

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

SP2184-2017

Radicación 47348

Aprobado mediante Acta No. 37

Bogotá, D.C, quince (15) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

ASUNTO

Resuelve la Corte el recurso de apelación propuesto por los defensores contra la sentencia de 17 de noviembre de 2015, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán mediante la cual condenó a AMPARO ARÉVALO JARAMILLO y LUIS EDUARDO HERNÁNDEZ GARCÍA, en su condición de Jueces Civiles de Puerto Tejada, como responsables del concurso de delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros.

ANTECEDENTES

1. Fácticos

1.1 El conocimiento de la acción de tutela 2010-00051, presentada por el apoderado de JUAN ARTURO GARCÍA MARMOLEJO, le correspondió al Juzgado Primero Civil Municipal de Puerto Tejada, a cargo de la Juez AMPARO ARÉVALO JARAMILLO. Con la

solicitud de amparo por violación al derecho fundamental a la igualdad, el actor pretendía el reconocimiento de su estatus como jubilado y el pago de su mesada dentro del Plan de Pensión Anticipada para ex trabajadores de la extinta TELECOM.

Dentro del término concedido para el ejercicio del derecho de defensa, como accionado, el Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR – TELECOM, por intermedio de apoderado, se opuso con fundamento en i) falta de competencia del Juzgado para fallar; ii) existencia de dos acciones constitucionales previas y dos procesos laborales por los mismos hechos, todos instaurados por el accionante; iii) la inexistencia de perjuicio irremediable; iv) el incumplimiento del ex trabajador de los requisitos para obtener la pensión; y v) la naturaleza jurídica del PAR.

Al emitir decisión de fondo, la Jueza ARÉVALO JARAMILLO tuteló el derecho invocado por el accionante y ordenó al PAR reconocer al accionante en el plan de pensión anticipada y pagar la mesada correspondiente desde el 1 de febrero de 2006. Inconforme con la decisión, el apoderado del PAR impugnó la decisión.

1.2 Correspondió al Juzgado Civil del Circuito de la misma ciudad resolver el recurso de apelación. El 16 de marzo de 2010, en decisión de segunda instancia, el Doctor LUIS EDUARDO HERNÁNDEZ GARCÍA confirmó la sentencia confutada.

1.3 El 13 de abril de 2010, la titular del Juzgado Primero Civil Municipal de Puerto Tejada, Doctora ARÉVALO JARAMILLO, decidió el incidente de desacato del fallo de tutela referido y sancionó con arresto domiciliario de 5 días y multa de 5 salarios mínimos al representante legal de la accionada. Esa determinación fue confirmada integralmente por el Juez HERNÁNDEZ GARCÍA al conocer en grado de consulta.

1.4 En cumplimiento de tales órdenes judiciales, el PAR consignó a órdenes del Juzgado Primero Civil Municipal la mesada correspondiente al accionante en un monto de \$178.190.618. Sin embargo, los pagos mensuales fueron suspendidos en cumplimiento del auto 241 del 14 de julio de 2010 adoptado por la Corte Constitucional.

1. Procesales

2.1 El 8 de agosto de 2013, ante el Juzgado Primero Penal Municipal con función de control de garantías, se adelantaron las audiencias preliminares de legalización de captura y de formulación de imputación en contra de AMPARO ARÉVALO JARAMILLO y LUIS EDUARDO HERNÁNDEZ GARCÍA por los delitos de prevaricato por acción en concurso heterogéneo sucesivo con el delito de peculado por apropiación a favor de terceros. Los imputados no aceptaron los cargos.

Así mismo, se realizó la diligencia de solicitud de medida de aseguramiento, sin que el Juzgado accediera a lo peticionado por la Fiscalía General de la Nación.

2.3 El 3 de octubre de 2013, la Fiscalía radicó el escrito de acusación, cuya formulación en audiencia se efectuó el 5 de mayo de 2014. En el interregno el Magistrado Ponente manifestó su impedimento para conocer el asunto, pero su pronunciamiento no fue aceptado por los restantes integrantes de la Sala de Decisión², motivo por el cual esta Corporación, en auto de 27 de noviembre de 2013, declaró infundado el impedimento manifestado y ordenó, en consecuencia, que se continuara con el trámite correspondiente.

2.4 Precisado lo anterior, la audiencia preparatoria se adelantó en sesiones del 11

y 12 de marzo de 2015. Por su parte, el juicio oral fue celebrado el 19 y 20 de agosto. Finalizada la práctica probatoria y los alegatos de conclusión, el Tribunal Superior anunció el sentido condenatorio del fallo por los delitos de prevaricato por acción en concurso heterogéneo sucesivo con el delito de peculado por apropiación a favor de terceros y dispuso el traslado previsto en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

2.5 La lectura de la sentencia se realizó el 20 de noviembre de 2015. Notificados en audiencia, los defensores de los procesados interpusieron el recurso de apelación que sustentaron oportunamente en los términos del artículo 179 del Código de Procedimiento Penal.

2.6 El 8 de junio de 2016, la procesada ARÉVALO JARAMILLO radicó en la Secretaría de la Sala de Casación Penal un escrito con el cual allegó copia de dos providencias judiciales³, por considerar que deben ser tenidas en cuenta y aplicadas en su favor.

LA SENTENCIA APELADA

1. El Tribunal halló a los acusados ARÉVALO JARAMILLO y HERNÁNDEZ GARCÍA responsables del concurso de delitos de peculado por apropiación y prevaricato por acción.

Al referir el análisis de la tipicidad objetiva de las conductas endilgadas a los acusados y con fundamento en lo acreditado probatoriamente inició por afirmar que se trataba de dos servidores públicos que en su condición de Jueces sí intervinieron y fallaron la tutela 2010-00051.

Efectuado lo anterior, procedió a elaborar un recuento de la prueba practicada en juicio, para sostener que, entre otras circunstancias, fueron acreditadas la escasa fundamentación de la sentencia de tutela de segunda instancia, la particular comprensión de la primera instancia frente a la inmediatez y la contabilización de términos para acceder a la

pensión, el valor depositado por el PAR (\$178.190.618), la existencia de 4 procesos judiciales decididos en contra del accionante, el desdén del Juez Civil del Circuito en los asuntos del Despacho y el reconocimiento expreso del oficial mayor de ese Juzgado de haber proyectado el fallo de segunda instancia.

En el entendido que era un asunto sencillo de decidir, el a quo afirmó que esas sentencias eran manifiestamente ilegales, pues “no había dificultad de interpretación, no existía una controversia doctrinal o jurisprudencial al respecto”⁴, máxime cuando el apoderado del PAR presentó oportunamente las razones de hecho y de derecho que impedían tutelar los derechos del accionante.

Sin embargo, en concepto de la primera instancia, los procesados impusieron su caprichoso criterio, con especial referencia a la interpretación del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, pues los dos Jueces sabían que el accionante ya había promovido dos acciones de amparo por los mismos hechos, pero no rechazaron la actuación por improcedente.

Advirtió que los procesados tampoco valoraron la decisión de tutela en segunda instancia del Tribunal Superior de Buga, por medio de la cual revocó el amparo concedido al aquí accionante, allegada a la actuación⁵ el 24 de febrero de 2010. El número de acciones interpuestas y el paso del tiempo le permitieron aseverar que aunque no se alegó la tutela para evitar un perjuicio irremediable, el amparo sí fue concedido por el a quo, confirmado por la abulia y desparpajo de ad quem.

De la lectura de la oposición e impugnación presentada por el apoderado de la PAR refulgía evidente la imposibilidad de acceder al amparo; sin embargo fueron proferidos fallos contrarios al ordenamiento jurídico, como providencias calificadas de prevaricadoras que permitieron la injusta apropiación de recursos públicos durante el incidente de desacato, y que además reflejan la voluntad de los procesados de irse

contra derecho.

Acotó que pese a la advertencia del representante judicial del PAR, los jueces se apartaron sin justificación del precedente de la Corte Constitucional, sentencias T- 589 de 2007 y T- 551 de 2009 que se ocuparon de hechos análogos. Igualmente, en sus decisiones los procesados desconocieron la improcedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de pensiones, al tenor de lo señalado en las sentencias T - 302 de 1993 y T - 038 de 1997. Circunstancia de mayor relevancia si se tiene en cuenta que aunque a los Jueces se les informó oportunamente que el actor no cumplía con los requisitos para acceder al plan pensional, éstos ordenaron el reconocimiento de la pensión y su pago incluso de manera retroactiva.

De la oposición evidente y objetiva entre lo decidido y el marco legal, así como de las irregularidades evidenciadas, tuvo por acreditada la tipicidad objetiva del prevaricato y derivó el dolo de los procesados, quienes conscientes de la ilicitud de su comportamiento así orientaron su accionar.

En ese marco, descartó la presencia de un actuar culposo y reiteró que los Jueces dolosamente defraudaron la confianza y las funciones a ellos atribuidas al dar una administración diferente a los recursos, con el objetivo de favorecer los intereses de un tercero que no tenía derecho a acceder a dichos dineros.

En punto de la tasación de la pena, con expresa mención al delito de peculado por apropiación identificó el mínimo y el máximo de la pena aplicable, se ubicó en el primer cuarto de movilidad y fijó la sanción en 98 meses de prisión. Idéntica labor emprendió con el punible de prevaricato por acción y tasó la pena en 52 meses, guarismos que, sumados por virtud del concurso de conductas punibles, arrojaron 150 meses de prisión como límite de la pena a imponer. En los dos casos, el a quo se apartó ligeramente del mínimo del primer cuarto en consideración a la gravedad del hecho, derivada de la

magnitud del peculado, así como la necesidad de la pena y el conocimiento del actuar contrario a derecho. Sin embargo, expresamente estableció la pena a imponer⁶ en 102 meses de prisión y multa de 342 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Al emitir pronunciamiento sobre la viabilidad de conceder la suspensión de la ejecución de la pena negó tal beneficio en consideración del factor objetivo, pues la pena impuesta superaba los cuatro años, negativa extensiva a la prisión domiciliaria por el mismo factor objetivo, sanción superior a ocho años, y por tratarse de un delito que lesionó la Administración Pública, según lo normado en el numeral 2 del artículo 38B de la Ley 599 de 2000.

EL RECURSO DE APELACIÓN

1. El defensor de AMPARO ARÉVALO JARAMILLO, después de descalificar la labor de la Fiscalía y denunciar el incumplimiento de las cargas procesales que le asistían, afirmó que la sentencia condenatoria se fundó únicamente en pruebas de acreditación, sin demostración alguna del elemento subjetivo en el caso de su representada, pues lo único que se acreditó fue el trámite de la acción de tutela y la existencia de las decisiones respectivas.

En contravía de la conclusión del a quo, el censor indicó que su representada sí había argumentado con suficiencia las razones probatorias y jurídicas que hacían viable conceder el amparo. Para demostrar su argumento transcribió en extenso las consideraciones plasmadas en el fallo de tutela de primera instancia y con ese preámbulo procedió a fundamentar, de manera confusa, la existencia de un error de tipo

invencible, afirmando que la entonces Juez si bien motivó su decisión de amparo no actuó dolosamente y su conducta resulta, en su entender, atípica.

Es decir, en su criterio no merece reproche que la procesada se haya apartado de las decisiones judiciales aportadas al proceso, pues jurídicamente se encontraba facultada para obrar de tal modo, en tanto ofreció las razones para su disenso. Esa apreciación del recurrente fue soportada en la extensa transcripción de las sentencias C - 621 de 2015 y C - 284 de 2015.

Por otra parte, reclamó la aplicación del in dubio pro reo, con fundamento en múltiples decisiones judiciales alusivas al tema pero también a la presunción de inocencia, pues en su criterio la declaración de los tres testigos de acreditación, a través de los cuales se incorporó la evidencia documental, impedía arribar al grado de convicción exigido para condenar.

Igualmente denunció la existencia de un juicio carente de ejercer el principio de contradicción, pues aunque no discute la existencia de las decisiones ni de los pagos, sí controvierte la concurrencia, por parte de su representada, de un supuesto lucro o interés por afectar el patrimonio de la entidad accionada. Sostuvo que la Fiscalía no probó la existencia de motivos personales o económicos para favorecer al accionante con los fallos.

En el entendido que lo único que hizo la Fiscalía fue incorporar unos expedientes al juicio, consideró que i) no obra ninguna prueba del dolo y ii) no se desvirtuó la presunción de inocencia.

Recordó que la sentencia de tutela de segunda instancia se encuentra en firme, en tanto no fue seleccionada por la Corte Constitucional para su revisión. Insistió en la legalidad de lo decidido por la procesada, con fundamento en la motivación por ella expuesta en esa decisión, y descalificó la posibilidad de condenar a un Juez de la

República por conceder un derecho pensional, según su criterio, sobre un régimen jurídico complejo como lo era el plan pensional de TELECOM que generó la adopción de decisiones contradictorias, siendo necesaria a la adopción de una sentencia de unificación en la materia, inexistente para el momento en que se decidió la acción constitucional de amparo. En esos términos solicitó la revocatoria de la sentencia apelada.

2. El defensor del procesado HERNÁNDEZ GARCÍA, arguyó que las providencias adoptadas no eran manifiestamente ilegales, situación que en su criterio se encontraba acreditada con el sentido de los tres fallos de tutela que, en primera instancia, ampararon los derechos del accionante. Además de esos antecedentes, con fundamento en la prueba testimonial⁷, refirió que su representado, para la época de los hechos, padecía de un estrés laboral que no le permitía ver lo que una mente tranquila puede observar y lo llevó a refugiarse en el licor.

Con referencia a la situación del accionante GARCÍA MARMOLEJO reconoció que tenía una expectativa de pensionarse en tanto le faltaban escasos treinta y cinco días para cumplir los veinte años de servicio y así acceder al estatus de pensionado.

Así mismo, manifestó que el a quo soslayó que durante el juicio se demostró que fue el oficial mayor del Despacho quien proyectó la decisión firmada por su representado que atravesaba un total desequilibrio emocional, cuadro que excluye la existencia de un móvil determinado para contrariar la normatividad y favorecer a una persona con la que no tenía ningún vínculo.

En ese contexto, con expresa referencia a una decisión de esta Corporación⁸, rechazó la posibilidad de presumir la culpabilidad de su prohijado, quien debía ser tratado como un enfermo, víctima del síndrome de “BUNOUT”⁹, sin que en la actuación se haya demostrado el ánimo de lucro por parte del agente o en el peor caso, persiste

la duda sobre el dolo en su actuar y la persecución de un interés defraudatorio.

En consideración a ese padecimiento y la trayectoria profesional al interior de la Rama, de manera subsidiaria, el libelista solicitó que la efectividad de la pena no se materialice en un centro de reclusión, sino en el domicilio del procesado, situación que resulta viable en su criterio al dar aplicación al numeral 1º del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal. Con las anteriores consideraciones reclamó que se “modifique la condena a favor de LUIS EDUARDO HERNANDEZ GARCIA (sic), absolviéndolo del delito de PECULADO POR APROPIACION (sic) EN FAVOR DE TERCERO”¹⁰.

NO RECURRENTES

1. El Fiscal Cuarto Delegado ante el Tribunal Superior solicitó la confirmación íntegra de la sentencia impugnada con fundamento en los siguientes razonamientos.

Frente a la apelación presentada por el defensor de HERNÁNDEZ GARCÍA, el delegado Fiscal señaló que se incurría en una imprecisión al afirmar que en primera instancia otros Despachos judiciales habían tutelado los derechos del accionante GARCÍA MARMOLEO, pues como se desprende del fallo del Juzgado Promiscuo Municipal de Arboletes la acción de tutela amparó los derechos de algunos demandantes, pero la negó en el caso del prenombrado. Tal decisión, en esos términos, fue confirmada por el Juzgado Laboral del Circuito de Turbo.

Acepta que el Juzgado Penal del Circuito de Palmira sí accedió a la pretensión de GARCÍA MARMOLEO, en primera instancia, realidad que en lo absoluto excluye el carácter manifiestamente ilegal de los fallos adoptados por los aquí procesados, máxime cuando éstos tuvieron oportuno conocimiento de la revocatoria de aquella providencia por parte del Tribunal Superior de Buga.

Destaca que no puede pasar desapercibido en ese recurso de apelación el reconocimiento tácito de la configuración del punible de prevaricato por acción “al punto que finalmente, como objeto del recurso, peticona la absolución de su defendido, únicamente en relación con el delito de peculado por apropiación, sin hacer mención al de prevaricato por acción, lo que indica que consciente es de lo prevaricador de tales sentencias de tutela”¹¹.

En punto del presunto padecimiento mental del procesado manifestó, de manera concreta y vehemente, que tal situación no fue demostrada en el juicio y mucho menos la injerencia del estrés en la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta. Lo anterior, bajo el entendido que i) el testimonio de dos funcionarios del Juzgado no era idóneo para acreditar la patología y ii) se trataba de una apatía a la labor de Administrar Justicia, como conducta que debe ser reprochada con mayor intensidad. Tampoco comparte la apreciación según la cual el Tribunal desestimó esos testimonios, pues lo cierto es que los testigos sí discutieron el proyecto con el Juez que una vez leído procedió a firmarlo.

Expresamente aceptó el delegado del ente acusador que le asistía razón al recurrente en cuanto hacía referencia a la falta de demostración del móvil en el peculado por apropiación, reparo intrascendente en su criterio, dado que “para la estructuración de la conducta del punible del prevaricato por acción o del peculado por apropiación a favor de terceros, ni para la atribución de responsabilidad de tales conductas se requiere acreditar ese móvil” aserto que cimentó en jurisprudencia de esta Sala¹².

Al ocuparse del recurso presentado por el defensor de ARÉVALO JARAMILLO rechazó su argumentación sobre el error de tipo y la falta de prueba del elemento subjetivo, en tanto la existencia del dolo debe deducirse de factores objetivos demostrados en el proceso, según lo establecido por esta Corporación en decisión del 3 de septiembre de 2014¹³, proceso intelectual que fue verificado por el Tribunal con fundamento en circunstancias objetivas debidamente acreditadas durante el juicio oral.

Insiste en el carácter prevaricador de la sentencia de tutela de primera instancia, por cuanto la Jueza deliberadamente dejó de aplicar los artículos 6, 8 y 38 del Decreto 2591 de 1991 y no hizo el más mínimo análisis de las sentencias T - 551 de 2009 y T - 589 de 2007 que trataron asuntos similares al sometido a su conocimiento.

Por último, indicó la improcedencia de dar aplicación al in dubio pro reo, toda vez que el recurrente no explicó en donde se ubica la duda sobre la responsabilidad de la procesada. Además, afirmó que en su criterio sólo procedía la confirmación de la sentencia o al absolución de la procesada, pero no la duda, en función de la prueba sobre el carácter manifiestamente ilícito de la decisión y el dolo de los sujetos activos, como elementos que sí se acreditaron en el caso concreto, por lo que la única decisión posible es la ratificación de lo decidido en primera instancia.

2. La apoderada de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Popayán, en su calidad de representante de víctima, deprecó que la sentencia confutada sea confirmada, pues los fallos proferidos por los procesados además de desacertados fueron contrarios a la Ley al incorporar expresiones inatendibles que revelan el capricho del servidor público. Ese razonamiento lo acompañó con la transcripción en extenso de varias decisiones de esta Corporación.

La discrepancia manifiesta entre los fallos de tutela y la normatividad aplicable la derivó de la inexplicable inobservancia de: i) la evidencia según la cual el accionante no cumplía con los requisitos objetivos para acceder a la pensión; y ii) el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, a pesar de la advertencia del apoderado del accionado en el sentido de indicar la existencia de dos acciones de tutela previamente instauradas.

Igualmente, manifestó que la supuesta anomalía psíquica de HERNÁNDEZ GARCÍA no fue probada con un dictamen pericial o prueba científica, realidad insoslayable que

impide acceder a los planteamientos de su defensor, pues por el contrario lo único acreditado en el juicio, en su concepto, fue la teoría del caso de la Fiscalía razón suficiente para confirmar el fallo atacado.

3. El Agente del Ministerio Público encontró que i) la sentencia apelada era respetuosa de las exigencias contempladas en el artículo 162 del Código de Procedimiento Penal, con especial referencia al numeral 4; ii) se acreditó la calidad de Jueces y su intervención en la acción de tutela; iii) se demostró la existencia del expediente de tutela 2010-0051, con los respectivos fallos suscritos por los procesados; iv) se allegaron las decisiones de los procesos de tutela 2009-00254 y 2008-001000 en los que se le negó el amparo a GARCÍA MARMOLEJO, así como de las decisiones de fondo de los dos procesos laborales ordinarios fallados adversamente a los intereses del peticionado; v) la falta de inmediatez era inocultable una vez transcurridos casi siete años del proceso liquidatorio de TELECOM; vi) se efectuó un pago a favor del accionante por valor de \$178.190.618, como consecuencia de la orden de los Jueces procesados.

Con ese acervo probatorio, en concepto del no recurrente, acertó el Tribunal al colegir la violación de la normatividad sobre el trámite de la acción de tutela, pues nada hicieron los procesados para descartar una actuación temeraria del accionante, a pesar de la advertencia que en tal sentido hizo el accionado. Censura que la Juez en lugar de haber dado aplicación al artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, se abrogó la competencia de cuestionar los fundamentos de los fallos de tutela arrimados a la actuación, para dejarlos sin efectos. Conducta que aprecia ilegal, una vez acreditada la palmaria temeridad del actor GARCÍA MARMOLEJO.

En materia de inmediatez y perjuicio irremediable, como supuestos que inexplicablemente la Jueza tuvo por probados sin estarlo, aseveró que desde 2008 el mencionado accionante perseguía el reconocimiento de su pensión, pero además que la

tutela era improcedente en el entendido que el Juez Laboral, en primera instancia, le había reconocido tal derecho, razón por la cual un amparo temporal era inoportuno dado que no había sido petitionado en la acción. Todo lo anterior ratificado en escasos seis renglones por el Juez de segunda instancia.

Sostuvo que la ilegalidad de lo decidido supuso un flagrante desconocimiento del carácter subsidiario de la acción de tutela, como herramienta que no fue concebida para obtener el reconocimiento y pago de una pensión, pero tampoco como escenario para suplantar los procesos ordinarios en los que deben debatirse esas pretensiones. Durante el juicio, la defensa no demostró que el amparo haya sido otorgado en consideración de una circunstancia excepcional, pues no se acreditó ni la ineficacia o inexistencia de mecanismos ordinarios, como tampoco la configuración de un perjuicio irremediable.

Coincidió con el representante de la Fiscalía en el sentido de deducir el dolo de los procesados de las cuestiones objetivas probadas en el juicio tales como la manifiesta ilegalidad de lo decidido, la nula complejidad del asunto y la oposición entre los fallos y las evidencias allegadas al trámite de la tutela. La mencionada premisa también le permitió avalar la postura del a quo de tener por acreditado el dolo del peculado por apropiación, en tanto resulta indiscutible que los entonces Jueces dispusieron jurídicamente de recursos públicos a favor de un tercero que no tenía derecho a su disfrute.

Destacó que los procesados eran imputables y no adolecían de ningún trastorno mental, con capacidad para comprender lo ilícito de su actuar y que a pesar de su experiencia al servicio de la Rama Judicial decidieron adoptar decisiones manifiestamente contrarias a la ley y entregar recursos estatales a un tercero.

Rechazó la configuración de un error de tipo, pues lo que observa en el presente asunto es la voluntad de la procesada de favorecer al accionante a pesar de las fundadas razones, presentadas por el representante del accionado, que indicaban la ilegalidad de lo

pretendido por GARCÍA MARMOLEJO. Lo anterior, sin dejar de enfatizar en la inexistencia de prueba en tal sentido, pues se trata de meras apreciaciones subjetivas del defensor. Esa conclusión la hizo extensiva a lo alegado por el defensor del procesado, dado que no se acreditó el padecimiento de ninguna patología ni la influencia de la ingesta de licor en la toma de la decisión cuestionada en su legalidad.

4. El representante judicial del PAR TELECOM, víctima reconocida en el presente asunto, con concreción señaló que la defensa no probó en el juicio y tampoco en el recurso, el error de tipo invencible ni la legalidad de las decisiones adoptadas por ARÉVALO JARAMILLO, quien no solo desatendió los claros argumentos del accionado (falta de inmediatez, perjuicio irremediable, requisitos de pensión), sino que además amparó el derecho de GARCÍA MARMOLEJO en contravía de lo que le indicaban las pruebas obrantes en la actuación.

Razonamiento que hizo extensivo al actuar de HERNÁNDEZ GARCÍA que como Juez Superior estaba llamado a rectificar el fallo apelado, pero que quiso vulnerar el ordenamiento jurídico al guardar silencio sobre los reparos planteados en la impugnación. Por lo anterior, peticiona que la sentencia sea confirmada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia.

1. Conforme a lo previsto en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, la Sala es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto por los defensores contra la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Superior de Popayán.

2. Al tenor del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para proferir una sentencia condenatoria es requerido el conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y la responsabilidad penal de los procesados, con fundamento en las pruebas legal y efectivamente practicadas

en la audiencia de juicio oral.

2.1 En el asunto que concita el interés de la Sala, los recurrentes defienden la postura de sus representados durante el trámite de la acción de tutela y coinciden en afirmar, con disímiles argumentaciones, la falta de prueba del elemento subjetivo de las conductas punibles por las que se procede, así como la imposibilidad de condenar a los procesados por el delito de peculado por apropiación ante la inexistencia de móvil para perpetrar el ilícito.

Tan sólo el defensor de ARÉVALO JARAMILLO solicitó la revocatoria de la condena por el punible de prevaricato por acción, por considerar que su prohijada actúo en un estado de error invencible.

La Sala se ocupará de los reparos propuestos por los recurrentes, con un marcado énfasis en el acierto de la valoración probatoria efectuada por el a quo y en el contenido de las pruebas practicadas en el juicio oral. La delimitación de tales temáticas encuentra sustento en los claros límites de la competencia material de la segunda instancia, esto es los aspectos de inconformidad señalados por el recurrente y aquellas temáticas inescindiblemente vinculadas.

Cuestión preliminar.

3. Como se reseñó oportunamente, la procesada ARÉVALO JARAMILLO, con posterioridad a la sustentación del recurso de apelación, allegó a esta Corporación copia de dos providencias judiciales por considerar “que deben ser tenidas en cuenta y aplicadas a mi favor”¹⁴.

Al respecto, la Corte debe manifestar que no resulta viable acceder a tal pedimento en razón de i) la competencia material en sede de segunda instancia y ii) imposibilidad de valorar evidencias que no fueron debatidas en el juicio. Lo anterior, con fundamento en lo

preceptuado en los artículos 179 y 381 del Código de Procedimiento Penal.

Así lo tiene discernido la Corporación, pues no resulta viable aportar novedosos elementos suasorios ni con ocasión de la sustentación de la alzada ni con posterioridad a dicha oportunidad, en tanto el propósito del recurrente debe ceñirse a las manifestaciones fácticas, jurídicas y/o probatorias que edifican su inconformidad¹⁵, pero además porque el pronunciamiento, en sede de segunda instancia, necesariamente está predeterminado por lo efectivamente acreditado en la audiencia de juicio oral y lo decidido por el a quo.

Adicionalmente, los artículos 177 y siguientes de la Ley 906 de 2004, como referentes normativos de la sustentación y trámite del recurso de apelación en contra de sentencias, no contemplan la posibilidad de aportar pruebas, se itera ni durante la sustentación del recurso, ni con posterioridad.

No obstante lo anterior, observa la Sala que los dos documentos aportados por la procesada no son propiamente medios demostrativos sobrevinientes, pues se trata de i) la sentencia SU - 377 del 2014 que es jurisprudencia en la materia al tenor del artículo 230 superior, y ii) fallo disciplinario del Consejo Seccional de la Judicatura del Cauca que, emitido en diciembre de 2014, sí pudo haber sido petitionado y aportado como prueba en el presente trámite, sin que esa omisión pueda ser subsanada en este escenario procesal con la simple presentación de la misma.

De la tipicidad de las conductas

4. De conformidad con el artículo 413 del Código Penal, modificado por la Ley 890 de 2004, incurre en el delito de 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”.

De la disposición transcrita se desprende que el prevaricato por acción exige (i) un sujeto activo cualificado, es decir, un delito en el que únicamente puede incurrir aquel que ostenta la calidad de servidor público que, en ejercicio de sus correspondientes funciones legales y reglamentarias, (ii) adopte o profiera una (iii) decisión u opinión¹⁶ que revista la forma de resolución, dictamen o concepto (decisiones judiciales y actos administrativos) caracterizada por ser (iv) manifiestamente contraria a la ley, es decir, una determinación cuya irregularidad es notoriamente visible sin recurso a complejas o elaboradas elucubraciones; y (v) la conducta es adoptada con el propósito de cometer el delito.

Definidas las anteriores aristas, la Sala advierte que en el caso concreto sólo existe discusión frente al cuarto de los elementos atrás descritos, pues los recurrentes, en mayor o menor medida, sostienen que el actuar de los procesados no resulta manifiestamente ilegal, por cuanto la acción de tutela carecía de temeridad y la interpretación asumida para reconocer y ordenar el pago de la pensión se cimentó en una adecuada argumentación.

Lo primero que debe clarificar la Corte es que son dos las providencias adoptadas por cada procesado (tutela e incidente de desacato) y cada una exige una valoración en punto de la legalidad de lo considerado y decidido, que no sobre el acierto de lo fallado, como distinción absolutamente relevante para corroborar la configuración del punible de prevaricato por acción.

Así las cosas, la primera y trascendental consideración es aquella según la cual del texto de la tutela se desprende que el accionante no la instauró como mecanismo transitorio,

ni alegó la eventual configuración de un perjuicio irremediable, constatación que torna inexplicable el razonamiento de la Jueza y la aprobación del Juez de segunda instancia.

4.1 No resulta complejo entender la necesidad de limitar normativamente el uso adecuado y racional de cualquier acción judicial, en este caso la tutela, para garantizar simultáneamente la seguridad jurídica y el acceso a la Administración de Justicia. En efecto, desde los albores de la [Constitución Política](#) de 1991, en materia de la acción de amparo consagrada en el artículo 86, fue establecido que

“el abuso desmedido e irracional del recurso judicial, para efectos de obtener múltiples pronunciamientos a partir de un mismo caso, ocasiona un perjuicio para toda la sociedad civil, porque de un 100% de la capacidad total de la administración de justicia, un incremento en cualquier porcentaje, derivado de la repetición de casos idénticos, necesariamente implica una pérdida directamente proporcional en la capacidad judicial del Estado para atender los requerimientos del resto de la sociedad civil”¹⁷

Establecida la constitucionalidad del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, tal disposición sí se erigía como un referente normativo de imperativa revisión por parte de los aquí acusados al tramitar la acción constitucional, con la finalidad de determinar, en el caso concreto, si existía i) una actuación temeraria por parte del accionante, ii) un motivo justificado para promover más de una actuación, y iii) si se imponía el rechazo o la decisión desfavorable.

Tal análisis en las providencias adoptadas por los procesados se apartó ostensiblemente de la realidad probatoria, por cuanto la entonces Juez soslayó deliberadamente cuál era el hecho generador de la violación y cuándo se produjo. En su insular criterio a pesar de las múltiples acciones y peticiones presentadas por GARCÍA MARMOLEJO, éste podía nuevamente acudir a la acción de tutela con fundamento en el reconocimiento de la

pensión a otros actores, argumentación del todo desatinada por cuanto deja en evidencia la inexistencia de un motivo justificado para presentar nuevamente la tutela toda vez que i) el actor había promovido esa misma tutela con otros trabajadores, ii) en esas acciones se declaró judicialmente que no cumplía los requisitos para pensionarse y iii) el reconocimiento de la pensión a diferentes actores se explica por el cumplimiento, en cada caso, de requisitos exigidos y no en la vulneración de derechos fundamentales de GARCÍA MARMOLEJO.

Si la Jueza advirtió la existencia de dos tutelas y dos procesos laborales promovidos por el actor, si de manera expresa reconoció el trámite del recurso de apelación en contra de la sentencia laboral que le reconoció el derecho, no resulta comprensible la razón por la cual afirmó que la tutela era el único medio idóneo de defensa judicial, máxime si se tiene en cuenta que la acción no fue interpuesta como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, situación lógica si se tiene en cuenta que habían transcurrido más de 4 años desde la desvinculación, sino como mecanismo para obtener “no la declaratorio (sic) del derecho sino la aplicación directa del mismo por cuanto éste ya se encuentra demostrado”¹⁸

La concesión del amparo deviene manifiestamente irregular en tanto un mecanismo ordinario de defensa judicial se encontraba en trámite, la protección no se condicionó a la adopción de la decisión laboral de segunda instancia, no se otorgó como medida transitoria, pero además constituye la usurpación y negación de la facultad legal de los jueces laborales para decidir de fondo la controversia, como escenario natural de debate, desconocido flagrantemente por la procesada.

El fallo desnaturaliza y contraviene el debido proceso y el reparto de competencias en la Administración de Justicia.

En este sentido, debe insistir la Sala que el supuesto yerro en la contabilización de

periodos por parte de un Juez de tutela o los tiempos de la jurisdicción ordinaria, en este caso, no constituyen un argumento válido que justificara la duplicidad de acciones, máxime si se tiene en cuenta que siempre se ha tenido certeza que GARCÍA MARMOLEJO no cumplía con los 20 años de servicio exigidos para optar por el Plan Anticipado de Pensión. Lo decidido en dos acciones de tutela precedentes no podía entonces volverse a juzgar en el contexto de otra acción de tutela¹⁹.

Resulta abiertamente caprichoso y arbitrario sostener, en contravía del diáfano tenor literal del artículo 38 citado, que la presentación de una nueva acción de tutela se encontraba justificada por la negativa del Juez de Arboletes a conceder al amparo, como decisión calificada de errónea por la procesada. Es claro que, con el único propósito de favorecer al accionante, la Juez a quo pasó por alto que los mecanismos procesales idóneos para enmendar los errores judiciales son los recursos ordinarios, ante el mismo funcionario o su superior, y no la acción de tutela.

No le correspondía valorar a la Juez el acierto de la decisión adoptada por otros jueces constitucionales, ni mucho menos la rigurosidad del Juez Laboral en la liquidación de la pensión, como tareas que adelantó para fundamentar la prevalencia de su criterio sobre el ordenamiento.

Ante la comprobada existencia de cuatro procesos adelantados por el mismo accionante, con idénticos fundamentos y pretensiones, por los mismos hechos, la temeridad en la acción refulgía sin dificultad alguna, pero en el caso concreto imperó el deseo de burlar el ordenamiento jurídico y afectar el patrimonio estatal con una decisión carente de una lícita fundamentación jurídica y fáctica.

4.2 Podría ripostarse que al decidir los procesados no tuvieron en cuenta dicha información, eventualidad que impone indagar si se encontraban ARÉVALO JARAMILLO y HERNÁNDEZ GARCÍA en la posibilidad de conocer qué otras acciones de tutela, por los

mismos hechos, ya habían sido presentadas por el accionante y decididas en su contra.

Un primer elemento de respuesta a ese cuestionamiento se encuentra en la manifestación vertida por el apoderado de GARCÍA MARMOLEJO en la acción de tutela, pues en ese documento indicó “bajo la gravedad del juramento manifiesto que en nombre y representación de mi mandante señor JUAN ARTURO GARCÍA MARMOLEJO, no he interpuesto ante otra autoridad judicial ACCION (sic) DE TUTELA, por los mismos hechos y derechos indicados”²⁰.

De esa afirmación se deduce que el togado no había presentado otras acciones de tutela, pero no se hacía ninguna claridad sobre si GARCÍA MARMOLEJO, directamente o por intermedio de otro apoderado, había presentado una acción con el mismo fundamento. De manera preliminar, se tiene entonces que los Jueces no tenían conocimiento de otro tipo de trámites judiciales con idéntico objeto.

Sin embargo, la respuesta del apoderado del PAR y los anexos por éste presentados tanto al dar contestación a la acción como al sustentar el recurso de apelación, permitían la actualización del conocimiento de los falladores, pues se les puso de presente la existencia de dos acciones de tutela y dos procesos laborales presentados por GARCÍA MARMOLEJO por los mismos hechos.

De esa documentación, incorporada en debida forma durante el juicio oral, se extractan las siguientes conclusiones, pero no como un análisis ex post sino como una valoración de lo que habría podido deducir un observador objetivo ubicado en la misma situación histórica que la de los procesados.

a. Acción de tutela 2009-00254, el Juzgado Promiscuo Municipal de Arboletes ampara el

derecho de varios ex trabajadores de TELECOM, pero niega el amparo a GARCÍA MARMOLEJO por no cumplir los requisitos²¹. Al conocer de la apelación interpuesta, el Juzgado Laboral de Turbo revocó la decisión que concedía el amparo, confirmó la negativa y en el numeral tercero señaló “INDICAR a los tutelantes que la vía idónea para procurar la reclamación de sus derechos reconocidos por la ley, es el empleo de las acciones ordinarias legales ante el juez administrativo”²². En esa oportunidad se manifestó que JUAN ARTURO GARCÍA MARMOLEJO había laborado 18,05 años²³ en TELECOM y el grupo de trabajadores accionantes solicitó, como consecuencia del amparo a sus derechos fundamentales vulnerados, “ordenar la Patrimonio Autónomo de Remanentes de TELECOM-PAR y/o quien lo represente legalmente, para que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, los incluya, dentro del plan de pensión anticipada; reconozca, liquide y cancele la pensión (...)”²⁴

b) Acción de Tutela 2008 - 00100, el 16 de diciembre de 2008, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira concedió el amparo al accionante que fue revocado el 24 de febrero de 2009 por el Tribunal Superior de Buga tras considerar que no se advertía una vulneración concreta de derechos fundamentales en desarrollo de las actuaciones administrativas o legales.

c) Proceso Laboral ordinario 2007 00209, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Guadalajara de Buga, el 11 de diciembre de 2009, condenó al PAR a reconocer y pagar la pensión anticipada a JUAN ARTURO GARCÍA MARMOLEJO²⁵. Al momento de tramitar la acción de tutela se les informó a los Jueces sobre la apelación presentada contra dicha sentencia. Esa decisión finalmente fue revocada por el Tribunal Superior de Buga como el juez natural para dirimir la controversia, el 12 de septiembre de 2011, al concluir que el reclamante no cumplía con las exigencias contenidas en el instructivo de Plan de Pensión Anticipada²⁶.

d) Proceso Laboral ordinario 2006-465, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali negó la pensión de jubilación a GARCÍA MARMOLEJO²⁷.

4.3 Como otros argumentos, de similar entidad y contundencia, el representante judicial del patrimonio accionado enlistó y desarrolló razones adicionales a la temeridad que por su trascendencia indicaban la improcedencia de acceder al amparo solicitado.

En efecto, tanto en la contestación como en la apelación, planteó:

- i) falta de competencia en tanto “la acción de tutela ha debido ser presentada en el municipio de Yotoco – Valle, por haber sido éste el último lugar de prestación de servicio”²⁸;
- ii) falta de inmediatez y de perjuicio irremediable en aplicación de la sentencia T - 551 de 2009, sobre trabajadores de TELECOM con idénticas pretensiones laborales;
- iii) La falta de competencia legal del Patrimonio Autónomo de Remanentes para expedir un acto administrativo de reconocimiento de pensión;
- iv) GARCÍA MARMOLEJO no cumplía con los requisitos objetivos de edad y/o tiempo de servicio para acceder a la pensión²⁹;
- v) detalló el plan de jubilación anticipada con sus modalidades y requisitos específicos para los cargos de excepción como el desempeñado por el accionante, es decir 20 años de servicio sin consideración a la edad;
- v) sostuvo la improcedencia de la tutela para el reconocimiento de pensiones con apoyo en jurisprudencia constitucional;

vi) la ilegalidad de ordenar un pago a un ex trabajador que no cumple con los requisitos de ley para acceder a la pensión, como trato diferenciado injustificado.

4.4 Si bien es cierto que no existe un término preestablecido para valorar el requisito de la inmediatez en la presentación de la acción de tutela, en consideración al tiempo que ha transcurrido desde que acaeció el hecho vulnerador de garantías fundamentales, no es menos cierto que siete años desde el anuncio del plan de retiro anticipado (2003) y cuatro años desde la desvinculación laboral (2006), son periodos excesivamente largos para predicar una relación de inmediatez entre la violación del derecho fundamental y su reclamación en sede judicial por medio de la acción de tutela.

Con fundamento en los documentos aportados por el actor, los procesados estimaron razonable y justificado el paso del tiempo al valorar el número de gestiones y comunicaciones elevadas por GARCÍA MARMOLEJO, así como los tiempos de respuesta de las entidades requeridas.

No obstante, resulta imperativo indicar que la última comunicación aportada con la acción es del 4 de julio de 2007, es decir que durante más de dos años y siete meses el accionante no adelantó gestión o reclamación que permitiera explicar, de modo razonable, el motivo para no acudir oportunamente a la acción de tutela, de ahí que la postura de los procesados se torne arbitraria y abiertamente prevaricadora al restar relevancia al paso del tiempo sin interposición de la acción, en tanto esa fundamentación jurídica se aparta del principio de inmediatez y la fáctica no se corresponde con lo fehacientemente acreditado.

4.5 Tan consciente y conocedora de tales reparos era la Jueza ARÉVALO JARAMILLO que los reseñó expresamente en la decisión del 26 de febrero de 2010. Igualmente, aclaró que para los trabajadores en cargo de excepción el requisito para acceder a la pensión eran 20 años de servicio, según la Convención Colectiva, y reconoció de manera

explícita que “de los tiempos de servicio antes indicados se desprende que el accionante laboró por espacio de 19 años, 10 meses y 25 días y no por espacio de 18 años, 07 meses y 04 días”³⁰, sin que le resultaran aplicables las condiciones establecidas ni en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ni en el instructivo sobre el plan de pensión anticipada.

Desde el texto mismo de la acción de tutela se colegía con total claridad y certeza que tres eran las modalidades de pensión en TELECOM y que GARCÍA MARMOLEJO debía cumplir a cabalidad con todos los requisitos de al menos un supuesto. Para los actuales fines, de los tres caminos pensionales contemplados en la Convención Colectiva sólo uno resultaba aplicable al prenombrado y ello en razón de haber desempeñado un cargo de excepción, toda vez que los trabajadores de TELECOM con cargos de la referida categoría únicamente debían acreditar veinte años de servicio sin consideración a su edad.

Por su claridad, la Sala estima conveniente transcribir el tercer hecho de la acción de tutela, con el único objetivo de evidenciar que las decisiones proferidas por los procesados se apartaron de manera grosera y notoria del ordenamiento jurídico. Según el apoderado del accionante “3. De los tiempos de servicio antes indicados se desprende que mi mandante laboró por espacio de 19 años, 10 meses y 25 días”³¹

Al contrastar el texto convencional con la afirmación fáctica del accionante, expresada bajo la gravedad del juramento y contentiva del supuesto fáctico que habilita el acceso a la pensión, con inusitada facilidad se podía concluir que GARCÍA MARMOLEJO no cumplía con los requisitos para ser beneficiario del plan de pensiones. La simple constatación objetiva del requisito y del tiempo laborado evidenciaba el incumplimiento de las condiciones. Ese incontrovertible cotejo impedía que los Jueces concedieran el amparo y ordenaran el reconocimiento y pago de la pensión.

Este ejercicio casi pedagógico corrobora el acierto del a quo al afirmar la falta de

complejidad, ambigüedad o confusión en el caso y la identificación de la solución al problema jurídico, con la finalidad de inferir el conocimiento y voluntad con el que obraron los procesados quienes decidieron imponer su caprichoso criterio sobre el claro tenor de la norma aplicable.

Ningún tipo de complejidad revestía la distinción de requisitos a cumplir en función del cargo ocupado, es decir, si la Convención Colectiva establecía 3 modalidades de retiro pero requisitos específicos según se tratase de un cargo ordinario o uno de excepción, refulge evidente que el análisis debía circunscribirse a determinar las condiciones de acceso a la pensión tratándose de trabajadores con cargo de excepción, pues era la única hipótesis normativa aplicable a GARCÍA MARMOLEJO.

Efectuado lo anterior, desde una sencilla perspectiva objetiva se imponía verificar si el precitado i) había laborado 20 años en cargos de excepción, ii) estaba vinculado a la planta de personal de TELECOM para diciembre de 1992.

Delimitado tal marco, para cualquier observador objetivo, incluso para uno sin formación jurídica, resultaba de elemental lógica afirmar que GARCÍA MARMOLEJO ni a 31 de diciembre de 2004, fecha en la que se extinguieron los cargos de excepción, ni a 31 de enero de 2006, momento de desvinculación definitiva, cumplía los veinte años de servicio en un cargo de excepción, realidad absolutamente incontestable que imponía a los procesados la obligación de rechazar esas pretensiones so pena de violentar la legalidad y afectar el patrimonio estatal. Esa simple constatación relevaba de consideraciones adicionales y, a la vez, cerraba la posibilidad de aplicar el régimen de trabajador de cargo ordinario.

Así también lo ha entendido la Corte Constitucional que al unificar su jurisprudencia en la materia sostuvo

“164. Como se dijo, estas personas piden ser incluidas en el Plan de Pensión Anticipada. Este PPA, según se mostró en las consideraciones de este fallo, estaba dirigido a dos (2) clases de servidores. Primero, a los trabajadores oficiales cubiertos por alguno de los regímenes especiales de pensión, si además el treinta y uno (31) de marzo de dos mil tres (2003) les faltaban siete (7) años o menos para adquirir la pensión. Los regímenes especiales eran tres (3), de acuerdo con el Instructivo. Uno, permitía pensionarse con veinte (20) años al servicio del Estado y cincuenta (50) años de edad; otro con veinticinco (25) años al servicio del Estado y cualquier edad; y uno más con veinte (20) años en cargos de excepción y cualquier edad. Para estar en uno de ellos, el PPA exigía cumplir con otros requisitos. Por una parte, el trabajador debía estar cubierto por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y, por otra, 212 haber estado vinculado a la planta de personal de TELECOM al momento de transformarse en Empresa Industrial y Comercial del Estado, lo cual ocurrió el veintinueve (29) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992). Segundo, el PPA se dirigía a los trabajadores en cargos de excepción, que al treinta y uno (31) de marzo de dos mil cuatro (2004) tenían “veinte (20) años de servicio a Telecom en uno de esos cargos”. A estos grupos se dirigía el PPA. Quienes incumplían uno o más de estos requisitos, quedaban fuera del ámbito del PPA.””32 (Destaca la Sala)

No puede ser admisible, desde una perspectiva de legalidad que no de acierto, que ante la evidencia del incumplimiento del requisito objetivo de tiempo de servicio, los Jueces hayan desconocido la claridad de las normas para favorecer al accionante con la aplicación del régimen previsto para trabajadores en cargos ordinarios cuando GARCÍA MARMOLEJO reconoce, tal y como lo indica inequívocamente toda la prueba obrante en el trámite de amparo, que siempre se desempeñó en un cargo de excepción.

La oposición entre el arbitrario criterio de los procesados y la norma resulta palmaria sin mayores ni complejas disertaciones. El proceder de ARÉVALO JARAMILLO y HERNÁNDEZ GARCÍA, revestido de una efímera apariencia de legalidad, no es otra cosa

que un patente acto de corrupción, entendido como aquel comportamiento dirigido a materializar, facilitar o lograr la realización de un punible que, en este caso, afecta el patrimonio del Estado, ejecutado con el desvalorado propósito de favorecer ilícitamente a un tercero. Precisamente esa finalidad torticera se identifica, sin dubitación, con un ánimo corrupto de los procesados.

4.6 La contestación y la apelación presentadas por el apoderado del PAR, con los respectivos soportes, acreditaban sin duda alguna que GARCÍA MARMOLEJO acudía por quinta vez a la administración de Justicia para ventilar los mismos hechos, derechos y pretensiones que le habían sido negados en cuatro oportunidades.

Ese actuar ya había sido expresamente rechazado³³ por la jurisprudencia constitucional, en términos que fueron unificados posteriormente, pero que conservan la misma orientación, por cuanto no puede inferirse válidamente “que quienes consideren afectados sus derechos por la liquidación de Telecom tengan la libertad ilimitada de acudir sucesiva e indefinidamente ante los jueces de tutela para promover reclamos por los mismos hechos y basándose en los mismos derechos, cuando ya han obtenido un pronunciamiento definitivo en discusiones previamente abordados por la justicia constitucional (...) En síntesis, cuando se ha resuelto definitivamente una tutela no puede decidirse el fondo de otra, presentada consecutivamente, que cuente con las mismas partes, los mismos fundamentos e idéntico objeto o pretensión.”³⁴

Esa indiscutible realidad de abuso del derecho, sobre la que ningún tipo de yerro se puede predicar, no está condicionada a la formación jurídica del fallador, sino que se muestra evidente para cualquier persona con sentido común y meridiana comprensión del funcionamiento de la Justicia, pues no resulta jurídicamente admisible promover indeterminado número de acciones judiciales, con el mismo propósito, hasta que algún Despacho acceda al reconocimiento de una ilicitud. Eso fue exactamente lo aquí

ocurrido, pues mientras siete Jueces de la República concluyeron que GARCÍA MARMOLEJO no cumplía los requisitos para pensionarse, los dos procesados arribaron a una conclusión opuesta, a pesar de contar con todos los elementos de juicio ya relacionados.

Una valoración objetiva del asunto da cuenta del abuso del derecho por parte del actor, lo que imponía el rechazo de la acción por auténtica temeridad del accionante, en los términos del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, quien con su actuar inobservó un comportamiento respetuoso de la buena fe y la lealtad procesal, como colaboración exigible a todo ciudadano para el buen funcionamiento de la administración de justicia, en los precisos términos del artículo 95 Superior.

El conocimiento por parte del accionante del número de acciones y decisiones judiciales adversas desvirtuaba, en el caso concreto, la presunción de buena fe ante la concurrencia de una identidad en los hechos, entre las mismas partes y con idénticas pretensiones, como presupuestos acreditados de la temeridad de la acción. Esos elementos, en concepto de la Sala, resultan indicativos de mala fe, motivo por el cual se librarán copias para que la Fiscalía investigue tal actuación, si aún no lo ha hecho.

Esa actitud indebida que tenía por única finalidad el reconocimiento de una pensión a la que objetivamente no se tenía derecho, fue coonestada por dos Jueces que, a través del manifiesto agravio a la legalidad, concedieron el amparo y ordenaron el reconocimiento y pago de la pensión con la injusta y correlativa afectación del erario público.

4.7 Tal y como efectivamente lo advirtieron tanto el a quo como los no recurrentes, el fallo de tutela de segunda instancia se limitó a transcribir apartes jurisprudenciales genéricos sobre el derecho a la igualdad y confirmó la sentencia apelada sin haber adelantado un estudio tanto de los argumentos contenidos en la impugnación, como de las razones ofrecidas por el Juzgado Promiscuo Municipal.

Afirmó, con insostenible abstracción, que “ha existido una discriminación entre iguales, frente a situaciones fácticas idénticas”³⁵, sin precisar cuáles circunstancias resultaban idénticas y porque el trato diferenciado constituía una discriminación. Con dos afirmaciones avaló una providencia que al romper contrariaba el ordenamiento jurídico como se ha desarrollado.

Además de las implicaciones legales de confirmar esa sentencia, la Sala debe rechazar los argumentos defensivos encaminados a exculpar la conducta del procesado al haber acreditado que el oficial mayor del Juzgado proyectó la decisión, porque solo a él en este caso le es atribuible la autoría con dominio del hecho a resolver, como puede derivarse de los artículos 116 Superior y el 21 de la Ley 270 de 1996.

Ahora bien, la falta de fundamentación de las decisiones de segunda instancia, que ningún examen detenido y de fondo realizaron, también estructura el delito de prevaricato por acción por cuanto i) se avaló un pronunciamiento abiertamente ilegal, ii) confirmó la afectación de recursos públicos, mediante el reconocimiento de una pensión a una persona sin requisitos, y iii) impuso un criterio arbitrario sobre la normatividad que, por el contrario, le imponía al juez que conociera de la impugnación estudiar “el contenido de la misma, cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo. El juez, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas”³⁶, nada de lo cual realizó.

La responsabilidad penal individual del procesado HERNÁNDEZ GARCÍA se corrobora luego de examinar los testimonios del Oficial Mayor y del escribiente del Juzgado. MUÑOZ VACA reconoció que, en razón de la poca complejidad del asunto y su carácter repetitivo, le correspondió “proyectar el fallo obviamente con concurrencia del Señor Juez, yo le consulté sucintamente los hechos que había allí y concurrimos que venía ajustada a derecho”³⁷, por lo cual “cuando ya estaba el proyecto lo leyó muy sucintamente y lo firmó”³⁸. Por su parte, VELASCO MEDINA ratificó que el proyecto

“lo elaboró el oficial mayor previa consulta al Señor Juez, se lo pasó y él hizo las revisiones y correcciones a que hubo lugar”³⁹.

El contenido de las dos declaraciones, además de enfatizar en la jerarquía y control del procesado sobre los asunto del Despacho, permiten afirmar con certeza que el único responsable del contenido y sentido de las sentencias era el Juez. Además de su rol funcional, con antelación le fue consultado el asunto y el sentido de la decisión, con lo cual contó realmente con la posibilidad de improbar la decisión, de revisar la actuación, de estudiar el contenido de la impugnación, de cotejar el acervo probatorio, de analizar el acierto del fallo apelado, sin proceder de ese modo. No obstante, su determinación fue suscribir la decisión y hacer suyos los desarrollos y consideraciones del proyecto.

Por lo anterior, no resulta de recibo el argumento defensivo, de excusar la conducta del entonces Juez en la proyección de la decisión por parte de un funcionario del Juzgado, en tanto el verdadero responsable del contenido de las decisiones es el servidor facultado normativamente para fallar en función de su jurisdicción y competencia.

4.8 El defensor de HERNÁNDEZ GARCÍA aludió en su impugnación al síndrome de BURNOUT o estrés laboral. Si bien es cierto que se trata de una situación de grave estrés que afecta el desempeño laboral y personal de quienes lo padecen, no es menos cierto que la actuación no cuenta con ninguna prueba que permita aceptar su existencia, diagnóstico y tratamiento en el caso concreto.

En ese contexto de alegación de una patología con potencialidad de afectar el juicio del procesado, durante el trámite de la acción de tutela, se torna incomprensible el desistimiento por parte del defensor del testimonio del médico psiquiatra Dr. MAURO EGAS, pues a pesar de haber sido oportunamente solicitado y decretado⁴⁰, su

inasistencia a la primera citación para audiencia de juicio oral motivó la renuncia a la práctica de esa declaración, como decisión autónoma del defensor, ello a pesar de la trascendencia otorgada a la enfermedad en el recurso de alzada.

En efecto, el apoderado manifestó, en alusión indiscutible al psiquiatra, que “como no ha hecho presencia, renuncia a ese testigo”, ante lo cual el Magistrado Ponente inquirió “renuncia, ¿no?” y el togado reiteró “sí su señoría”, con lo cual se procedió a aceptar esa renuncia.

En sede de segunda instancia, no resulta comprensible por qué se apresuró el apoderado con tal determinación, en lugar de solicitar un aplazamiento o la conducción del testigo en los términos del artículo 384 del Código Penal, si ahora insiste en la trascendencia del estrés laboral presuntamente padecido por su representado. Ese desistimiento tiene profundas consecuencias probatorias, en tanto la defensa no acreditó en juicio la existencia de la patología, ni su alcance en términos de imputabilidad. Si esa era la postura de la defensa esa declaración resultaba valiosa para la teoría del caso del procesado, diseñada exclusivamente por su representante judicial.

Y es que esa conducta procesal dejó sin sustento probatorio la argumentación desplegada en el recurso de alzada, pues lo cierto es que no existe historia clínica ni dictamen médico legal que i) respalde lo afirmado por el censor y ii) corrobore tanto la existencia del padecimiento, como sus consecuencias en la capacidad de comprensión de los fenómenos para 2010 por parte de HERNÁNDEZ GARCÍA.

Con ese entendimiento, la referencia testimonial de los dos subalternos MUÑOZ VACA y VELASCO MEDINA, en punto del desdén, grado de irritabilidad e ingesta de licor por parte del procesado, si bien da cuenta de la ocurrencia de tales episodios y comportamientos, para la época de los hechos juzgados, resulta insuficiente para los propósitos evocados por el libelista, en tanto no son el medio probatorio idóneo para acreditar el

padecimiento de una enfermedad, su diagnóstico, tratamiento y secuelas.

Sin desconocer la vigencia del principio de libertad probatoria, la Sala estima necesario reiterar que

“en el ordenamiento procesal colombiano se hace la distinción entre tres niveles de idoneidad de la prueba: pertinencia, conducencia y utilidad.

El medio probatorio será pertinente cuando acredite hechos que tienen relación con la materia del proceso⁴¹; será conducente cuando es apto o idóneo legalmente para demostrar un hecho⁴² y útil, si aún teniendo aptitud probatoria, la información que aporta está suficientemente acreditada mediante otro elemento de persuasión o entre otras razones, busca demostrar hechos imposibles e inverosímiles, notorios e indefinidos, admitidos o confesados por ambas partes o contrariar presunciones de derecho”⁴³

Tal evocación deviene útil en tanto permite sostener que, por su formación, experiencia y especiales conocimientos, el concepto de un médico psiquiatra sí es un medio probatorio apto e idóneo para demostrar la existencia de una enfermedad mental que trastoca el desempeño laboral. En tal sentido, el artículo 405 del Código de Procedimiento Penal establece, precisamente, la procedencia de la prueba pericial “cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados”, tal y como ese particular tópico lo demandaba.

De manera adicional, correspondía a la defensa demostrar, mediante una evidencia adecuada si ese era su propósito, que el cuadro mental del procesado iba más allá de una coyuntural situación de estrés, irritabilidad y ansiedad, tan profundo que le impedía determinarse libremente y cumplir con sus funciones a cabalidad.

La ausencia de prueba en ese sentido ubica todas las afirmaciones del censor en el terreno de la especulación y el juicio subjetivo, en tanto la capacidad de la persona se presume, en los términos del artículo 1503 del Código Civil, motivo por el cual la situación de incapacidad o inimputabilidad, como bien lo mencionaron los no recurrentes, debe ser fehacientemente acreditada durante el juicio oral, sin que las omisiones o decisiones probatorias de la defensa puedan ser suplidas mediante la argumentación esgrimida en la apelación.

Para fundamentar probatoriamente ese pedimento de la alzada, era menester determinar el grado de afectación de la salud y la crónica afectación de las capacidades, bien sea por el estrés o la ingesta de bebidas alcohólicas. Al respecto, no obra evidencia alguna en la actuación.

La Corte no desconoce que los dos testigos ofrecidos por la defensa, como funcionarios del Despacho judicial refirieron las dificultades de carácter y concentración del entonces Juez, dicho que por sí solo no acarrea los efectos absolutorios que deprecia el recurrente, dado que los funcionarios públicos pueden verse sometidos a circunstancias y realidades estresantes que no justifican ni exculpan los comportamientos aquí enjuiciados.

Del relato de los testigos MUÑOZ y VELASCO lo único que se desprende es el desdén y la apatía del aquí procesado en el cumplimiento de sus funciones, un desinterés que según ese dicho se extendió por algo más de un lustro, pero sin connotaciones en punto de la comprensión de ilicitud, las capacidades físicas y mentales y, además, con la posibilidad de adoptar otra actitud frente a los desafíos laborales propios de la Administración de Justicia.

4.9 Otra de las proposiciones del apelante versa sobre una pretendida regla de la experiencia que ratificaría la existencia y entidad de la enfermedad mental del

procesado, a pesar de que ella no haya sido diagnosticada y tratada. Según el togado, el retiro del servicio del Juez HERNÁNDEZ GARCÍA se produjo con inusitada inmediatez tras cumplir el requisito objetivo de edad para acceder al estatus de pensionado, decisión que en su entender se explica por su afección psicológica.

La Sala debe apartarse de ese razonamiento por varias razones, entre ellas la ausencia de evidencia relacionada con la veracidad sobre el móvil que explica esa determinación, pero además por cuanto no es cierto que cada vez que un funcionario se retira de su cargo, al haber alcanzado su pensión de vejez, lo haga por estrés laboral y/o enfermedad, sin desconocer que puede ser una de las razones. Ante la falta de medios de acreditación, no resulta posible tener esa renuncia al cargo, como una determinación por medio de la cual se puso fin a una vinculación, pero totalmente ajena a los hechos históricos juzgados.

4.10 Como se anunció previamente, los procesados también emitieron un pronunciamiento con ocasión del incidente de desacato mediante el cual sancionaron al representante del PAR por incumplimiento de lo ordenado en el fallo de tutela, a pesar de que éste oportunamente manifestó que estaba adelantando las gestiones tributarias para proceder al cumplimiento de la orden sin que pueda atribuírsele responsabilidad a título subjetivo por el incumplimiento.

Además, la circular de la Procuraduría General de la Nación de 15 de marzo de 2010 no le impidieron decidir el desacato a pesar de que le fue solicitado “a todos los operadores judiciales del país, respecto a las Acciones de Tutela, relacionadas con la extinta Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, o el Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR – TELECOM, someter tal solicitud de amparo, al riguroso análisis pertinente, basado en la [Constitución Política](#), en el Decreto Legislativo 2591 de 1991 y en los reiterados postulados de la H. Corte Constitucional sobre los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela aquí transcritos”⁴⁴

Si bien es cierto que al decidir la tutela, los procesados no podían conocer tal circular, pero sí las normas y jurisprudencia a las que hace referencia con especial distinción de los requisitos de procedencia de la acción, para el desacato sí la conocieron.

En el trámite del incidente, no puede pasar desapercibido que el mismo Director del Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción de la Presidencia de la República, el 18 de marzo de 2010⁴⁵, presentó una solicitud de suspensión de trámite de incidente de desacato dentro de la acción de tutela JUAN ARTURO GARCÍA MARMOLEJO y otros en contra del Patrimonio Autónomo de Remanentes de TELECOM en consideración de las graves irregularidades que se estaban presentando, en todo el País, con el reconocimiento de pensiones a trabajadores que no cumplían los requisitos para acceder al estatus de pensionado, todo en razón del “comportamiento de abogados y jueces que estarían incurso en conductas penales y que generan pérdidas de recursos”⁴⁶.

La postura del Director del mencionado Programa estuvo acompañada de una concreta y didáctica explicación tanto de las irregularidades más frecuentes en dichos trámites, como de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en la materia.

La claridad y contundencia de tales asertos fue acompañada de una conclusión, más que idónea para que los procesados hubieran orientado sus conductas de manera diferente, según la cual “en consecuencia de todo lo anterior y con el objeto de proteger la oralidad pública jurisdiccional y los millonarios recursos en riesgo de perderse, le solicito que contemple la posibilidad de suspender el trámite incidental de desacato de la referencia porque se podría incurrir en prevaricato por acción, teniendo en cuenta la sentencia de la Corte T. 538 de 2009”⁴⁷. Incluso ante tan categórica advertencia, los aquí procesados procedieron dispusieron jurídicamente de recursos estatales al reconocer una pensión sin el cumplimiento de requisitos objetivos.

A pesar de la motivación genérica sobre el desacato, en la decisión adoptada por ARÉVALO JARAMILLO el 13 de abril de 2010, resulta fácil colegir que la procesada se apartó de la realidad del expediente y de la fundamentación jurídica pregonada en la parte inicial de dicha providencia, con el único objetivo de asegurar la entrega efectiva de los recursos al tercero que no tenía derecho.

En efecto, sin mención a la solicitud del Programa Presidencial ni a la circular de la Procuraduría General de la Nación, al decidir el desacato afirmó que “no existe duda que tanto objetiva como subjetivamente el Apoderado del Patrimonio Autónomo de Remanentes no ha cumplido de manera total el fallo de tutela”⁴⁸.

Esa consideración objetivó indebidamente la responsabilidad del PAR, en tanto el incumplimiento de la orden de tutela fue el real fundamento de la sanción, pues en efecto el apoderado del patrimonio allegó oportunamente las evidencias que acreditaban una gestión diligente en aras de acatar lo ordenado⁴⁹.

Debe destacarse que no se trata de una simple divergencia de criterios o de una desatinada valoración, toda vez que de tiempo atrás la jurisprudencia constitucional tiene establecido que “Es el desacato un ejercicio del poder disciplinario y por lo mismo la responsabilidad de quien incurra en aquel es una responsabilidad subjetiva. Es decir que debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, no pudiendo presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento.”⁵⁰

Al conocer en consulta, el procesado confirmó, sin mayores miramientos, la sanción a sabiendas de que ese grado jurisdiccional es un mecanismo oficioso de revisión idóneo para “corregir los errores en que hay podido incurrir el fallador de la primera instancia”⁵¹. Dicho en otros términos, contó con la posibilidad, legal y jurídica, de enmendar las gravísimas irregularidades con fundamento en el acervo probatorio del

trámite, pero deliberadamente procedió a fallar con contravía tanto de lo probado como de lo normativamente ordenado para un caso como el que resolvía.

4.11 El defensor de ARÉVALO JARAMILLO insistió en la legalidad del fallo de tutela, por cuanto éste no fue seleccionado por la Corte Constitucional para ser revisado. Empero, resulta necesario indicar que tal razonamiento resulta desafortunado, toda vez que el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991⁵² establece el carácter discrecional de dicha revisión. En otros términos, la falta de selección de la tutela no resulta necesariamente demostrativa de su legalidad, tal y como lo ha entendido esta Corporación⁵³

.

Así las cosas, los procesados al fallar la tutela y el incidente de desacato, se apartaron groseramente del ordenamiento jurídico, impusieron su caprichoso criterio en un asunto de sencilla resolución, dispusieron jurídicamente de recursos públicos al reconocer una pensión sin el lleno de los requisitos y sancionaron al accionado sin la más mínima evidencia razonable de negligencia atribuible en el incumplimiento del fallo.

5. El artículo 397 del Estatuto Punitivo que consagra la conducta punible por la cual se emitió condena en contra de los procesados acusados, establece:

“Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)”

Según la disposición citada el tipo penal de peculado por apropiación exige para su estructuración tres elementos: i) un sujeto activo calificado que debe ostentar la condición de servidor público; ii) la apropiación en cabeza del funcionario o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares; y iii) la competencia funcional y/o material para en su ejercicio administrar, tener, custodiar y, en últimas, disponer de tales bienes en perjuicio del patrimonio del Estado, disposición que, se aclara, puede ser material o jurídica.

La configuración del punible, entonces, tiene lugar cuando se verifican tales elementos en el caso particular. Tal y como lo tiene discernido esta Corporación

“para la configuración del punible se requiere que el servidor público en ejercicio de sus funciones desarrolle ese acto de apoderamiento a su favor o de un tercero, privando así al Estado de la disposición que pueda ejercer sobre sus recursos, los cuales le habían sido confiados a aquél.”⁵⁴

En este asunto, no cabe duda y tampoco se discute la calidad de servidores públicos de ARÉVALO JARAMILLO Y HERNÁNDEZ GARCÍA, ni la disposición jurídica de recursos en razón del ejercicio de sus deberes funcionales como Jueces constitucionales, ni el carácter público de los dineros afectados para el pago de la pensión. Es más tampoco se cuestiona que el monto de lo apropiado por un tercero fue superior a 200 salarios mínimos.

El motivo de disenso se contrae, únicamente, a la ausencia de un móvil en cabeza de los procesados para favorecer económicamente al accionante, pues ni se beneficiaron ni tenían interés en el resultado del proceso.

En realidad, no se trata de un argumento original de la apelación, sino que durante el Juicio oral la defensa pretendió demostrar que entre los entonces Jueces y el actor GARCÍA MARMOLEJO no existía ningún vínculo o conocimiento, como circunstancia que acepta la Sala fue referida por los testigos MUÑOZ VACA y VELASCO MEDINA quienes efectivamente afirmaron desconocer tal vínculo previo o interés en el fallo de tutela como para la resolución del desacato. Aseveración ratificada por GARCIA MARMOLEJO quien negó tener relación con los servidores judiciales.

No obstante, la existencia de un móvil o interés particular y específico, como génesis del comportamiento desvalorado atribuido a los dos procesados, no es un elemento propio de la descripción típica, ni debe ser acreditado en cada actuación, pues tal y como se expuso lo único que se requiere es el obrar deliberado del servidor público que en ejercicio de sus funciones despliega ese acto de apoderamiento a su favor o de un tercero para generar así la correlativa privación al Estado de la disposición sobre sus recursos.

Bajo el entendido que el móvil que echa de menos el libelista se limita al punible de peculado por apropiación, la Sala estima conveniente abordar la postura jurisprudencial referida con acierto por el Fiscal delegado como no recurrente, en materia de demostración del dolo en el comportamiento punible.

“En lo relacionado con la motivación y demostración del dolo, se tiene que tal y como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala, el mismo debe deducirse de factores demostrados en el proceso, que generalmente son de carácter objetivo.

Son palabras de la Corte Suprema de Justicia al respecto, las siguientes:

“...La conducta dolosa, conforme al artículo 36 del Código Penal, se acredita comprobando que el sujeto agente tuvo conocimiento de la ilicitud de su proceder y que se orientó con libertad a su ejecución, independientemente de que obre en el proceso la

prueba del motivo que determinó al sujeto activo a actuar, o de sí se propuso causar perjuicio, pues los tipos penales en los que se adecuaron las conductas ilícitas aparte del dolo no exigen ninguna finalidad especial.

“La intención se debe deducir de los factores demostrados, generalmente los objetivos, pues no se puede ocultar la dificultad que existe para obtener pruebas directas sobre el aspecto subjetivo...”⁵⁵

“...El dolo ha sido definido tradicionalmente como la simbiosis de un conocer y un querer, que se ubica en la vertiente interna del sujeto, en su universo mental. En materia penal se dice que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización... 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.⁵⁶”⁵⁷

En ese marco conceptual, se acepta sin discusión que “El dolo como manifestación del fuero interno del sujeto activo de la conducta punible sólo puede ser conocido a través de las manifestaciones externas de esa voluntad dirigida a determinado fin...”⁵⁸.

Lo señalado da cuenta de la existencia de dos cuestiones diferentes, pero íntimamente vinculadas, según las cuales necesario resulta distinguir entre la prueba del dolo, como asunto de naturaleza probatoria con considerables dificultades en cuanto a la prueba directa, y la concurrencia de una motivación particular para la efectiva estructuración del peculado.

En efecto, sobre este último asunto, esta Sala ha sostenido que

“En el delito de prevaricato, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, y por la naturaleza misma del punible, el dolo se traduce en el conocimiento que debe

tener el servidor público de la manifiesta ilegalidad de la decisión proferida, conciencia de que con tal determinación se vulnera sin derecho el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del asunto, y sin que sea menester demostrar el móvil que guió la acción del funcionario. Bien puede suceder que éste se establezca, y pase a ser elemento útil en la determinación de la culpabilidad dolosa, pero ello no quiere decir que una particular finalidad delictiva sea parte integrante del dolo, pues para que se configure esta categoría de la conducta -se reitera- sólo es importante que se tenga conciencia de que la decisión se aparta ostensiblemente de la ley, sin que importen ingredientes adicionales - como por ejemplo el interés de favorecer o perjudicar a una de las partes-, y se quiera su realización”⁵⁹.

Esa postura, matizada tratándose de servidores judiciales⁶⁰, resulta aplicable tratándose del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, por cuanto i) la descripción típica no consagra ninguna exigencia sobre la existencia y demostración de un determinado motivo que explique la acción del sujeto activo calificado; ii) la consciente e informada orientación del comportamiento para agotar la descripción típica estructura plenamente la tipicidad subjetiva de la conducta; iii) la consumación del punible no está ontológicamente supeditada a la presencia de una motivación particular, sino a la desvalorada apropiación ejecutada en forma consciente, bien sea ésta dispuesta jurídica o materialmente, y iv) tal exigencia, en el caso concreto, soslaya la elemental distinción entre modalidades del ilícito según resulte favorecido al autor o un tercero.

En ese orden de ideas, frente a la ausencia de prueba sobre el beneficio para los procesados con el fallo, reitera la Sala que i) en la imputación, acusación y condena de primera instancia el reato atribuido fue el peculado por apropiación a favor de terceros, nunca a título personal, y ii) “en punto del peculado por apropiación a favor de terceros, el logro de provecho pecuniario en cabeza del servidor público no constituye elemento del tipo. Es decir, sí debe demostrarse la apropiación de recursos del

Estado, pero la misma opera en beneficio de un tercero”⁶¹.

Adicionalmente, con apoyo en la postura jurisprudencial de la Sala, se afirma que el agotamiento del peculado por apropiación a favor de terceros no exige la demostración de un interés, motivo o razón en el servidor público para que éste desarrolle el verbo rector en su integridad. No obstante, si de las circunstancias objetivas demostradas en la actuación resulta viable tener por acreditado tal móvil, su existencia será útil no para predicar la tipicidad subjetiva del comportamiento, sino para la determinación de la intensidad del juicio de reproche que merece el penalmente responsable.

6. El defensor de ARÉVALO JARAMILLO reivindica la existencia de un error de tipo invencible con fundamento en la falta de prueba del dolo y el convencimiento del deber cumplido.

Dicho argumento debe ser rechazado de manera enfática. El análisis y las consideraciones que anteceden demuestran en grado de certeza que los dos procesados actuaron con plena consciencia y voluntad, pero en contravía de los que revelaban las evidencias allegadas al trámite de tutela y al incidente de desacato.

Si bien el censor no desarrolló o indicó con precisión el elemento sobre el cual recaía la representación equivoca por parte de los entonces falladores, la Corte advierte que, por su formación y experiencia, i) conocían la normatividad aplicable a la acción de tutela, ii) comprendían perfectamente cuáles eran los requisitos para acceder al Plan Anticipado de Pensión, y iii) ante la incontrastable evidencia de temeridad de la acción e incumplimiento de requisitos del accionante decidieron anteponer su caprichoso criterio para ordenar el reconocimiento y pago de una pensión, como prestación que al rompe se advertía ilegal, con lo que deliberadamente facilitaron la apropiación de recursos públicos.

En el caso concreto, no existe una divergencia entre la realidad y lo mentalmente representado por los procesados, pues como se ha venido detallando, conocían todos los

elementos objetivos de los tipos penales y su actuar demuestra que deseaban su realización.

No de otro modo puede entenderse que dos Jueces de la República, con información completa e idónea, procedan a reconocer una pensión en un evento en el que el trabajador no acredita los requisitos para tal efecto. Ninguna dificultad, ni complejidad representaba la simple verificación del tiempo de servicio efectivamente prestado (19 años 10 meses) y el requerido para acceder a la pensión (20 años).

La única explicación para los fallos de tutela y las decisiones sobre el desacato es la aplicación torticera, amañada e injustificada de la normatividad laboral y del instructivo del Plan de Pensión Anticipada de TELECOM para favorecer los intereses de un ex trabajador en cargo de excepción que no prestó sus servicios por un periodo mínimo de 20 años, como realidad indiscutible que hacía manifiestamente improcedente la concesión de tal derecho. Lo anterior, sin reiterar lo ya expuesto en materia de temeridad de la acción.

Esa posibilidad real de superar el presunto estado de error se hace patente al valorar las respuestas allegadas por el apoderado del PAR, de conformidad con las cuales era posible comprender cabal y fácilmente la realidad para fallar en consecuencia.

7. La Corte rechaza los siguientes argumentos de la defensa, por cuanto no se corresponden con la realidad procesal.

De un lado se alegó la falta de contradicción, pero la audiencia de juicio acredita, por el contrario, que las defensas técnicas de los procesados contaron con las oportunidades para ejercer la contradicción y oposición a la prueba de cargo, sin que su actuar pasivo u omisivo pueda ahora ser alegado como irregularidad o motivo de revocatoria de la sentencia apelada. Es decir se les garantizó plenamente la posibilidad de solicitar pruebas, interrogar, contrainterrogar y oponerse a la incorporación de evidencias.

De otro, la falta de prueba sobre el elemento subjetivo de las conductas enjuiciadas, nada más alejado de la realidad probatoria. Nótese que de la prueba efectivamente introducida en el juicio se colige que los dos Jueces intervinieron en la realización de las providencias que suscribieron, oportunamente contaron con la posibilidad de valorar los argumentos y pruebas ofrecidas por el accionante, eran amplios conocedores del trámite de las acciones de tutela. No se trata de simples pruebas de acreditación, sino de contundente evidencia documental.

Evidente es la dificultad de acreditar mediante prueba directa, en un proceso penal, la existencia del dolo del autor, pues se trata de un aspecto de la intimidad de la persona que puede, perfectamente, ser demostrado a partir de las inferencias racionales como el resultado de valorar el comportamiento histórico del procesado al tamiz de la experiencia, la sana crítica, el marco jurídico aplicable y las condiciones en las que la decisión fue adoptada. Por tal razón se ha afirmado que “El dolo como manifestación del fuero interno del sujeto activo de la conducta punible sólo puede ser conocido a través de las manifestaciones externas de esa voluntad dirigida a determinado fin...”⁶²

Para abundar en consideraciones, debe señalarse que el elemento subjetivo de las conductas imputadas se deriva de varias circunstancias, probadas de manera efectiva en el juicio oral, dentro de las que se destacan i) las particulares calidades de los sindicados, con experiencia de varios años en el cargo de Jueces de la República y pleno dominio en el trámite de la acción constitucional, ii) las omisión y tergiversación deliberada de las evidencias; iii) el rol de los Jueces como garantes de la legalidad y el patrimonio público; y iv) la falta de motivación concreta y específica de las decisiones de segunda instancia; y v) el reconocimiento y pago de una pensión a pesar del incumplimiento de los requisitos legales para el efecto.

Estas circunstancias permiten aseverar que los dos procesados, de manera consciente y

voluntaria, actualizaron un concurso medial de conductas punibles en el que el prevaricato por acción fue el delito medio para la realización del peculado por apropiación a favor de terceros, al emitir una orden, manifiestamente contraria a derecho, de reconocimiento y pago de una pensión a favor de un ex trabajador que no prestó sus servicios durante un periodo mínimo de 20 años y que acudió en cinco oportunidades a la Administración de Justicia, por los mismos hechos y con las mismas pretensiones, hasta lograr el ilegal reconocimiento de una pensión a la que no tenía derecho.

Así lo concluyó la Sala Laboral del Tribunal Superior de Buga, Juez natural de la controversia, que sin mayores dificultades aseveró que JUAN ARTURO GARCÍA MARMOLEJO no laboró 20 años en cargo de excepción y por tal motivo no podía ser beneficiario del Plan Pensional Anticipado de la extinta TELECOM.

8. De conformidad con el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal la duda que se presente deberá resolverse a favor del procesado, por lo cual deviene imperativo que la sentencia condenatoria se fundamente en convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda. Este pilar esencial del debido proceso es una consecuencia del reconocimiento y prevalencia de la presunción de inocencia, en tanto le corresponde al aparato estatal desvirtuarla, probatoriamente, en un grado superior de convicción que ciertamente permita predicar sin dubitaciones la materialidad del punible y la culpabilidad del procesado.

La aplicación del principio in dubio pro reo en el proceso penal se supedita a la efectiva concurrencia de tres situaciones, a saber: i) el agotamiento una investigación seria y exhaustiva; ii) el decreto y práctica durante el juicio oral de todas las pruebas conducentes y pertinentes para esclarecer los hechos; y iii) la persistencia y permanencia de una duda que impida o dificulte alcanzar la verdad. Por lo anterior, no cualquier inquietud o discordancia cuenta con la entidad suficiente para terminar el proceso, en beneficio del sindicado.

En el presente asunto resulta incuestionable que la certeza probatoria alcanzada, sobre la materialidad del delito y la responsabilidad de los procesados, excluye la duda y la aplicación del principio *in dubio pro reo*, en tanto se logró acreditar de manera fehaciente que ARÉVALO JARAMILLO y HERNÁNDEZ GARCÍA de manera consciente y deliberada decidieron contrariar flagrantemente el ordenamiento jurídico, profirieron decisiones en contra de las evidencias obrantes en la actuación y ordenaron el reconocimiento y pago de una pensión en un caso el que resultaba a todas luces improcedente, por cuanto el beneficiario nunca había cumplido el requisito de mínimo 20 años de servicio en la empresa en cargo de excepción.

El asunto conocido por los procesados, con ocasión de una acción de tutela, ciertamente no representaba un desafío jurídico, no consistía en un caso complejo o ambiguo. Por el contrario, valorada la controversia desde una perspectiva *ex ante* fácil resultaba deducir que el accionante no cumplía los requisitos para acceder al plan de pensión anticipada, (no contaba con 20 años de servicio), había instaurado dos tutelas y dos procesos laborales por los mismos hechos y con idénticas pretensiones, por lo cual refulgía evidente tanto la imposibilidad de amparar el derecho, como la temeridad del actor.

Luego del examen de las pruebas documentales la única conclusión a la que arriba la Sala, por evidente e incontrovertible, es el patente actuar malicioso de ARÉVALO JARAMILLO y HERNÁNDEZ GARCÍA de apartarse conscientemente de su deber funcional y ordenar un pago abiertamente alejado de la legalidad, en flagrante contravía de lo que revelaban las pruebas y lo que ordenaban las disposiciones jurídicas aplicables.

Así las cosas, ante la ausencia de hesitación de naturaleza probatoria en torno a la materialidad de las conductas enjuiciadas y la plena responsabilidad de los procesados, no hay lugar a la aplicación del aludido principio y, por el contrario, ratifica esta Sala que se encuentran reunidos los requisitos contemplados en el artículo 381 del Código

de Procedimiento Penal para proferir y confirmar la sentencia condenatoria, por cuanto las pruebas debatidas en juicio acreditan la configuración de los punibles enjuiciados y la responsabilidad pena de los procesados.

9. Uno de los defensores solicitó, de manera subsidiaria, la concesión de la prisión domiciliaria pues, en su entender, no podía tenerse como único fundamento de la negativa el factor objetivo y debía considerarse el contenido del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal. Aunque la inconformidad del recurrente no fue desarrollada de manera prolífica, la Corte advierte la necesidad de analizar la viabilidad de conceder el referido beneficio.

9.1 Al negar la prisión domiciliaria, el a quo indicó que “se tiene que los enjuiciados no cumplen con los requisitos objetivos para su aprobación, porque la pena a la que son condenados supera los 5 años de prisión, entonces, no se satisface el requisito objetivos del artículo (sic) 38 numeral 1 del C.P; además, si en aplicación del principio de favorabilidad se considera el quantum punitivo de 8 años contenido en el artículo 23 de ley 1709 de 2014, que adiciono (sic) el artículo (sic) 38b del C.P, se puede observar objetivamente que persiste la prohibición, no solo por tratarse de una pena superior, sino también por estar ante los delitos de peculado y prevaricato, cuyo bien jurídico tutelado es la administración de justicia, contenidos en el artículo 68ª y por tanto excluidos de los beneficios y subrogados penales”

En consideración a la fecha de ocurrencia de los hechos, esto es, febrero a abril de 2010, y a la expresa petición del defensor de HERNÁNDEZ GARCÍA necesario resulta definir cuál es la norma más favorable en materia de prisión domiciliaria, como instituto que en los últimos años ha sido objeto de constantes y progresivas modificaciones legales en punto de los requisitos exigidos y las prohibiciones establecidas para su concesión.

El texto original de la Ley 599 de 2000 fue modificado por la Ley 1142 de 2007 que en

su artículo 32 incorporó un artículo 68A del siguiente tenor literal:

“Exclusión de beneficios y subrogados. No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, 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 o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.”

Posteriormente, el artículo 13 de la Ley 1474 de 2011 adicionó a la disposición dos incisos en los siguientes términos:

“Tampoco tendrán derecho a beneficios o subrogados quienes hayan sido condenados por delitos contra la Administración Pública, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, ni en aquellos eventos en los cuales se aplique el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos”

Luego mediante la Ley 1453 de 2011, el artículo 68A fue modificado en el sentido que se transcribe a continuación:

“Artículo 68 A. No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, 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 o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores o cuando haya sido condenado por uno de los siguientes delitos: cohecho propio, enriquecimiento ilícito de servidor público, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, concusión, prevaricato por acción y por omisión, celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, lavado de activos, utilización indebida de información privilegiada, interés indebido en la celebración de contratos, violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tráfico de influencias, peculado por apropiación y soborno transnacional.

Parágrafo. El inciso anterior no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 ni en aquellos eventos en los cuales se aplique el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos”

Tres años después, el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014 en el artículo 32, modificó la norma analizada en los siguientes términos:

“Artículo 68 A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales. 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; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir

agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

Parágrafo 1°. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.

Parágrafo 2°. Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena.

Por último, y frente a la misma disposición fueron introducidas modificaciones a través del artículo 4 de la Ley 1773 de 2016 que estableció lo siguiente:

“Artículo 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales. 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; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de

2004.

PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.

PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena”.

Por su parte, el artículo 38 del Código Penal consagraba como requisito objetivo para la concesión de la prisión domiciliaria “Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos”, quantum que se mantuvo invariable en las reformas introducidas mediante las Leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011. Fue por medio de la Ley 1709 de 2014 que se adicionó el artículo 38B que modificó el referido factor objetivo. Lo estableció así “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.”

La mencionada resolución del Tribunal adolece, al menos, de un yerro y no consulta una distinción relevante para analizar la procedencia de la prisión domiciliaria.

En primer lugar, el requisito objetivo para determinar la procedencia de la prisión domiciliaria es que la pena mínima prevista en la Ley para la conducta punible, es decir que el criterio que debe ser tenido en cuenta por el Juez es el monto de la sanción menor establecida para el delito por el que se procede, que deberá ser igual o inferior a 5 u 8 años, según se trate, y no el tiempo de sanción efectivamente impuesta, como lo entendió sin acierto el Tribunal.

No obstante lo anterior, debe aclarar la Corte que la adecuada aplicación del principio de favorabilidad excluye la creación de una tercera legislación que sea el producto de acoger en el caso concreto los aspectos que le resulten más favorables al procesado pero sin dar una aplicación integral al cambio normativo. En efecto esta Sala tiene establecido que:

“(…) es pertinente recordar que sobre la posibilidad de construir una *lex tertia*, la Sala ha dicho que no “es acertado pretender que se aplique la nueva regulación normativa con prescindencia de alguno de sus requerimientos, o mediante la combinación selectiva de varios requisitos pertenecientes a distintas regulaciones (*lex tertia*), porque en esta materia las condiciones que se exigen para el otorgamiento del instituto en concreto forman una unidad que no es posible escindir, como ya lo ha precisado la Corte en otras oportunidades”⁶³

Así las cosas, si bien es cierto que para la fecha de ocurrencia de los hechos no existía la prohibición de concesión de la prisión domiciliaria por delitos contra la Administración de Justicia, contemplada en el artículo 68A, no lo es menos que tan sólo con la Ley 1709 de 2014 el factor objetivo pasó de 5 a 8 años de prisión mínima, régimen que, como se vio, impidió la concesión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión a quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública.

Colofón de lo expuesto, las condiciones de reconocimiento de un instituto como el de la prisión domiciliaria forman una unidad inescindible, motivo por el cual, en cualquiera de los dos escenarios procesales no resulta viable conceder el beneficio en consideración al factor objeto (5 años) o a la prohibición del numeral segundo del artículo 38B por tratarse del punible de peculado por apropiación, expresamente excluido de dicho beneficio, prohibición que releva de consideraciones adicionales sobre el delito de prevaricato por acción.

9.2. Lo manifestado en precedencia impide la concesión de la medida sustitutiva a los procesados. Sin embargo, el defensor de HERNÁNDEZ GARCÍA solicitó para el efecto “tener en cuenta lo establecido en el art. 314 núm. 1”⁶⁴. Ese pedimento desborda el contenido normativo del inciso del artículo 68A que establece que “Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004”.

Así las cosas, resulta inobjetable que la misma norma prevé que la exclusión de los beneficios y subrogados penales no se aplicará respecto de la sustitución de la ejecución de la pena en los taxativos eventos en los que el procesado i) supere los 65 años de edad, previa valoración subjetiva de la conveniencia; ii) en estado de gravidez le falten 2 meses o menos para el alumbramiento o los 6 meses siguientes al nacimiento; iii) se encuentre gravemente enfermo, previo dictamen oficial; y iv) sea padre cabeza de familia.

Con esa comprensión debe afirmarse, entonces que la circunstancia prevista en el numeral 1 del artículo 314, esto es la valoración de suficiencia de la reclusión en el domicilio, no se encuentra exceptuada de la prohibición prevista en el artículo 68 A. Adicionalmente, advierte la Sala que la defensa no desplegó ninguna actividad tendiente a acreditar la efectiva ocurrencia de alguna de las cuatro circunstancias fácticas que viabilizarían la inaplicación de la analizada exclusión de beneficios.

10. Son estas las razones que llevan a la Corte a confirmar la sentencia condenatoria impugnada, en el entendido que sí existe conocimiento más allá de toda duda, acerca de la materialidad de los delitos y del compromiso penal de AMPARO ARÉVALO JARAMILLO y LUIS EDUARDO HERNÁNDEZ GARCÍA, fundado en las pruebas debatidas en juicio.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. CONFIRMAR la sentencia de fecha y origen indicados, por medio de la cual el Tribunal Superior de Popayán condenó a AMPARO ARÉVALO JARAMILLO y LUÍS EDUARDO HERNÁNDEZ GARCÍA como responsables del concurso de delitos de peculado por apropiación y prevaricato por acción.
2. COMPULSAR copias de la presente actuación ante la Fiscalía General de la Nación para que investigue penalmente las conductas de los particulares relacionadas con la acción de tutela, si aún no lo ha hecho, en los términos de la parte motiva de esta

decisión.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y Cúmplase,

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Aclaro voto

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

ACLARACIÓN DE VOTO

Tema: Prevaricato

Segunda Instancia 47348

Acta No. 37 de 15-02-2017

Respeto el criterio mayoritario de la Sala. Aclaro el voto por las razones ya expresadas en el radicado 46892, a las cuales me remito.

Cordialmente,

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado

Fecha ut supra

1 FI 287, Sentencia de tutela 26 de febrero de 2010.

2 FI 47.

3 En 3 carpetas y 2 CD, Sentencias SU 377 de 2014 y Sentencia de 16 de diciembre de 2014, Consejo Seccional de la Judicatura del Cauca.

4 FI 14, Sentencia del 17 de noviembre de 2017.

5 Fl 16, sentencia

6 Fl 30.

7 Declaraciones del oficial mayor y del escribiente del Juzgado Civil del Circuito.

8 CSJ, Sentencia 9 de abril de 2014, Radicado 43363.

9 Fl 57.

10 Fl 59.

11 Fl 75.

12 CSJ, 30 de junio de 2010, Rad. 32777 y Sentencia del 3 de septiembre de 2014, Rad. 41640.

13 Ibídem, Rad. 41640

14 Escrito radicado en la Secretaría de la Corte el 8 de junio de 2016.

15 CSJ, Sentencia del 23 de septiembre de 2015, radicado 44595.

16 CSJ, Sentencia 6 de abril de 2005, Rad. 19761

17 Corte Constitucional, Sentencia C - 054 de 1993.

18 Fl 76.

19 Corte Constitucional, Sentencia SU-1219 de 2001.

20 Fl 81.

21 Fl 220. Sentencia del 13 de noviembre de 2009.

22 Fl 202. Sentencia del 16 de diciembre de 2009.

23 Fl 154

24 Fl 185

25 Fls 246 a 261.

26 Fl 25.

27 Fl. 90. El representante del accionado no allegó copias de la decisión, pero sí hizo mención del mismo en la contestación de la acción.

28 Fl 91.

29 Fl 93. Para el 1 de abril de 1994 no contaba con 40 años de edad ni 15 de servicio, según la Ley 100 de 1993. Adicionalmente a 31 de diciembre de 2004 no alcanzaba los 20 años de servicio, según el Decreto 1835 de 1994.

30 Fl 279. (Destaca la Sala).

31 Fl. 70

32 Corte Constitucional, Sentencia SU - 377 de 2014. “(...) a comienzos del año dos mil tres (2003), TELECOM ofreció un Plan de Pensión Anticipada. Los pormenores del mismo fueron explicados por la entidad, en su momento, mediante un ‘Instructivo’. El Instructivo decía que el PPA estaba dirigido puntualmente a dos grupos de funcionarios: primero, a los trabajadores oficiales de la entidad cubiertos por alguno de los regímenes especiales de pensión, a los cuales el treinta y uno (31) de marzo de dos mil tres

(2003) les faltaran siete (7) años o menos para adquirir la pensión; segundo, a los trabajadores en cargos de excepción, siempre y cuando al treinta y uno (31) de marzo de dos mil cuatro (2004) tuvieran “veinte (20) años de servicio a Telecom en uno de esos cargos”. Textualmente disponía al respecto: “[...] 2. A quiénes va dirigido el plan de pensión anticipada El plan de pensiones anticipadas está dirigido a los trabajadores oficiales de la Empresa cobijados por alguno de los regímenes especiales de pensión y que les falten 7 años o menos para cumplir con los requisitos de pensión al 31 de marzo de 2003, si el trabajador ocupa un cargo ordinario. Para los trabajadores en cargos de excepción, se requiere que cumpla hasta el 31 de diciembre de 2004, veinte (20) años de servicio a Telecom en uno de esos cargos. No pueden acogerse al plan de pensión anticipada los trabajadores que tengan reconocida su pensión de jubilación por medio de resolución expedida por la Caja de Previsión Social de las Telecomunicaciones - CAPRECOM (...) El Instructivo precisaba quiénes estaban cobijados por regímenes especiales, y definía dos condiciones específicas. Por una parte, para estarlo, el trabajador oficial debía estar cubierto por el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, en consecuencia, haber tenido el 1º de abril de 1994 treinta y cinco (35) años o más de edad en el caso de las mujeres, cuarenta (40) años o más de edad en el caso de los hombres, o quince (15) años o más de servicios en cualquier caso. Y finalmente, cada aspirante al PPA debía haber estado vinculados a la planta de personal de TELECOM al momento de su transformación en Empresa Industrial y Comercial del Estado (lo cual ocurrió con el Decreto 2123 del 29 de diciembre de 1992, ‘Por el cual se reestructura la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM-’).”.

33 Corte Constitucional, Sentencia T-098 de 2009.

34 Corte Constitucional, Sentencia SU - 377 de 2014.

35 FI 356.

36 Decreto 2591 de 1991, Artículo 32.

37 CD, Audiencia 19 de agosto de 2015, 27:07.

38 CD, Audiencia 19 de agosto de 2015, 29:10.

39 CD, Audiencia 19 de agosto de 2015, 43:33.

40 Audiencia Preparatoria, sesiones 11 y 12 de marzo de 2015.

41 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2002. Pág. 324.

42 PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Tercera Edición. Ediciones Librería del profesional. Bogotá. 1992. Pág. 27.

43 CSJ, auto 11 de noviembre de 2011, rad. 35773.

44 Fl 52, anexo 4.

45 Fls 53 a 58, anexo 4.

46 Fl 54, anexo 4.

47 Fl 57, anexo 4.

48 Fl 137, anexo 4.

49 Fls 23 y siguientes del anexo 4.

50 Corte Constitucional, Sentencia T - 763 de 1998.

51 Corte Constitucional, Sentencia C - 424 de 2015.

52 En ese sentido, Reglamento interno de la Corte Constitucional, Acuerdo 05 de 1992, Artículo 49.

53 CSJ, Sentencia de 3 de febrero de 2016, Rad. 45905.

54 CSJ, auto 28 de marzo de 2016, Rad. 32645.

55 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sent. 3/08/2005.M.P.Dr. Herman Galán Castellanos. Rdo. 22112.

56 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de agosto de 2010, radicación No. 32964.

57 CSJ, sentencia del 3 de septiembre de 2014, Rad. 41640.

58 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 13 de marzo 13 de 2003.

59 CSJ, Sentencia del 4 de abril de 2002, Rad, 17.008, citada en sentencia del 30 de junio de 2010, Rado. 32777.

60 CSJ, Sentencia 23 de octubre de 2014, Rad. 39538.

61 CSJ, Sentencia del 4 de julio de 2012, Rad. 38568.

62 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 13 de marzo 13 de 2003.

63 CSJ SP 24 Feb 2016, Rad. 46927. Alude entre otras CSJ SP2998-2014, 12 de marzo, radicado 42623. CSJ AP1684-2014, 2 de abril, radicado 43209. CSJ, SP4161-2014, 2 de abril, radicado 34047. CSJ, SP4514, 9 de abril, radicado 40174. CSJ SP8850-2014, 9 de julio,

radicado 43711.CSJ, AP907-2015, 25 de febrero, radicado 45244.

64 Fl 58.