismo sustitutivo:

“1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.

2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000”.

Conforme a la norma transcrita, se advierte que efectivamente a nombre de los condenados se cumple el aspecto objetivo, por cuanto el delito de prevaricato por acción

contiene una pena mínima inferior a 8 años. No obstante, no ocurre lo mismo con el segundo requisito, pues el artículo 68A del Código Penal modificado por la misma Ley 1709 de 2014, señala:

“No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; (...)”.

Justamente el delito de prevaricato por acción, se halla contenido en el Título XV del Libro II de la Ley 599 de 2000, que se refiere a los “delitos contra la administración pública”, tal como también se ha explicado ampliamente a lo largo de esta providencia, por lo que se actualiza la prohibición legal de concesión de subrogados, sin que haya lugar a conceder este mecanismo sustitutivo a favor de los señores **JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA** y **LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ**.

Así entonces, los sentenciados **JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA** y **LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ** deberán cumplir la pena impuesta en el establecimiento penitenciario que para el efecto disponga el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, razón por la cual se deberá dictar **ORDEN DE CAPTURA** en su nombre.

DECISIÓN

Por razón de lo expuesto, la **SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONDENAR a JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA identificado con cédula de ciudadanía No. 6.884.977 y a **LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ** identificado con cédula de ciudadanía No. 8.317.541, como coautores del delito de PREVARICATO POR ACCIÓN.

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, **IMPONER a JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA y LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ**, para cada uno, las penas principales de **setenta y cinco (75) meses -6 años 3 meses- de prisión, ciento treinta y dos punto veintinueve (132.29) salarios mínimos legales mensuales vigentes** para la época de los hechos de multa, que deberán cancelar a favor del Tesoro Nacional - Consejo Superior de la Judicatura, y **noventa y ocho (98) meses un (1) día** de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

TERCERO.- NEGAR a JUSTO GENARO OLASCOAGA RADA y LUIS GREGORIO CEPEDA DÍAZ la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte

motiva. Líbrese orden de captura para asegurar el cumplimiento de la pena de prisión impuesta, conforme las precisiones anotadas en la parte considerativa del presente fallo.

CUARTO. - EN FIRME este fallo, remítase la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad (Reparto) que corresponda para lo de su competencia.

QUINTO. - EXPEDIR las comunicaciones de rigor a las autoridades competentes, en los términos fijados en los artículos 166 y 462 de la Ley 906 de 2004, una vez cobre ejecutoria esta decisión.

SEXTO. - Contra esta decisión procede el recurso de apelación (artículos 1, 2 y 3 num. 6º del Acto Legislativo 01 de 2018), para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.



BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

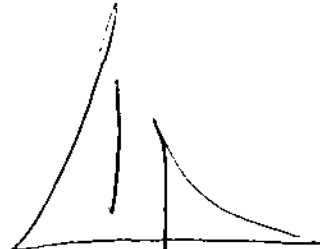
Magistrada



JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado



RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario