



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA

Relatoria

---

PRECLUSIÓN / Causal distinta a la propuesta por el ente acusador/ ...“El error de tipo es el que, como su nombre lo indica, existe cuando el sujeto activo de un comportamiento yerra sobre un hecho constitutivo de la descripción típica o de uno de los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. La primera parte contiene el error de tipo propiamente dicho, mientras que la segunda parte está referida al denominado error de tipo permisivo o de autorización. Eso significa que el legislador exonera de responsabilidad a quien determinado por un error, yerra sobre uno de los elementos constitutivos de la descripción típica o de un elemento objetivo de una causal que excluya la responsabilidad. Entonces refulge que si se puede equivocar sobre uno cualquiera de los elementos del tipo penal, también obviamente el error se predica sobre la propia existencia del tipo. Éste es un evento en el que el legislador penal Colombiano autoriza la ignorancia de la ley como excusa...”

ERROR DE TIPO / - Se predica su existencia cuando recae sobre un elemento objetivo de una causal que excluya la responsabilidad-/.“En consecuencia, el error de tipo no solamente comprende el que recae sobre uno cualquiera de los elementos integradores del tipo como los sujetos, el objeto y la conducta, sino también sobre la propia existencia del tipo penal. Adicionalmente se predica su existencia cuando éste recae sobre un elemento objetivo de una causal que excluya la responsabilidad. En síntesis, el error de tipo puede versar o recaer sobre (i) la existencia del tipo, es decir cuando se ignora su existencia; (ii) sobre uno cualquiera de los elementos constitutivos de la descripción típica, referidos a los sujetos objetos o conducta con sus correspondientes ingredientes normativos y/o subjetivos de tipo y (iii) sobre un elemento objetivo de una causal que excluya la responsabilidad...”

INTERLOCUTORIO 013

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE  
TUNJA

## SALA PENAL

Radicación: 2018-0955-01  
Procesado: Gladys Constanza Medina  
Brando  
Delitos: Prevaricato por acción

Magistrado Ponente: Dr. Edgar Kurmen Gómez.

Aprobado: Acta 022 de febrero 27 de 2019, Artículo 30, Numeral 4º, Ley 16 de 1968

Tunja, febrero veintiocho (28) de dos mil diecinueve (2019). Hora: dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.)

Se pronuncia la Sala sobre la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía Primera Delegada ante esta Corporación por el presunto delito de prevaricato por acción en el desempeño de sus funciones, por el que se denunció a la doctora Gladys Constanza Medina Brando en su condición de Juez Tercero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Tunja.

## HECHOS

Fraudano Meneses Barrera denunció a la Dra. Gladys Constanza Medina Brando, por su presunta participación en el delito de prevaricato por acción, porque el Juzgado Tercero Penal Municipal de Tunja a su cargo lo condenó a una pena de 64 meses de prisión porque “el día de la lectura del fallo en

audio del fallo me condenó a 64 meses de prisión pero cuando llegó al juzgado de ejecución de penas de Tunja aparecía con un apena de 74 meses de prisión cometiendo un error aritmético que me izo (sic) pagar un año más de prisión (...)"

## De la solicitud de Preclusión

La Fiscalía Primera Delegada solicita la preclusión de la indagación adelantada contra la Doctora Gladys Constanza Medina Brando por el delito de prevaricato por acción, por la existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal, por la vía de la existencia de un error de tipo, según las voces del art. 332-2 del C.P.P. de la Ley 906 de 2004.

Precisa en primer término la competencia que le asiste al Tribunal, individualiza a la indiciada, relata los hechos, e indica y valora los medios de conocimiento allegados a la indagación, con base en los que la Fiscalía estima acreditados los siguientes aspectos fácticos:

1. La plena identidad de la Dra. Gladys Constanza Medina Brando<sup>1</sup>.
2. La calidad de servidora pública de la Dra. Gladys Constanza Medina Brando su condición de Juez Tercera Municipal con Funciones de Conocimiento de Tunja, para la época de ocurrencia de los hechos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> mediante la tarjeta decadactilar con NUIP 40, 018,354 asignada a Gladys Constanza Medina Brando, nacida el 29 julio 1961 de Tunja Boyacá.

<sup>2</sup> mediante constancia expedida por la dirección ejecutiva seccional de administración judicial en la que consta que ocupó el cargo de juez tercero penal municipal de Tunja en propiedad del 1 mayo 2003 al 14 septiembre 2007.

3. Mediante inspección practicada al radicado No. 150016000132200680173 NI 7626 estableció lo siguiente:

3.1. La fiscal 26 local de Tunja, el 24 de noviembre de 2006, formuló imputación a Fraudano Meneses Barrera por su presunta responsabilidad en el delito de Hurto calificado y agravado, cargos a lo que se allanó.

3.2. En virtud del allanamiento asumió competencia el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento a cargo de la Dra. Gladys Constanza Medina Brando en acatamiento del art. 351 del C.P.P., autoridad que profirió el cuatro (4) de diciembre de dos mil seis (2006) sentencia condenatoria contra Fraudano Meneses Barrera, como coautor de Hurto Calificado y Agravado.

3.3. Para individualizar la pena partió del extremo mínimo de 48 meses señalado en el art. 240, inciso segundo del C.P., que incrementó en la 1/3 parte equivalente a 16 meses según la Ley 890 de 2004, sumatoria que equivocadamente arrojó un total de 74 meses cuando en realidad la cifra correcta correspondía a 64 meses.

A la cifra equivocada le sumó 1/6 parte por el incremento punitivo del Hurto agravado -art. 241.10- para un total de 86.3 meses y la rebajó en un 50% - art. 351 C.P.P.- imponiendo en definitiva 43 meses 6 días de prisión. La pena accesoria de derechos y funciones públicas la impuso por lapso igual al de la pena principal.

Señala que objetivamente la sentencia contrarió el marco normativo que gobernaba este asunto, contemplado en los arts. 239<sup>3</sup> del C.P.; 240<sup>4</sup>; 241<sup>5</sup>; la Ley 890 de 2004<sup>6</sup> y el art. 351 de la Ley 906 de 2004<sup>7</sup>.

Además omitió los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad establecidos en el C.P., en atención a los siguientes aspectos:

1. Fundamentar explícitamente los motivos que determinan la selección cualitativa y cuantitativa de la pena, art. 59 del C.P.

2. La determinación de los extremos punitivos en los que se debía mover el juzgador, conforme a los tipos penales que regían el comportamiento delictual y las circunstancias específicas de atenuación y agravación punitiva concurrentes, art. 60 de la ley penal.

3. La determinación de los cuartos punitivos, según lo dispuesto en el inciso 1º del art. 61 del C.P.; la selección del cuarto dentro del cual la juez tasaría la pena, según lo normado por el inciso 2º del art. 61 del C.P.

Aduce la fiscalía que como los hechos ocurrieron el 24 de febrero de 2006, se debía partir de 48 meses a 144 meses según el art. 240 de la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 890 de 2004, pena que debía incrementarse de una sexta parte a la mitad conforme lo dispuesto en el art. 241 de la Ley 599 de 2000, arrojando pena entre 56 a 216 meses, extremos punitivos que servirían de referencia para establecer los cuartos así:

---

<sup>3</sup> Hurto.

<sup>4</sup> Eventos de Hurto calificado y sus condignas penas.

<sup>5</sup> Circunstancias de agravación punitiva.

<sup>6</sup> Art 14.

<sup>7</sup> Rebajas de pena por aceptación de cargos.

Primer cuarto de 56 a 96 meses; segundo cuarto de 96 meses 1 día a 136 meses; tercer cuarto de 136 meses 1 día a 176 meses y cuarto máximo de 176 meses un día a 216 meses

Como no se adujeron circunstancias genéricas de mayor o menor punibilidad, el sentenciador podía (sic) moverse en el cuarto mínimo de 56 a 96 meses y considerar la gravedad de la conducta, el daño real o potencial y demás aspectos referidos en el art. 61 del Código penal, monto que podía rebajarse hasta en un 50% por allanamiento a cargos, según el Art. 351 de la Ley 906 de 2004.

En la sentencia aludida la juzgadora inobservó estas normas e incurrió en un error aritmético al sumar a los 48 meses de pena mínima establecida en el art. 240 del C.P., 16 meses por la tercera parte de la Ley 890 de 2004, pues esa sumatoria correspondía a 64 y no a 74 meses.

Objetivamente se estaría frente al delito de prevaricato por acción, pero ese punible se integra también con un aspecto subjetivo que demanda acreditar que se actuó con culpabilidad dolosa, integrada por el aspecto cognitivo o intelectual derivado del conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal y del volitivo por querer su realización.

Está acreditada para la fiscalía que la indebida tasación de la pena obedeció a un error aritmético en la suma de los caracteres anteriormente mencionados, que hizo incurrir a la funcionaria judicial en un error de tipo que le impidió conocer al momento de suscribir la sentencia, objeto de estudio que plasmaba una contrariedad ostensible entre los criterios usados por ella para tasar la pena y el quantum de la misma y aunque dicho error puede ser catalogado como vencible, se debe considerar que la legislación

penal Colombiana no prevé la conducta de prevaricato en modalidad culposa.

Del traslado de la solicitud a los demás intervinientes y sujetos procesales.

El representante de la víctima y denunciante, el señor agente del Ministerio Público y la señora defensora del indiciado, con similares argumentos a los expuestos por la fiscalía, se mostraron conformes con la solicitud preclusiva y la coadyuvaron.

De los elementos de convicción que soportan la solicitud de preclusión.

1.- Tarjeta decadactilar en la que consta que a la Dra. Gladys Constanza Medina Brando se le asignó el NUIP 40.018,354, y que nació el 21 de julio de 1961 en Tunja Boyacá.

2.- La condición de servidora pública como Juez Tercero penal municipal con funciones de conocimiento de Tunja y la relación funcional con el presunto actuar prevaricador se acreditó con (i) constancia de servicios expedida por la dependencia de la dirección ejecutiva seccional de administración judicial de Tunja, en la que consta que la Dra. Gladys Constanza Medina Brando, ocupó el cargo de Juez tercero penal municipal de Tunja en propiedad del 1º de mayo de 2003 al 14 de septiembre de 2007, lapso en el que ocurrieron los hechos denunciados por Fraudano Meneses Barrera.

3.- Acta de inspección realizada el 25 de mayo de 2014 por funcionaria de policía judicial en la secretaría del centro de servicios judiciales al proceso

con radicación radicado No. 150016000132200680173 NI 7626 en la que se trajo copia de la sentencia 2006-143 proferida el 4 de diciembre de 2006 por el juzgado tercero penal municipal de Tunja con funciones de conocimiento con la que se condenó a Fraudano Meneses Barrera a la pena principal de cuarenta y tres meses seis días como coautor del delito de hurto calificado y agravado, en la que consta la dosificación cuestionada.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

La Sala con el propósito de determinar si la indagación debe terminar por preclusión, abordará el estudio (i) de la preclusión incoada en primera instancia, motivos y causales; (ii) de las consideraciones fácticas y jurídicas de la Sala para resolver la solicitud de preclusión y conclusiones.

### 1.- De la preclusión incoada en primera instancia, motivos y causales.

La Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal de Tunja en la etapa de la indagación solicitó la preclusión de la investigación adelantada contra la Dra. Gladys Constanza Medina Brando por su presunta participación en el delito de prevaricato por acción derivada de una indebida dosificación y de un error aritmético en que incurrió, aduciendo la existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal, derivada de la estructuración de un error de tipo conforme a la causal normada en el art 332-2 del C.P.P.

En consecuencia refulge la titularidad de la fiscalía para demandar la preclusión en la etapa de indagación, por cualquier causa, incluso por la causal alegada.

### 2.- Consideraciones fácticas y jurídicas de la preclusión solicitada.

## 2.1.- Del prevaricato por acción.

La Sala debe precisar si la Dra. Gladys Constanza Medina Brando en su condición de Juez Tercero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Tunja adecuó su conducta en el comportamiento descrito en el art. 413 del C.P. y si existe una causal que excluya la responsabilidad derivada de la estructuración de un error de tipo conforme a la causal normada en el art 332-2 del C.P.P.

El art. 413 del Código Penal, modificado por la Ley 890 de 2004 señala lo siguiente:

*“ARTICULO 413. 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) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.”*

Los elementos estructurales del tipo penal de prevaricato decantados por la jurisprudencia y la doctrina son:

1.- Sujeto activo calificado, pues quien ejecuta la conducta debe ser un servidor público según las voces del artículo 20 del C.P., por lo que puede ser cometido por jueces de la república, entre otros servidores públicos, y en algunos casos por particulares que ejerzan funciones públicas.

2.- La administración pública es el sujeto pasivo del comportamiento, lo que no impide que el comportamiento pueda ser pluriofensivo en algunos eventos.

3.- El objeto material recae sobre las resoluciones, dictámenes o conceptos, entre los que sin duda se encuentran las providencias emitidas por los jueces de la república en el ámbito de su competencia, según las voces del artículo 161 del C.P.P., es decir las proferidas por los servidores públicos en ejercicio de sus funciones.

4.- La decisión contenida en la resolución, dictamen o concepto debe ser contraria a la ley, entendida no solamente como las normas expedidas por el Congreso de la República, sino que comprende todas aquellas disposiciones que contengan un mandato de carácter general, impersonal y abstracto, emitidas por quien tiene a cargo la comunidad en el ámbito de sus competencias, verbigracia los mandatos constitucionales, la ley en sentido formal y material, decretos, resoluciones, reglamentos, actos administrativos, etc.

5.- La resolución, dictamen o concepto debe ser "*manifiestamente contrario a la ley*", lo que significa que la contrariedad con la ley debe ser ostensible, palmaria, evidente, manifiesta, que aparezca de bulto, notoria, grosera, a tal punto que se advierta sin dificultad. Eso significa que si la decisión admite plurales interpretaciones posibles o probables, el delito deja de existir por carencia de este elemento normativo del tipo penal.

6.- El actuar del funcionario implica un abuso del poder en la medida en que se aparta de la función pública a él atribuida o a su investidura, vulnerando el bien jurídico de la recta administración pública.

7.- El funcionario público en ejercicio de funciones debe "*proferir*" resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, lo que significa que el delito se consuma cuando esas manifestaciones de voluntad de la administración nacen a la vida jurídica, independientemente si contra ellas se interpongan los recursos de ley y más aún que posteriormente se revoquen.

8.- Es un delito esencialmente doloso porque implica que el funcionario público en ejercicio de funciones profiera la resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, con conocimiento y voluntad de hacerlo, en la convicción de estar contrariando la ley.

Como la conducta que se reputa prevaricadora se deriva del desconocimiento de los criterios y reglas para la determinación de la pena y del error aritmético con el que se consolidó, la Sala también se referirá a este aspecto de manera preliminar

## 2.2.- De las reglas y criterios para la dosificación de las penas.

Sea lo primero advertir que toda sentencia debe contener la fundamentación explícita sobre los motivos de determinación cualitativa y cuantitativa de la pena, según lo exige el art. 59 del Código Penal y lo demanda la estructura del Estado Social de Derecho y el principio democrático en que se funda.

2.2.1.- El juzgador debe encontrar en primer término los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover, que se encuentran de manera directa, revisando el tipo penal de que se trate o como resultado de la aplicación de circunstancias modificadoras que hayan hecho presencia en la realización de la conducta punible.

Estas circunstancias modificadoras son atenuantes o agravantes, y se caracterizan porque hacen presencia o se estructuran en el momento de la

comisión de la conducta punible, resultando inescindibles al comportamiento y por ende caracterizándolo.

Por vía de ejemplo la Sala cita el fenómeno de la tentativa (art. 27), la complicidad (art. 30), el exceso en las causales de ausencia de responsabilidad (art. 32 numeral 7º inciso 2º), el estado de ira o de intenso dolor (art. 57), la situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (art. 56) contenidas en la parte general del código y también todas las circunstancias que atenúan el comportamiento o que lo agravan contempladas para los tipos penales en la parte especial como las circunstancias de agravación del homicidio (art. 104); las circunstancias de agravación de los delitos contra la libertad, integridad o formación sexuales; las que califican el hurto (art. 349) o las que lo agravan (art. 241), etc.

2.2.2.- Una vez determinados los extremos punitivos, se busca el ámbito punitivo de movilidad, que se define como la cantidad de pena que existe entre el límite mínimo y el límite máximo. Ese ámbito punitivo de movilidad se divide en cuartos y el juzgador seleccionará el mínimo, los medios o el máximo, según las reglas establecidas en el art. 61 del Código Penal.

El cuarto mínimo debe ser seleccionado cuando no existan atenuantes ni agravantes, o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva; los medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva y; el máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación.

Es obvio que las circunstancias a las que aquí se refiere el legislador son diversas a las modificadoras, que ya se tuvieron en cuenta para la determinación de los extremos punitivos y que por lo tanto no pueden volver a ser consideradas por vulneración efectiva del *nom bis in ídem*.

Eso significa que las circunstancias a considerar en este estadio de la dosificación son las no modificadoras, denominadas genéricas de mayor o menor punibilidad contempladas en los arts. 58 y 55 del Código Penal, respectivamente. Dichas circunstancias pueden ser imputadas y deducidas cuando *“no hayan sido previstas de otra manera”*, pues si se imputaron como específicas se han debido tener en cuenta para la fijación de los límites mínimo y máximo, sin que tengan cabida nuevamente, so pena de vulnerar el principio del *nom bis ídem* incurriendo en doble incriminación.

2.2.3.- Una vez seleccionado el cuarto correspondiente, el sentenciador debe determinar la pena 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 o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

También tendrá en cuenta para la determinación de la pena en la tentativa el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

2.2.4.- Establecida la pena a imponer, respecto de ese quantum, se deben aplicar los institutos post delictuales, o como lo dice la H. Corte Suprema de Justicia, las circunstancias fácticas, personales o procesales que se estructuran con posterioridad a la comisión de la conducta punible, entre las que por vía de ejemplo se pueden citar las de los arts. 269 y 401 del Código Penal y/o las rebajas de pena contenidas en el art. 351 del C.P.P. por allanamiento a cargos.

2.2.5.- Cuando se trate de concurso de conductas punibles, los delitos han de ser dosificados de manera individual, para saber cuál de ellos tiene

cuantitativa y cualitativamente la pena más grave. El delito que la tenga será el que sirva como base para la dosificación de los otros comportamientos punibles en concurso, siguiendo las reglas y límites contenidos en el art. 31 del Código Penal, ya que la pena no puede superar hasta el otro tanto, ni ser superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas, ni tampoco superior al máximo legal.

Estas son en síntesis las reglas que se deben tener en cuenta para el proceso de dosificación punitiva por vía general y específicamente las que hemos de aplicar en el caso de autos, como se verá.

### 2.3.- De la dosificación correcta en el caso en concreto.

El delito atribuido al hoy procesado fue el de hurto calificado y agravado, contenido en los arts. 239, 240 inciso segundo y 241-10 del C.P. contenido en la Ley 599 de 2000, con el incremento del art 14 de la Ley 890 de 2004.

La pena contemplada para el delito de hurto calificado según el inciso segundo del art. 240, modificado por el art. 2º de la Ley 813 de 2003 oscila entre cuatro (4) a diez (10) años, equivalentes de cuarenta y ocho (48) a ciento veinte (120) meses.

Según el artículo 241-10 del C.P. la pena se incrementará de una sexta parte a la mitad, evento en el que la menor se aplica al mínimo y la mayor al máximo<sup>8</sup>, cifras que corresponde a ocho (8) y sesenta (60) meses, respectivamente, lo que significa que los extremos punitivos oscilaran entre cincuenta y seis (56) a ciento ochenta (180) meses.

---

<sup>8</sup> Numeral 4 del art. 60 del C.P.

En atención a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, la tercera es de dieciocho (18) meses veinte (20) días que se aplica al mínimo y la mitad de noventa (90) meses se aplica al máximo oscilando los extremos punitivos de setenta y cuatro (74) meses veinte (20) días a doscientos setenta (270) meses.

El ámbito punitivo de movilidad es de ciento noventa y cinco (195) meses diez (10) días y la cuarta parte corresponde a cuarenta y ocho (48) meses veinticinco (25) días.

El cuarto mínimo oscila entre setenta y cuatro (74) meses veinte (20) días a ciento veintitrés (123) meses quince (15) días; el primer cuarto medio de ciento veintitrés (123) meses dieciséis (16) días a ciento setenta y dos (172) meses diez (10) días; el segundo cuarto medio de ciento setenta y dos (172) meses once (11) días a doscientos veintiún (221) meses cinco (5) días y el cuarto máximo de doscientos veintiún (221) meses seis (6) días a doscientos setenta (270) meses de prisión.

Como no se atribuyeron ninguna de las circunstancias de mayor punibilidad establecidas en el artículo 58 del C.P., refulge obvio que en aplicación del inciso segundo del artículo 61 imperaba seleccionar el cuarto mínimo de setenta y cuatro (74) meses veinte (20) días a ciento veintitrés (123) meses quince (15) días de prisión.

Seleccionado el cuarto mínimo la sentenciadora debía determinar la pena ponderando (i) la mayor o menor gravedad de la conducta, (ii) el daño real o potencial creado, (iii) la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, (iv) la intensidad del dolo, (v) la preterintención o la culpa concurrentes y (vi) la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir

en el caso concreto; valoración que no realizó la señora juez porque no refirió ninguna de estas circunstancias, desde luego omitiendo su deber legal.

Sin embargo, de su particular forma de dosificar, la Sala encuentra que pretendió aplicar la pena mínima, que en todo caso no corresponde ni a sesenta y cuatro (64) meses como lo señaló la señora fiscal requirente ni tampoco a ochenta y seis punto tres meses (86.3) meses que indicó la funcionaria incluido el error aritmético en que incurrió, sino a (74) meses veinte (20) días, como lo dejó establecido precedentemente la Sala, quantum punitivo que desde luego respetaría el principio de legalidad.

Ahora bien, según las voces del artículo 351 del C.P.P. la aceptación de los cargos en la audiencia de formulación de imputación comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, lo que significa que si se le otorgaba la mayor rebaja equivalente al cincuenta por ciento (50%), la pena que se ha debido imponer correspondía a treinta y siete (37) meses diez (10) días de prisión y no a cuarenta y tres (43) meses seis (6) días como finalmente se resolvió en la sentencia cuestionada.

En síntesis la Sala encuentra que la señora Juez Tercero Penal Municipal de Tunja por la época de los hechos omitió motivar según los criterios de dosificación punitiva establecidos por el legislador colombiano y terminó imponiendo una pena superior a la que en su mínimo realmente correspondía por lo que objetivamente el delito de prevaricato por acción encuentra adecuación porque incurrió en un comportamiento manifiestamente contrario a la ley.

#### 2.4. De la causal alegada y de la resolución al caso concreto.

Según la fiscalía requirente, la indebida tasación de la pena obedeció a un error aritmético al incrementar el extremo mínimo punitivo de los tipos penales correspondientes, que hizo incurrir a la funcionaria judicial en un

error de tipo, por lo que alega la causal contemplada en el art. 332-2 del C.P.P., desde luego concordante con el numeral 10º del artículo 32 del Código Penal que acuña como causal de ausencia de responsabilidad el error de tipo, de la siguiente manera:

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

*Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado (...)"*.

El error de tipo es el que, como su nombre lo indica, existe cuando el sujeto activo de un comportamiento yerra sobre un hecho constitutivo de la descripción típica o de uno de los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. La primera parte contiene el error de tipo propiamente dicho, mientras que la segunda parte está referida al denominado error de tipo permisivo o de autorización.

Eso significa que el legislador exonera de responsabilidad a quien determinado por un error, yerra sobre uno de los elementos constitutivos de la descripción típica o de un elemento objetivo de una causal que excluya la responsabilidad.

Entonces refulge que si se puede equivocar sobre uno cualquiera de los elementos del tipo penal, también obviamente el error se predica sobre la

propia existencia del tipo. Éste es un evento en el que el legislador penal Colombiano autoriza la ignorancia de la ley como excusa.

En consecuencia, el error de tipo no solamente comprende el que recae sobre uno cualquiera de los elementos integradores del tipo como los sujetos, el objeto y la conducta, sino también sobre la propia existencia del tipo penal. Adicionalmente se predica su existencia cuando éste recae sobre un elemento objetivo de una causal que excluya la responsabilidad.

En síntesis, el error de tipo puede versar o recaer sobre (i) la existencia del tipo, es decir cuando se ignora su existencia; (ii) sobre uno cualquiera de los elementos constitutivos de la descripción típica, referidos a los sujetos objetos o conducta con sus correspondientes ingredientes normativos y/o subjetivos de tipo y (iii) sobre un elemento objetivo de una causal que excluya la responsabilidad.

La Sala afirma respetuosamente, que ninguna de esas circunstancias fue alegada por la fiscalía y de contera ninguna de esas hipótesis recibió la correspondiente fundamentación jurídica.

Dicho de otra manera la señora fiscal no adujo la ignorancia de la señora juez cuestionada respecto de la existencia del tipo penal que acuña el prevaricato por acción; tampoco mencionó si se trataba de un error atinente a cualquiera de los elementos integradores del tipo, como los sujetos, el objeto o la conducta, por ejemplo porque la funcionaria hubiese considerado que no emitió resolución, dictamen o concepto o que aún advertido tal aspecto considerara que su resolución no fuera manifiestamente contraria a la ley, en relación a ese ingrediente normativo contenido en el tipo. Tampoco, en modo alguno, que la señora juez hubiese actuado al amparo del error sobre un elemento objetivo de una causal de

justificación o error de tipo permisivo o de autorización, pues ni siquiera anunció su existencia.

En síntesis se advierte que la causal aducida por la fiscalía no fue debidamente sustentada y a la Sala le está vedado suplir, menos aún subsanar la fundamentación y argumentación en aras de superar esas falencias, porque ese actuar vulneraría flagrantemente el principio de imparcialidad con el que estamos imbuidos.

Sin embargo, del contenido de la argumentación se advierte que la señora fiscal adujo la inexistencia de dolo en el actuar de la funcionaria de primer grado, a tal punto que refirió los elementos constitutivos de esa forma de culpabilidad, soportada en lo que jurisprudencialmente ha señalado la Corte Suprema de Justicia.

Eso significa, en sentir de la Sala, que la causal equivocadamente aducida del numeral segundo del art. 332 del C.P. en concordancia con el numeral 10 del art. 32 del C.P. y el art. 22 Ibídem, corresponde a la del numeral cuarto del artículo 332 relativo a la atipicidad, en este caso subjetiva, desde luego soportada en la ausencia de dolo.

Refulge para la Sala que la señora Juez Tercero Penal Municipal de Tunja en la decisión cuestionada se alejó de las normas y criterios que establece el Código Penal para dosificar la pena, por desconocimiento o ignorancia de la normatividad imperante, lo que de contera elimina el elemento cognitivo y por tanto el querer realizar conducta contraria a derecho. Creyó erróneamente que esa era la forma jurídica y legal que se imponía al dosificar, razones que con suficiencia determinan la actualización de esta causal y no de la anunciada por la señora fiscal.

En lo concerniente a la posibilidad de precluir la actuación penal por una causal diferente a la invocada, de antaño la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en doctrina reiterada, por excepción avaló el decreto de preclusión por otra diversa a la alegada siempre y cuando se puede auscultar su configuración de la argumentación fáctica, probatoria y jurídica presentada durante el debate.

En sentencia del 25 de junio de 2014 (Rad. 44422) la Citada Corporación puntualizó:

*“Sin embargo, y sin desconocer que la titularidad de la acción penal recae, según lo establecido en el Acto Legislativo 03 de 2002, en la Fiscalía General de la Nación, y que el carácter de adversarios y el sistema de partes previsto en la mencionada reforma constitucional excluye actuaciones de la judicatura diversas a las propuestas por esta institución, que es la llamada a promover su actividad, este asunto plantea una tensión entre la rigurosidad de tal postulado y la eficacia en la administración de justicia que, como principio rector de la actuación procesal<sup>9</sup> y criterio de orientación hermenéutico<sup>10</sup>, conlleva a que deba modularse aquel axioma. Lo anterior, porque el discurso de la Fiscalía permite entrever, aun cuando fue vacilante, la atipicidad de la conducta.*

*Esta postura no es novedosa, ya que la Sala, en el pronunciamiento citado con antelación, ha admitido que la tendencia actual se dirige a que no solo con relación a la causal alegada se pueda decretar la*

---

<sup>9</sup> Ley 906 de 2004, artículo 10, “La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial [...]”

<sup>10</sup> Artículo 26 ibídem, “Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”.

*preclusión, sino que también es válido hacerlo por otra, cuando sus componentes estructurales y los soportes materiales probatorios y evidencia física así lo determinen, es decir que en la audiencia se haya puesto de conocimiento de los jueces, los motivos que la estructura', sin que ello signifique inmiscuirse en el rol de la Fiscalía atendiendo hipótesis en las que, como en el sub examine, se brinden por parte de sus Delegados elementos de juicio encaminados a la demostración de tal circunstancia, o sea, de que opera la preclusión.*

*Además, se debe aplicar el principio de caridad que en lenguaje argumentativo implica trascender, dado el caso, de la presentación formal del discurso jurídico al análisis conceptual que formula, siempre que sin dificultad se pueda deducir.<sup>11</sup>*

Jurisprudencia reiterada por el Alto Tribunal en decisión del 9 de mayo de 2018 (Rad. 52169), así:

*"De lo anotado se extracta que por regla general los jueces no pueden declarar la preclusión por causal diferente a la propuesta por el solicitante, salvo algunas excepciones, que corresponden a que, si bien, se alega determinada causal, la argumentación fáctica, jurídica y probatoria remita a una diferente, que es declarada por el funcionario judicial si se demuestran dichos factores.*

*En estos eventos, reitera la Corte, no existe violación del principio de imparcialidad judicial, porque el juez no está decidiendo por fuera de lo efectivamente argumentado y demostrado por la parte.*

---

<sup>11</sup> Acerca de este principio pueden consultarse CSJ AP, 10 de marzo de 2009, Rad. 30822; CSJ SP, 20 Oct 2010, 33022

*Así lo sostuvo recientemente la Sala:*

*‘En este sentido, si la causal alegada se encuentra probada, el juez debe disponer la preclusión, aun cuando considere que la terminación del proceso también procede por motivo diferente. Por el contrario, si la decisión consiste en negar la existencia de la causal propuesta ‘no pueden los jueces entrar a hacer juicios de valor sobre otras causales que no le han sido puestas de presente, porque en tal caso se estaría desbordando la actividad judicial al entrar a resolver cuestiones que no le han sido planteadas y tampoco debatidas’. (CSJ AP 8 feb. 2008. Radicado 28908; CSJ AP. 15 jul. 2009. Radicado 31780; CSJ AP 18 may.2011 Radicado 35826).*

*Por excepción, cuando los elementos de conocimiento base de la solicitud permiten establecer la procedencia de la preclusión por algún motivo diferente al invocado, por economía procesal debe decretarse, siempre que “sus componentes estructurales (...) así lo determinen”.*

De lo expuesto se evidencia que la fiscalía planteó y demostró con suficiencia argumentativa, fáctica, probatoria y jurídicamente la ausencia de dolo en la funcionaria, por lo que se impone precluir la indagación por atipicidad subjetiva conforme a lo normado en el art. 332-4 del C.P.P., por lo que se:

## RESUELVE

PRIMERO. PRECLUIR, a favor de la indiciada Dra. Gladys Constanza Medina Brando, la persecución penal por los hechos aquí denunciados, con efectos de cosa juzgada, según las motivaciones precedentes.

SEGUNDO. Contra esta decisión procede el recurso de apelación.

Quedan las partes notificadas por estrados.

EDGAR KURMEN GÓMEZ  
Magistrado

LUZ ÁNGELA MONCADA SUAREZ  
Magistrado

JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDOÑEZ  
Magistrado

PEDRO PABLO VELANDIA RAMÍREZ  
Secretario