

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado Ponente

SP914-2016

Radicado N. 45905

Aprobado Acta N. 25

Bogotá, D. C., tres (03) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, mediante sentencia proferida el 12 de marzo de 2015, declaró a ABEL MARIANO VÁSQUEZ MARTÍNEZ, exjuez Promiscuo del Circuito de Chinú (Córdoba), como autor responsable de los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros y prevaricato por acción.

El aludido fallo, fue impugnado por la defensa y la fiscalía mediante recursos de apelación que se resuelven en este proveído.

HECHOS:

El 9 de junio de 2009, el abogado SAIN JAVIER MENDOZA URANGO, en representación de los señores ÁLVARO ANTONIO MARTÍNEZ BRAVO, RODOLFO JOSÉ PÉREZ TORDECILLA,

LUIS OSCAR NIETO, HENRY SERPA PETRO, PEDRO SEGUNDO SALGADO ÁLVAREZ, PEDRO JOSÉ BULA BULA, LUIS ALFONSO PÉREZ ERRANO, BENJAMÍN ANTONIO BETTI GALVIS, RODNY RAÚL RIVERO QUIÑONES, MARTHA LUZ LÓPEZ FERNÁNDEZ, EDISON ENRIQUE ÁVILA MURILLO, ALFREDO GUZMÁN FERIZ, JUAN ALBERTO COTRICH ROSELLÓN, MIGUEL ANTONIO CASTRO ANTEQUERA, OSWALDO ANTONIO ARRIETA DURANGO, NILSON DE JESÚS GARCÉS MEJÍA Y RODOLFO NELSON NEGRETE PÉREZ, todos extrabajadores de TELECOM, instauró ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San Andrés de Sotavento (Córdoba), acción de tutela, en contra del Patrimonio Autónomo de Remanentes – PAR-, solicitando el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital, salud, vida, educación y seguridad social.

Una vez admitida la demanda y libradas las comunicaciones pertinentes a la parte accionada, con el fin de que ejerciera su derecho de contradicción, mediante fallo del 24 de julio siguiente, la Juez Promiscuo Municipal resolvió no tutelar los derechos invocados por los accionantes, tras considerar que los extrabajadores de TELECOM tenían otro medio judicial para hacer valer sus derechos y no se configuraba el presupuesto de inmediatez en el caso subexamine.

Al ser impugnada tal decisión, se remitió la actuación al Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú (Córdoba), cuyo titular es el aquí acusado ABEL MARIANO VÁSQUEZ MARTÍNEZ, quien el 3 de septiembre de 2009 resolvió «tutelar los derechos invocados por los actores y, en consecuencia, ordenó que la entidad accionada pagara los salarios y prestaciones dejadas de percibir por los extrabajadores desde el 1 de febrero de 2006; al tiempo que decretó el embargo y retención de los dineros que el Patrimonio Autónomo de Remanentes –PAR- tuviese en las entidades financieras, por la suma de dos mil ochocientos siete millones ciento seis mil sesenta pesos (\$2.807.106.060) ».

ANTECEDENTES PROCESALES:

1. El 10 de septiembre de 2013, ante el Juez Primero Penal Municipal Ambulante con Funciones de Control de Garantías de Sincelejo- Sucre, se formuló imputación contra el Juez ABEL MARIANO VÁSQUEZ MARTÍNEZ, como probable autor de los punibles de peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía y prevaricato por acción, mismos cargos por los que se presentó escrito de acusación el 21 de noviembre de la referida anualidad.

1. Adelantadas las audiencias preparatoria y de juicio oral, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería resolvió condenar al acusado VASQUÉZ MARTÍNEZ a 10 años de pena privativa de la libertad, multa de 50 S.M.L.M.V, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción intramuros, por considerarlo autor de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía; concediéndole la prisión domiciliaria, previa suscripción del acta de compromiso y el pago de la caución correspondiente.

1. El 13 de marzo del año en curso, culminada la lectura del fallo, la Fiscalía y la defensa presentaron sendos recursos de apelación en contra de la referida decisión, los cuales ahora procede la Corte a resolver.

LA SENTENCIA IMPUGNADA:

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Montería consideró que se encuentran reunidos los presupuestos exigidos por el artículo 381 de la Ley 906 de

2004 para condenar a ABEL MARIANO VÁSQUEZ MARTÍNEZ, como autor de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros, por las razones que siguen:

1. La no existencia de elemento material probatorio alguno que justifique que los extrabajadores de TELECOM dejaran transcurrir más de tres años (desde el 31 de enero de 2006 hasta el 24 de junio de 2009) para intentar reclamar ante las instancias judiciales sus pretensiones, pese a lo cual el «señor Juez de segunda instancia... Jamás ordenó desplegar actividad alguna para esos efectos, denotando una conducta proclive a satisfacer los intereses de los accionantes, sin previa verificación de la existencia de los derechos reclamados.»

1. Los reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional frente al problema del retén social en los cuales se ha plasmado como primera exigencia para la prosperidad de la acción de tutela «que se lleve la prueba de la inmediatez y la demostración de que se afectó el mínimo vital de los accionantes», condición que de cumplirse en todo caso solo amerita un reintegro transitorio, mientras los afectados instauran las acciones ordinarias pertinentes en la búsqueda de un amparo definitivo.

1. El Juez VÁSQUEZ MARTÍNEZ, dejando de lado de manera injustificada las razones del juez de primera instancia para negar la tutela, procedió a revocarla y en su lugar, concedió el amparo solicitado, conducta que estimó claramente prevaricadora porque contrarió precedentes judiciales de la Corte Constitucional al respecto, con lo cual permitió además que los accionantes se apropiaran de una cuantiosa suma de dinero al

ordenar el embargo de recursos financieros del PAR- TELECOM. Con esta decisión también desconoció que dicha medida cautelar es extraña a los procesos de tutela, ya que la acción constitucional no está destinada a propósitos patrimoniales o dinerarios exclusivamente.

1. En tratándose de casos de reten social, la Corte Constitucional había aceptado pacíficamente la posibilidad de ordenar reintegros por afectación del mínimo vital, pero «nunca el congelamiento de recursos de las entidades accionadas [, pues] esta medida suele obstaculizar la satisfacción de obligaciones, de las cuales, podían a su turno, depender el goce efectivo de derechos fundamentales de terceros.»

1. El a quo desestimó la alegada ausencia del dolo en la ejecución de la conducta que se tacha de prevaricadora, al considerar que:

«el dolo con que actuó el procesado surge claro cuando se establece, que una vez recibió la acción de tutela que dio origen a este proceso, nunca practicó prueba alguna, como ya dijimos, tendiente a establecer la afectación del mínimo vital de los accionantes. De haberlo hecho, de seguro hubiese podido verificar si efectivamente se estaba conculcando o no, con lo que hubiese dejado satisfecho lo referente a la inmediatez, porque precisamente de haberse demostrado que se venía con el mínimo vital afectado y que no se había intentado la acción de tutela con anterioridad por fuerza mayor o caso fortuito, evidente hubiera sido la omisión de una acción por fuera de la órbita del derecho. Pero contrario a ello, el señor Juez aquí acusado, actuando de manera grosera, tutela sin fundamento alguno, unos derechos que nunca se probaron, dando así a su fallo un carácter de prevaricador, pues se aleja de todo el orden jurídico establecido en nuestro país en esa materia.»¹

1. Y en relación con la conducta peculadora, infirió demostrados los elementos del tipo, afirmando:

«es incuestionable que también se incurre por el acusado en la conducta punible de Peculado por apropiación a favor de terceros, pues con su conducta prevaricadora permitió la ilícita apropiación de los dineros del Par- Telecom, que él mismo en su providencia había ordenado embargar en cuantía superior a los dos mil millones de pesos. Es que de no ordenarse el embargo y secuestro de esos dineros, no estaríamos hablando hoy de la apropiación de los mismos.

En efecto, lo que permite la apropiación de los dineros, fue la orden de embargo que emitió el Juez, que estuvo acompañada de otra orden más, aquella que ordenó la liquidación de las prestaciones económicas presuntamente adeudadas y que permitió que los trabajadores recibieran las indemnizaciones en el año 2006, y luego los dineros producto de la acción de tutela aquí tantas veces mencionada.»

Conforme a lo anteriormente reseñado, el Tribunal resolvió imponerle a ABEL MARIANO VÁSQUEZ MARTÍNEZ las penas principales de 10 años de prisión y multa por 50 S.M.L.M.V; así como, la accesoria de «inhabilitación permanente para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal»; concediéndole la prisión domiciliaria en los siguientes términos:

«De conformidad con la pena impuesta, al procesado no se le concederá la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pero teniendo en cuenta su edad, que en este caso son sesenta y cinco años, pues nació el 9 de enero de 1950, se le concederá la prisión domiciliaria, teniendo en cuenta que además de la edad que tiene el procesado, no existe prohibición alguna para ello, pues las normas que hoy contemplan la improcedencia de es sustituto, no estaban vigentes para la época de los hechos, luego

le es aplicable el principio de favorabilidad. Además, para esta Corporación es evidente, que el procesado estando privado de su libertad en su residencia, cumple con las funciones de la pena, pues de todas formas su libertad está restringida y ello deberá ser vigilado en debida forma por el Inpec.»²

LA IMPUGNACIÓN:

La sentencia que viene de explicarse, fue recurrida en apelación por el representante de la Fiscalía General de la Nación y por la defensa técnica, con los siguientes motivos de disenso:

La Fiscalía

El representante del ente acusador manifestó que su desacuerdo con el fallo de condena radica en que el a quo concedió al procesado el sustituto de la prisión domiciliaria sin que se reunieran los requisitos de ley para su otorgamiento.

En orden a dar solidez a sus afirmaciones, realizó un análisis normativo de las instituciones jurídicas que regulan la prisión domiciliaria y la sustitución de la ejecución de la pena, señalando de ésta última que la competencia para su otorgamiento, según lo indicado en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004, se encuentra en cabeza del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y no del juez de conocimiento.

La defensa

El defensor del procesado en forma desordenada manifiesta como motivos de su inconformidad: Primero, que el fallo de tutela objeto de investigación, no fue seleccionado por la Corte Constitucional para adelantar su revisión y, por ende, adquirió el carácter de cosa juzgada, convirtiéndolo en una decisión inmutable y definitiva. Segundo, afirma que el a quo pretermitió valorar las copias de la sentencia absolutoria

proferida a favor de su defendido por el Consejo Superior de la Judicatura el 30 de septiembre de 2014, pese a que éste elemento material probatorio fue allegado «al señor Fiscal... con meses de anterioridad a la celebración del juicio oral...y fue puesto de presente en el juicio... fundamentándose en el artículo 344 del C.P.P.».

Tercero, alega que como tales argumentos defensivos no fueron objeto de análisis en el fallo de condena, éste adolece de «motivación deficiente o incompleta», siendo procedente la declaratoria de nulidad del mismo. Preciso al respecto:

«la jurisprudencia constitucional ha reconocido la posibilidad de entablar acción de tutela para solicitar la aplicación de Reten Social, cuando éste beneficio ha sido desconocido injustificadamente por la Administración Pública... [En... el caso particular... la liquidación de salarios y prestaciones fue elaborada por funcionarios del PAR, la tutela tuvo como fundamento la ley[,] precedentes judiciales ya referenciados[,] los tutelantes tenían la calidad de padres de familia, circunstancia que se encuentra probada hasta la saciedad.] Se demostró la afectación a sus derechos fundamentales[,] sobre todo al mínimo vital, se demostró la subsidiariedad que la tutela era idónea para estos casos... que... el principio de inmediatez se cumple dada la vulnerabilidad [en] que se encontraba[n] los tutelantes... que el único propósito y objetivo que tuvo el señor ABEL MARIANO VASQUEZ al amparar los derechos fundamentales fue cumplir con [I]a Ley y [I]a Constitución y [el] bloque de constitucionalidad fungiendo como juez constitucional[;] que jamás su pronunciamiento puede considerarse grosero, arbitrario... irrazonable[,] ya que son simple especulaciones porque en el debate jurídico la Fiscalía jamás de los jamases pudo ni puede demostrar que el acusado actuó con dolo, es decir que jamás se podrá encuadrar su proceder en ninguna infracción penal[,] menos en prevaricato por acción y peculado a favor de terceros... inclusive no se hacía necesario... este debate jurídico puesto que la tutela cuestionada había hecho tránsito a COSA JUZGADA Constitucional, y no le era dado a la fiscalía ni a los honorables Magistrados revivir este debate que ya se encontraba cerrado, ejecutoriado[,] que era

inmutable y definitivo, en otras palabras ya había sido estudiada por la Corte Constitucional lo que le daba el carácter de ejecutoria constitucional.»³

Para fortalecer su argumento, acota las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en las sentencias T-645 de 2009 y SU-337 de 2014, enfatizando en los párrafos atinentes a la competencia de la autoridad constitucional para ordenar «la reubicación de madres y padres cabezas de familia desvinculados de TELECOM»⁴; concluyendo sus alegaciones así:

«señores Magistrados en Colombia existía el precedente (sic) judicial de la sentencia T-645 del 2009 la Corte Constitucional estudió a fondo tutelas dirigida contra el PAR y muy a pesar de que habían transcurrió (sic) términos amplio (sic) antes de intentarlas las consider[ó] y acept[ó] como procedentes, luego entonces podemos concluir que mi representado actuó profirió su fallo con base a precedentes jurisprudenciales y con fundamento a la valoración probatoria que para él en ese momento según la sana crítica y la lógica demostraban los aspectos indispensables, necesarios para amparar los derechos fundamentales invocados.»⁵

Con sustento en las anteriores razones, la defensa del procesado solicita se revoque la sentencia impugnada y, en su lugar, se le absuelva de todos los cargos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Competencia:

A la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le corresponde desatar el recurso de apelación interpuesto, de acuerdo con la competencia que le asigna el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, toda vez que la acción penal es ejercida

contra ABEL MARIANO VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Juez Promiscuo del Circuito de Chinú (Córdoba).

1. De la nulidad planteada:

Delimitada la atribución que le asiste a la Corte Suprema para conocer del presente caso, seguidamente examinará la Sala el tema de la nulidad de la actuación que como tesis principal plantea por la defensa, en el entendido que, de tener eco sus argumentaciones, no habría lugar a realizar pronunciamiento diferente al de acceder a la pretensión invalidatoria incoada y por tanto el fallo atacado desaparecería del mundo jurídico.

El impugnante aborda de manera descontextualizada la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Montería, citando dos apartados aislados de la misma, para significar que esas son las únicas referencias efectuadas en torno al «carácter de cosa juzgada que adquirió el fallo de tutela [proferido por su defendido], al no haber sido seleccionado por la Corte Constitucional para adelantar su revisión», reprochando, por contera, que el a quo no destinara un apartado específico a la definición amplia y profunda del tema en cuestión.

Dicho argumento desconoce que la decisión judicial, desde luego imbuida de una gran importancia y demandante de clara y suficiente motivación, no comporta fórmulas sacramentales que permitan establecer una innecesaria, cuando no absolutamente inconveniente, uniformidad en el discurso, precisamente en atención a que la independencia judicial y las necesidades propias del caso concreto muestran el camino de ilación discursiva.

Sobre el particular, ha señalado esta Sala:

«Ahora bien, aunque la Sala ha identificado cuatro (4) situaciones que implican la falta de motivación de la sentencia, sólo tres de ellas han sido consideradas como errores in procedendo generadores de nulidad y por lo tanto atacables a través de la causal tercera, a saber: a) cuando hay ausencia absoluta de motivación, b) cuando la motivación es incompleta o deficiente, y, c) cuando la motivación es ambivalente o dilógica. La cuarta causa, generada por la llamada motivación falsa... La primera causa, ha dicho la Sala, se presenta cuando el fallador no expone las razones de orden probatorio ni los fundamentos jurídicos en los cuales sustenta su decisión; la segunda, cuando omite analizar uno de los aspectos señalados o los motivos aducidos son insuficientes para identificar las causas en las que ella se sustenta; la tercera, cuando las contradicciones que contiene la motivación impiden desentrañar su verdadero sentido o las razones expuestas en ella son contrarias a la determinación finalmente adoptada en la resolutoria; y, la cuarta cuando la motivación del fallo se aparta abiertamente de la verdad probada.

Frente a la motivación falsa, ha precisado la Sala que debe entenderse como aquella que es inteligible, pero equivocada debido a errores relevantes en la apreciación de las pruebas, porque las supone, las ignora, las distorsiona, o desborda los límites de racionalidad en su valoración, y esa es la razón por la cual debe demandarse por la vía de la causal primera, cuerpo segundo.» 6

En este sentido, ya claramente se tiene establecido que no existen fórmulas exactas para emprender la tarea de fundamentación del fallo, pues ello se cumple cuando de la lectura del texto integral se advierte sin contratiempos qué es lo decidido y cómo se soporta en los planos fáctico, jurídico y probatorio.

El fallo atacado, ha de precisarse, comienza por reseñar los hechos, el decurso procesal, el contenido de los alegatos y el fundamento probatorio de las partes, para después ocuparse de analizar todos y cada uno de los tópicos de la tesis defensiva, al

punto de analizar la extensa línea jurisprudencial establecida por la Corte Constitucional respecto de los requisitos de procedencia de las acciones de tutela en los casos de la extinta TELECOM, lo cual evidencia que la providencia condenatoria no carece de una indebida motivación que conlleve a la nulidad del proceso.

Sin embargo, en aras de brindar una respuesta que satisfaga la inconformidad del impugnante, es importante traer a colación aquellos parámetros normativos que regulan la selección de los fallos de tutela para su eventual revisión por parte de la Corte Constitucional, toda vez que las normas, que a continuación se transcriben, evidencian el carácter discrecional de esa facultad y, por ende, infirman el argumento defensivo de «que el fallo proferido por el sentenciado, que concedió la tutela, se ajusta a la Ley, por no haber sido seleccionada para su revisión, por dicha Alta Corporación».

Así tenemos, conforme lo estipulan los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, por medio del cual se reglamentó la acción de tutela, que:

«Artículo 33. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL. La Corte Constitucional designará dos de sus Magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier Magistrado de la Corte, o el Defensor del Pueblo, podrán solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de

Artículo 34. DECISIÓN EN SALA. La Corte Constitucional designará los tres Magistrados de su seno que conformarán la Sala que habrá de revisar los fallos de tutela de conformidad con el procedimiento vigente para los Tribunales del Distrito Judicial. Los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte, previo registro del proyecto de fallo correspondiente.

Artículo 35. DECISIONES DE REVISIÓN. Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas.

La revisión se concederá en el efecto devolutivo, pero la Corte podrá aplicar lo dispuesto en el artículo 7 de este Decreto.

Artículo 36. EFECTOS DE LA REVISIÓN. Las sentencias en que se revise una decisión de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto y deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta.»

Y en el reglamento interno adoptado por la Corte Constitucional⁷

, mediante Acuerdo 05 de 1992 del 15 de octubre, se consagraba:

«Artículo 49. Sala de Selección de Tutelas. Cada mes la Sala Plena de la Corte Constitucional designará a dos de sus integrantes para conformar la Sala de Selección de Tutelas, en forma rotativa y por sorteo. Para agotar la lista, se partirá del magistrado que no haya sido sorteado.

La secretaría general informará de inmediato a los Magistrados que integran la sala de selección, sobre la acciones de tutela que deban someterse a consideración de dicha Sala para lo cual remitirá una reseña esquemática en la que se consignará como mínimo, el número de radicación, la identificación de las partes y el derecho fundamental supuestamente vulnerado.

Los asuntos seleccionados por la respectiva Sala, serán repartidos a los Magistrados de la Corte de manera rotativa y por orden alfabético de apellidos, quienes integrarán para resolverlos, las respectivas Salas de Revisión.

Según el artículo 33 del decreto 2591 de 1991, es facultad de la Sala de Selección escoger de forma discrecional las sentencias de tutela que serán objeto de revisión. En tal virtud, las peticiones que se reciban de personas interesadas en que se revise un fallo de tutela, serán respondidas por el Secretario General de la Corporación, de conformidad con lo ordenado por la Sala de Selección.

De la misma manera, se procederá en caso de petición de insistencia de los particulares en la revisión de un fallo excluido de revisión, la cual es facultativa del Defensor del Pueblo o de un Magistrado de la Corte Constitucional, en los términos del citado artículo 33 del decreto 2591 de 1991.

Decreto 262 de 22 de febrero de 2000. ARTICULO 7º. Funciones. El Procurador General de la Nación cumple las siguientes funciones:...12. Solicitar ante la Corte Constitucional la revisión de fallos de tutela, cuando lo considere necesario en la defensa del orden jurídico, el patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales.

Artículo 50. Salas de Revisión de Tutelas. A medida que se repartan los negocios de

tutela se irán conformando las Salas de Revisión, una por cada reparto, así: El Magistrado a quien corresponda alfabéticamente recibirlo, presidirá la Sala conformada con los dos Magistrados que le sigan en orden. La Sala decidirá por mayoría absoluta y el Magistrado disidente podrá salvar o aclarar su voto.» (Subrayas fuera del texto original)

El referido trámite de selección de tutelas fue modificado por el artículo 55 del Acuerdo 02 de 2015, a cuyo tenor se prevé:

«Artículo 55. Sala de Selección de Tutelas. Cada mes la Sala Plena de la Corte Constitucional designará a dos de sus integrantes para conformar la Sala de Selección de Tutelas, en forma rotativa y por sorteo. Para agotar la lista, se partirá del magistrado que no haya sido sorteado. La Secretaría General informará de inmediato a la Unidad de Análisis sobre las acciones de tutela que tengan que someterse a consideración de dicha Sala, solicitudes de insistencia y solicitudes de los ciudadanos presentadas para revisión. De igual manera, con antelación a la realización de la Sala de Selección, la Unidad de Análisis y Seguimiento rendirá su respectivo informe, cuyo insumo serán las reseñas esquemáticas que elabore el personal asignado por los respectivos despachos, cuadros de apoyo, insistencias y peticiones ciudadanas. Los asuntos seleccionados por la respectiva Sala, serán sorteados entre los Magistrados de la Corte de manera rotativa y por orden alfabético de apellidos, quienes integrarán para resolverlos, las respectivas Salas de Revisión. La facultad discrecional con que cuenta la Sala de Selección, se ejercerá de conformidad con los principios y criterios orientadores.

(...)

Queda prohibido a cualquier Magistrado, funcionario o empleado de la Corte Constitucional incidir indebidamente o intentar hacerlo, en la selección de cualquier

expediente. Quien tenga conocimiento de esta práctica deberá informarlo de inmediato a las autoridades competentes. Ningún Magistrado podrá, durante la Sala de Selección, decidir sobre su propia insistencia, ni le podrá ser repartido el expediente en caso de ser seleccionado.» (Subrayas fuera del texto original)

Huelga aclarar que la precitada norma no resulta aplicable al caso concreto, por no encontrarse vigente al momento en que tuvieron ocurrencia las conductas aquí reprochadas al procesado, toda vez que, recuérdese, la providencia prevaricadora fue proferida el 3 de septiembre de 2009.

Así, entonces, se itera, una vez se profiere sentencia en firme dentro de una acción de tutela, el expediente es enviado a la Corte Constitucional para que ésta determine si la selecciona o no para revisión, dado que dicha facultad es discrecional, es decir, no es obligatoria y, por ello, ésta no constituye una instancia más dentro de tal proceso de amparo.

Ahora bien, igualmente, alega la defensa que el a quo pretermitió valorar las copias de un fallo disciplinario proferido a favor de su representado el 30 de septiembre de 2014, no obstante haberlas allegado al representante del ente acusador «con meses de anterioridad a la celebración del juicio oral», surgiendo de tal omisión la transgresión al debido proceso, producto de la que entiende indebida motivación de la sentencia emitida por la primera instancia.

Para sustentar su propuesta, cita pertinente jurisprudencia de la Sala en torno de dicho tópico, para de allí extractar que el Tribunal incumplió su obligación de adecuada sustentación, pues dejó de valor tal elemento material probatorio.

Empero, tras analizar los registros de audio de las audiencias preparatoria y de juicio oral, la Corte concluye que tal alegación resulta infundada, toda vez que el abogado defensor de VÁSQUEZ MARTÍNEZ no solicitó la práctica de prueba alguna durante tal

fase procesal, lo cual tornaba inviable que la Corporación de instancia procediera a analizar la sentencia proferida por el Consejo Superior de la Judicatura el 30 de septiembre de 2014, pues dicho fallo constituye un elemento material probatorio que no fue incorporado a la actuación. De esta forma, se desestima la ocurrencia de la incorrección denunciada y, por ende, la afectación de las garantías procesales.

1. Estudio de los escritos impugnatorios:

Como quiera que la impugnación presentada por la defensa está referida a la conformidad del fallo de tutela proferido el 3 de septiembre de 2009 con el ordenamiento jurídico, la Sala examinará el contenido de esa decisión, a efectos de establecer si es manifiestamente contraria a la Ley, esto es, si es objetivamente típica, o si por el contrario carece de relevancia en el ámbito del derecho penal.

Ahora bien, de llegar a confirmarse el supuesto de hecho sobre el cual edificó el a quo la declaratoria de responsabilidad penal del procesado VÁSQUEZ MARTÍNEZ, la Corte procederá a resolver las manifestaciones de inconformidad del representante de la Fiscalía General de la Nación, atinentes a habersele concedido el sustituto de la prisión domiciliaria al procesado sin que se reunieran los requisitos de ley para su otorgamiento.

Del prevaricato por acción.

Como claramente se advierte, los motivos de inconformidad de la defensa apuntan a pregonar la atipicidad de la conducta de su defendido.

Con el propósito de abordar el análisis del anterior cuestionamiento, resulta necesario tener en cuenta que el tipo penal de prevaricato por acción se encuentra definido en la

Ley 599 de 2000, así:

Artículo 413. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

En su aspecto objetivo, se ha considerado un ilícito de resultado, eminentemente doloso en el que la descripción típica tiene la siguiente estructura básica: a) Tipo penal de sujeto activo calificado, para cuya comisión se requiere la calidad de servidor público en el autor, aspecto que no ofreció ningún tipo de controversia y, b) Que se profiera una resolución, dictamen o concepto contrario a la ley, es decir que exista una contradicción evidente e inequívoca entre lo resuelto por el funcionario y lo mandado por la norma⁸.

La jurisprudencia de la Corte, a propósito del elemento normativo manifiestamente contrario a la ley, ha considerado:

«que la contradicción entre lo demandado por la ley y lo resuelto sea notoria, grosera o “de tal grado ostensible que se muestre de bulto con la sola comparación de la norma que debía aplicarse... que para hablar de prevaricato es necesario establecer cuándo los argumentos del servidor, dentro de un campo determinado, resultan aceptables, pues una interpretación loable frente a las singulares trazas que ofrece un caso puede permitir el rechazo del prevaricato... que si el comportamiento del funcionario no está acompañado de razones justificatorias, es decir, acordes con los hechos y con el precepto legal, si obedece a su mero capricho, el acto es manifiestamente contrario a la ley (ibídem); y que tal delito se configura si el servidor público profiere concepto, dictamen, resolución, auto o sentencia manifiestamente apartado de la norma jurídica aplicable al

caso, haciendo prevalecer su capricho sobre la voluntad de la disposición legal, lo que significa comparar el mandato legal contentivo de la norma con lo hecho por el funcionario.»⁹

De tal forma que el juicio de tipicidad de la conducta que se predica prevaricadora, involucra una labor compleja, por cuanto no basta efectuar una constatación objetiva entre lo que la ley manda o prohíbe y lo que con base en ella se decidió; sino que, además, debe adelantarse un juicio de valor a partir del cual se establezca si la ilegalidad denunciada resiste el calificativo de ostensible¹⁰.

Sobre este punto, y para comprender a cabalidad la conducta desplegada por el acusado, necesario resulta hacer un recuento de la actuación adelantada por ABEL MARIANO VÁSQUEZ MARTÍNEZ en aquel entonces titular del Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú, con motivo de la acción de tutela que instauraron diecisiete (17) ex trabajadores de la extinta TELECOM contra el Patrimonio Autónomo de Remanentes-PAR. Del anexo correspondiente, se establece que:

1. La referida demanda de amparo, radicada con el número 2009-0027, fue admitida y tramitada por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Andrés de Sotavento (Córdoba), quien resolvió el día 24 de julio de 2009 no tutelar los derechos fundamentales invocados por los accionantes¹¹, por las siguientes razones:

«La acción de tutela es un mecanismo excepcional y subsidiario, solo procede cuando no existe otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable... Conforme decisiones de la Corte Constitucional, la acción de tutela no es el mecanismo judicial procedente para obtener el pago de acreencias laborales, los cuales corresponden por vía ordinaria laboral...por vía de tutela no se pueden revivir posibles derechos laborales que a la fecha pueden encontrarse

prescritos... No se cumple el requisito de la inmediatez, pues según los accionantes los hechos vienen sucediendo desde el año 2006... han transcurrido más de tres años, y la Corte Constitucional ha sido reiterativa en la exigencia del mismo.»

1. El referido fallo de tutela fue impugnado por el apoderado de los accionantes, recurso de apelación que fuera desatado el 3 de septiembre de 2009 por ABEL MARIANO VÁSQUEZ MARTÍNEZ, titular del Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú, quien dispuso en la parte resolutive:

«PRIMERO. REVOCAR EN TODAS SUS PARTES la sentencia impugnada y en su lugar TUTELAR los derechos invocados por los actores, y en consecuencia ordenó al PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES -PAR-, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de dicha sentencia, reconozca, liquide y pague los salarios y demás prestaciones que por ley y convención colectiva dejaron de percibir los actores desde el 1 de febrero de 2006 hasta que desaparezca el PAR, tiempo en que han estado cesantes los accionantes en razón del despido; además a repararles integralmente cualquier emolumento dejado de percibir, esto a título de indemnización, ante la imposibilidad de ordenar reintegro a las actividades que desempeñaban en la extinta TELECOM, en cuantía que resulte de la respectiva liquidación.

SEGUNDO. Para hacer efectivo el pago de las prestaciones sociales adeudadas y no hacer ilusorio el amparo de sus derechos, Decrétese el embargo y retención de los dineros que el PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES -PAR-... tenga en todos los bancos del país, los cuales deben ser dejados a disposición de este Despacho Judicial en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario de Colombia, sucursal Sahagún (Córdoba), hasta por la suma de DOS MIL OCHOCIENTOS SIETE MILLONES CIENTO SEIS MIL SESENTA PESOS (\$2.807.106.060.00), que equivale al monto aproximado adeudado a los

extrabajadores, más el pagar en esta sentencia de conformidad con lo normado en el artículo 7 del Decreto 259 de 1991, artículo 681, modificado por el Decreto 2282 de 1989, art.1 mod.339. Modificado Ley 794 de 2003, artículo 67, inciso 11 del C.P.C. Envíese por secretaría los comunicados de rigor.»

1. El 5 de agosto de 2010 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de descongestión de Barranquilla, consideró que la referida decisión configuraba una vía de hecho, razón por la que a más de proferir pliego de cargos contra el Juez VÁSQUEZ MARTÍNEZ, ordenó compulsar copias de la actuación a la Fiscalía General de la Nación para que se investigara la conducta del mencionado funcionario judicial.

De la reseña fáctica atrás expuesta, se debe tener por demostrado que en el fallo de tutela proferido por el aquí acusado el 3 de septiembre de 2009, se evidencian las siguientes irregularidades:

(i)Desconoció el principio de inmediatez, identificado por la Corte Constitucional como un presupuesto necesario para la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

En efecto, el artículo 86 de la Carta Política establece que la acción de tutela tiene por objeto reclamar ante los jueces «la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública».

A partir del referido postulado, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el principio de inmediatez, según el cual la acción de tutela, pese a no tener un término de caducidad expresamente señalado en la Constitución o en la Ley, procede dentro de un plazo razonable y proporcionado, contado a partir del momento en que se produce la

vulneración o amenaza del derecho.

La exigencia de dicho término tiene como objeto impedir el uso del mecanismo excepcional como medio para disimular la propia negligencia o como elemento que atente contra los intereses y derechos de terceros interesados; así como, para garantizar los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, que se predican de toda providencia judicial.

En torno al principio de inmediatez, la Corte Constitucional en la sentencia SU-961 de 1999, adoctrino:

Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción.

(...)

Si la inactividad del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que se conceda la acción de tutela, del mismo modo, es necesario aceptar que la inactividad para interponer esta última acción durante un término prudencial, debe llevar a que no se conceda. En el caso en que sea la tutela y no otro medio de defensa el que se ha dejado de interponer a tiempo, también es aplicable el principio establecido en la Sentencia arriba mencionada (C-543/92), según el cual la falta de ejercicio oportuno de los medios que la ley ofrece para el reconocimiento de sus derechos no puede alegarse para beneficio propio, máxime en los casos en que existen derechos de terceros involucrados en la decisión.

En dicho contexto, contrario a lo afirmado por la defensa del procesado, los accionantes no allegaron pruebas para justificar su tardanza en la reclamación de las prestaciones

patrimoniales ante las instancias judiciales¹², razón por la cual no resultaba aplicable el supuesto de hecho señalado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-377 de 2014 como una excepción al principio de «inmediatez», entendido éste como un requisito de procedibilidad, toda vez que consideró:

«Respecto de entidades que han concluido procesos de liquidación pueden presentarse distintos tipos de casos. Es posible que al final de su existencia jurídica la entidad hubiese desconocido algún derecho fundamental. Tampién puede ocurrir que la supuesta vulneración se haya presentado mucho antes de que definitivamente se liquidara. En esta última hipótesis, puede que haya quienes interpongan sus tutelas sólo después de clausurada la compañía, y dentro de estos puede haber personas que hubiesen intentado gestiones –judiciales y administrativas- para defender sus derechos, y otras que hayan permanecido completamente inactivas. De cualquier modo, dentro de estos contextos, es en principio irrazonable dejar trascurrir un tiempo amplio (dos o más años) para reclamar prestaciones patrimoniales. En estos casos se cumple con la inmediatez cuando la tardanza se justifique suficientemente. Es decir, si por ejemplo el actor ha obrado con diligencia en la defensa de sus derechos, o ha estado sometido a fuerza mayor, o si era desproporcionado en su caso adjudicarle la carga de acudir a un juez con prontitud, debido a su estado de interdicción, incapacidad física, entre otros. En función de las condiciones de debilidad de algunos sujetos, y del contexto en el cual se inscribe el problema, es posible adaptar estos principios con el fin de resolver cuestiones de inmediatez en función de una solución constitucionalmente admisible del caso concreto.» (Subrayas fuera del texto original).

(ii) Igualmente, del recuento fáctico precedente, se tiene que el aquí acusado pretendió tergiversar, también, el principio de subsidiariedad, toda vez que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo preferente, excepcional y residual a través del cual se obtiene la protección inmediata de los derechos fundamentales, constituyéndose en un medio eficaz para

evitar la arbitrariedad de la Administración Pública y excepcionalmente de particulares. Este medio de defensa judicial se rige, entre otros, por el principio de subsidiariedad, el cual hace referencia a que el interesado debe agotar los medios ordinarios de defensa cuando éstos sean oportunos y eficaces, de modo que asegure una adecuada protección de sus derechos, excluyendo la posibilidad de usar el recurso de amparo como primera opción ya que resulta improcedente.

(iii) Conforme con lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no resultaba viable ordenar una medida cautelar como la decretada por el Juez VÁSQUEZ MARTÍNEZ sobre las cuentas del Patrimonio Autónomo de Remanentes, toda vez que:

«Primero, el embargo resultaba injustificado al asumir como probable un incumplimiento por parte de la PAR a las resoluciones de un juez de tutela. Segundo, porque el embargo afectaba el cumplimiento de otras obligaciones anteriores, y además el programa de cancelación de pasivos y administración de remanentes, en algunos casos sin estar aún concluido el proceso. Tercero, debido a que incluso si se hubiera presentado un fundado temor a incumplimiento, había instrumentos al servicio de la eficacia de la decisión, previstos en la ley, razón por la cual el embargo resultaba innecesario (Dcto. 2591 de 1991 art. 27 y 57 y s.s.)».13

Como puede concluirse, el fallo de tutela proferido por el Juez Promiscuo del Circuito de Chinú (Córdoba) resultaba abiertamente contrario a los principios y reglas consagradas en el Decreto 2591 de 1991 y en la jurisprudencia constitucional, por tanto no resultan admisibles las explicaciones brindadas por el recurrente en cuanto pretendió justificar –sin conseguirlo– el comportamiento del acusado.

Corolario a lo anteriormente expuesto, se confirmará el fallo de condena proferido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Montería, pues se constata que se encuentran cabalmente cumplidos todos los requisitos para declarar penalmente

responsable al procesado ABEL MARIANO VÁSQUEZ MARTÍNEZ como autor de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación.

De la prisión domiciliaria

El Tribunal, luego de imponer la sanción y negar la ejecución condicional de la ejecución de la pena, consideró procedente reconocer al condenado la prisión domiciliaria prevista en el artículo 38 del Código Penal pero sin hacer mención de los requisitos objetivos y subjetivos indicados en esa norma, sino que para tal efecto tuvo en cuenta la edad del procesado (65 años) y la circunstancia de que no existe prohibición legal para reconocer el mencionado sustituto.

Al respecto considera la Sala que el razonamiento del a quo resulta equivocado, en la medida en que el factor que tuvo en cuenta para reconocer el mecanismo sustitutivo no está contemplado como uno de los requisitos que prevé el artículo 38 del Código Penal, vigente para la época de los hechos, que regula lo relativo a la prisión domiciliaria, el cual señala que ésta procede (i) siempre que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco años de prisión o menos y, (ii) que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

En ese orden, le correspondía al fallador de primer grado analizar si frente al caso concreto se cumplían las referidas exigencias, que advierte la Sala no concurren, concretamente el factor objetivo, en la medida en que uno de los delitos por los que Vásquez Martínez fue condenado contempla una pena mínima superior a cinco años de prisión¹⁴, razón que resultaba suficiente para disponer la ejecución

de la pena al interior de un centro de reclusión.

Ahora bien, examinado el motivo por el que el a quo estimó procedente la aplicación de la prisión domiciliaria, observa la Corte que el mismo está relacionado con la causal de sustitución de la detención preventiva, prevista en el artículo 314, numeral 2º, de la Ley 906 de 2004, relativa a que ésta podrá sustituirse por la del lugar de residencia «cuando el imputado o acusado fuera mayor de sesenta y cinco (65) años siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia».

Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala¹⁵, el mencionado precepto, aplicable por razón de lo dispuesto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004, como un mecanismo sustitutivo de la pena de prisión, solo puede ser reconocido, una vez ejecutoriada la respectiva sentencia, por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, puesto que:

«... en el sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria no cabe pronunciamiento alguno de los jueces de instancia sobre la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria por cuanto, a voces del artículo 461 de la Ley 906 de 2004, esta es una competencia reservada al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. Únicamente, en la hipótesis de encontrar satisfechos los presupuestos normativos que regulan el instituto de la detención domiciliaria, al momento de proferir sentencia, habría lugar a conceder la sustitución de la medida, no así, la prisión domiciliaria»¹⁶.

Así las cosas, emerge claro que, de una parte, no procede el reconocimiento de la prisión domiciliaria regulada en el artículo 38 del Código Penal por ausencia del requisito objetivo y, de otro lado, el Tribunal no era competente para pronunciarse en la sentencia sobre la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria, de conformidad con el artículo 461

de la Ley 906 de 2004; por tanto, se revocará el numeral segundo de la parte resolutive del fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la condena proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Montería el 12 de marzo de 2015 contra ABEL MARIANO VÁSQUEZ MARTÍNEZ, exjuez Promiscuo del Circuito de Chinú (Córdoba), al hallarlo autor responsable de los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros y prevaricato por acción.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia impugnada, y en su lugar, declarar que el procesado ABEL MARIANO VÁSQUEZ MARTÍNEZ no tiene derecho al sustituto de la prisión domiciliaria.

Líbrese orden de captura en su contra para que cumpla la sanción impuesta.

Líbrese las copias de que trata el artículo 462 del Código de Procedimiento Penal.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

Gustavo Enrique Malo Fernández

José Luis Barceló Camacho

José Leonidas Bustos Martínez

Fernando Alberto Castro Caballero

Eugenio Fernández Carlier

Eyder Patiño Cabrera

Patricia Salazar Cuéllar

Luis Guillermo Salazar Otero

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Folio 343.

2 Folio 338

3 Folio 337 y s.s.

4 Folio 365

5 Folios 359 a 360

6 CSJ, AP del 4 de sept de 2003, radicado No. 17257.

7 Adoptado por el Acuerdo 01 de 1992; adicionado por los Acuerdos 03 y 04 de 1992 y recodificado mediante Acuerdo 05 de 1992. Posteriormente, adicionado y modificado por los Acuerdos 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de

2001, 01 de 2004, 01 de 2007, 02 de 2007 y 01 de 2008.

8 CSJ SP del 27 de julio de 2011, rad. 35656.

9 CSJ SP del 27 de sept de 2002, rad. 17680.

10 CSJ SP de 13 de julio de 2006, rad. No. 25627.

11 Los derechos a la igualdad, trabajo, mínimo vital, la salud, la vida, educación y seguridad social de menores y del núcleo familiar.

12 Folios 1 al 289 del cuaderno 1.

13 Corte Constitucional, sentencia SU 377 de 2014.

14 Peculado por apropiación

15 CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 41300; CSJ AP, 30 jul. 2014, rad. 38262; entre otras.

16 Ibídem