

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

Segunda instancia No. 51652

Acta No. 48

Bogotá, D. C., tres (03) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

La Corte resuelve los recursos de apelación interpuestos por la defensa técnica y el procesado Jimi Duván Zapata Vargas, contra la sentencia dictada por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia – Caquetá, mediante la cual condenó al procesado por los delitos de peculado por apropiación en favor de terceros y prevaricato por acción.

HECHOS

1. Durante los meses de agosto a noviembre de 2006, la abogada Mónica Patricia Rodríguez Ortega, como apoderada de docentes, radicó acciones de tutela ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes – Caquetá, presidido por Jimi Duván Zapata Vargas, reclamando a CAJANAL EICE el reconocimiento de la pensión gracia y todos los factores salariales, incluyendo retroactividad, reajuste e indexación.

En las demandas se alegó la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, en actuaciones administrativas adelantadas varios meses o años atrás ante CAJANAL EICE, entidad que les había negado el reconocimiento de ese derecho. Fueron radicadas en el Distrito Judicial de Florencia – Caquetá, pese a que los accionantes residían en su mayoría en Neiva – Huila y que en esta ciudad se habían producido también las

supuestas afectaciones.

2. El procesado Jimi Duván Zapata Vargas admitió las demandas y profirió los respectivos fallos judiciales, tutelando los derechos fundamentales invocados, así:

i. El 31 de agosto de 2006, la sentencia No. 002-06, en la que fungía como accionante Armando Enrique Ulloa García;

ii. El 12 de octubre de 2006, la identificada con el No. 004-06, favorable a Orlando Barragán Perdomo, Blanca Dolly López Figueroa y Jairo Vicente Molina Andrade; y,

iii. El 17 de noviembre de 2006, la tutela No. 007-06, presentada a nombre de José Rodrigo Bríñez Horta, Humberto Dussán Vivas, Hugo Alberto Pineda Cuñijo, Afranio Rengifo Machado y Nicolás Antonio Yepes Hernández.

En todos estos pronunciamientos, el procesado le ordenó a CAJANAL EICE «emitir las respectivas resoluciones conforme a derecho (...) desde el momento que (sic) adquirieron el derecho a la pensión gracia»¹, y hasta tanto se pronunciara sobre el particular la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

3. Se afirma que estas decisiones contrarían de manera manifiesta el ordenamiento jurídico, porque desconocieron los principios de subsidiariedad e inmediatez que rigen la acción de tutela e inobservaron otros parámetros para la procedibilidad de la acción de reclamación

de la pensión gracia, permitiendo así la apropiación de recursos públicos por valor de \$274'746.738,58.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Por estos hechos cursó en la Fiscalía la investigación No. 181-59746, a la cual se acumularon las identificadas con los números 181-59772 y 181-60041, por tratarse del mismo sujeto activo y existir entre ellas relación en cuanto al lugar, modo y tiempo de ejecución de las presuntas conductas punibles², conforme a lo previsto en los artículos 89 y 90 de la Ley 600 de 2000. El investigado rindió indagatoria en distintas oportunidades³ y su situación jurídica fue resuelta mediante decisiones del 3 de octubre de 2012 y 21 de julio de 2014⁴.

El 9 de octubre de 2014, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia – Caquetá, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de Jimi Duván Zapata Vargas, como presunto autor de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación en favor de terceros⁵, decisión que fue objeto de los recursos de reposición y apelación. Al resolver el primero, el Fiscal delegado ante el Tribunal no repuso⁶. Y al definir el segundo, la Fiscalía Cuarta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión, mediante resolución del 21 de agosto de 2015⁷.

2. Ante la Sala Única del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Florencia – Caquetá se surtió el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000⁸. El 27 de julio de 2016 se adelantó la audiencia preparatoria⁹ y el 16 de junio de 2017 se llevó a cabo la audiencia de juicio oral¹⁰.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El 26 de septiembre de 2017, la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia – Caquetá condenó a Jimi Duván Zapata Vargas por los delitos de peculado por

apropiación en favor de terceros y prevaricato por acción, imputados en la resolución de acusación en condición de Juez Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes, de ese distrito judicial.

Luego de reseñar la calificación jurídica, los alegatos de cierre de los sujetos procesales y de referirse a los principios de subsidiariedad e inmediatez que rigen la acción de tutela, concluyó que el procesado incurrió en la conducta de prevaricato por acción en sus componentes objetivo y subjetivo, al haber proferido los fallos de tutela 002-06 del 31 de agosto de 2006, 004-06 del 12 de octubre de 2006 y No. 007-06 del 17 de noviembre de 2006, en contra de CAJANAL EICE.

Para el Tribunal a quo, estas decisiones son manifiestamente contrarias a la ley, porque desconocieron que los actores disponían de otro mecanismo judicial para la defensa de sus pretensiones pensionales desconocidas -presuntamente- por la referida entidad, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo que debió declarar improcedentes las acciones de tutela.

En esos fallos, tampoco se analizó si el ejercicio de las tutelas procedía como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y corroborar, de ser así, la existencia del referido perjuicio y si había otro medio eficaz para proteger los derechos conculcados. Igualmente debió verificar si para cada accionante era procedente un «trato privilegiado» ante eventuales condiciones de debilidad manifiesta.

Para el Tribunal, el acusado quebrantó también «en forma protuberante» el principio de inmediatez, al haber decidido de fondo las acciones de tutela, pese a que eran improcedentes, pues en sus anexos se advertía que los presuntos hechos generadores de afectación a derechos fundamentales ocurrieron varios años atrás, y no se justificaba la intervención del juez constitucional para la protección inmediata de derechos fundamentales.

En cuanto al elemento subjetivo de la conducta, el Tribunal lo dedujo de una «suma de circunstancias» contenidas en las pruebas del proceso, como que el funcionario obró sin competencia para conocer las demandas de tutela, pues ninguno de los accionantes tenía domicilio en el municipio de Belén de los Andaquíes y, de hecho, la mayoría «ni siquiera» residía en el departamento del Caquetá.

Adicionalmente, la primera instancia refirió que el procesado contaba para la fecha de los hechos con suficiente experiencia profesional y recorrido académico, y aun así, no incluyó motivación alguna con respecto al principio de inmediatez; expuso una motivación insuficiente sobre el presupuesto de subsidiariedad; tuteló el derecho a la igualdad sin realizar el respectivo test de proporcionalidad; reconoció prerrogativas sin que los demandantes tuvieran el derecho, y días después, cambió su tesis jurídica sobre el particular.

En un acápite separado, denominado «la prueba del ánimo corrupto», el a quo indicó que, en relación con el punible de prevaricato por acción, adicional a verificarse la tipicidad objetiva y subjetiva «también se debe acreditar que la finalidad última del servidor judicial estaba dirigida a favorecer un acto de corrupción», a socorrer intereses propios o ajenos, circunstancia que ocurrió en este caso -a juicio del Tribunal- por la intención del procesado de beneficiar a la apoderada judicial de los tutelantes.

Precisó que la apoderada Mónica Patricia Rodríguez Ortega eligió el juez que iba a conocer de las tutelas, al presentarlas ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes, pudiendo hacerlo en otro despacho de más fácil acceso, como en Florencia, donde ella residía. Así mismo, que la abogada es hija de la Magistrada del Tribunal de Florencia Diela Hortencia Luz Marina Ortega Castro, quien «intervino en el nombramiento del Dr. Zapata Vargas como funcionario judicial y en el cargo en el que, precisamente, se perpetraron las conductas de reproche».

Para el Tribunal, en el proceso quedó acreditado no solo que el acusado conocía a la abogada que presentó las tutelas, «sino también al papá de ella y abogado sustituto en esos trámites constitucionales» -q.e.p.d.-11, quien fue la persona que los relacionó personalmente, previo a que se interpusieran dichas demandas. También, que el acusado «era consciente de que se trataba de una hija de una magistrada integrante de la corporación que, para ese entonces, era su superior jerárquico y funcional e hizo Sala Plena cuando fue elegido, por ascenso, para el aludido cargo...»; y que «sabía muy bien que debía conservar [su cargo] y alimentar con actitudes de reciprocidad, en tanto su estabilidad laboral podría depender de ello».

En relación con el comportamiento punible de peculado por apropiación en favor de terceros, el juez a quo aludió al fallo de tutela No. 004-06 del 12 de octubre de 2006, proferido por el acusado, en cumplimiento del cual CAJANAL EICE le reconoció pensión gracia al docente Orlando Barragán Perdomo. Según expuso, con ocasión de esta tutela, también le cancelaron mesadas pensionales atrasadas, aunque el acto administrativo de reconocimiento fue posteriormente «blanco de decaimiento jurídico» por orden de la UGPP, debido a que el accionante no acudió ante la jurisdicción ordinaria en el término dado por el juez de tutela.

Para el Tribunal, el mencionado tipo penal se configuró teniendo en cuenta la prueba documental obrante en el expediente sobre los desembolsos hechos como consecuencia del fallo de tutela, e igualmente, que el procesado contaba con «determinada disponibilidad jurídica» con ocasión del cargo de juez, en relación con los recursos del Estado, a efectos de darles una destinación específica.

La tipicidad subjetiva del peculado por apropiación en favor de terceros la dedujo de, (i) la experiencia profesional y académica del acusado, (ii) haber adoptado la decisión sin competencia, (iii) haber omitido motivar el principio de inmediatez, (iv) no haber sustentado suficientemente el presupuesto de subsidiariedad, (v) haber tutelado el derecho a la

igualdad sin efectuar un test de proporcionalidad, (vi) reconocer derechos que los demandantes no tenían y haber cambiado días después la tesis jurídica.

En definitiva, luego de argumentar que todos los jueces conocen de acciones de tutela y pueden acceder al material de consulta para aplicar debidamente los institutos que la rigen, que el incumplimiento de los presupuestos de subsidiariedad e inmediatez no eran difíciles de advertir en los casos que resolvió el acusado, y que el principio de congruencia no se vulneró dado que la decisión adoptada se encontraba acorde a los términos descritos en la resolución de acusación, el Tribunal concluyó que la Fiscalía había acreditado la responsabilidad penal del acusado por los delitos de peculado por apropiación en favor de terceros y prevaricato por acción.

En consecuencia, le impuso al procesado las penas principales de 96 meses de prisión, multa de \$412'120.107, 87, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas «por similar término de la pena aflictiva de la libertad».

Ordenó, igualmente, la pérdida del cargo público e inhabilidad permanente en los términos del artículo 122 de la Carta Política, así como el pago de indemnización de perjuicios por daño emergente y lucro cesante a favor de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, en cuantía de \$1'207.033.473,05; y, dejar sin efectos jurídicos «las resoluciones expedidas por CAJANAL EICE, números 35650 del 26 de julio de 2007 (...) 60280 del 22 de noviembre de 2006 (...) y 50841 del 28 de septiembre de 2006 (...)»¹² y negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria.

LAS IMPUGNACIONES

Del apoderado judicial del acusado

1. Solicitó declarar la nulidad del proceso por violación al principio de congruencia entre la

resolución de acusación y el fallo. A su juicio, la primera instancia trató de enmendar los errores cometidos por la Fiscalía con argumentaciones nuevas y propias, «soslayando» el núcleo fáctico, probatorio y jurídico de la acusación, incluyendo su motivación que es carga del órgano persecutor y no del juez de primera instancia¹³.

Luego de transcribir apartes de la resolución de acusación, indicó que el juez a quo se había pronunciado sobre asuntos que allí no obraban y debieron estarlo a efectos de garantizar el derecho de defensa, en concreto, sobre (i) la falta de competencia; (ii) el derecho a la igualdad en relación con otros docentes no tutelantes; (iii) el fallo de tutela No. 006-06 proferido el 20 de noviembre de 2006; y, (iv) el ánimo corrupto en el actuar del procesado.

Adicionalmente, refirió que en la sentencia de primera instancia se hizo «todo un despliegue» en relación con el delito de peculado por apropiación, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, pese a que «nunca fue indagado», sino que en la resolución de acusación se hicieron alusiones lacónicas y débiles sobre el particular, que fueron suplidas por el Tribunal a efectos de proferir sentencia condenatoria por ese delito.

2. Indicó que, de no prosperar la solicitud de nulidad, presentaba argumentos donde «enseña su disenso» a los temas tratados en el fallo de primera instancia. En concreto, aludió a los principios de subsidiariedad e inmediatez que rigen la acción de tutela -arts. 6 y 8 del Dto. 2591 de 1991-, para concluir que no era posible acreditar en este caso la tipicidad objetiva y subjetiva del delito de prevaricato por acción.

Sobre el principio de subsidiariedad, señaló que no era absoluta ni pacífica la tesis de la improcedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales, sino que procedía de manera excepcional. Para tal efecto, transcribió jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, indicando que eran procedentes los asuntos tramitados por el procesado y no se podrían considerar estos fallos como

manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico.

Y en lo que respecta a la inmediatez, refirió que el acusado sí presentó argumentos puntuales en los fallos sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta que, (i) existían otros derechos de los accionantes que se encontraban en peligro, (ii) para ese momento no se tenía un criterio definido sobre el concepto de «tercera edad» de los accionantes, y (iii) debido al tiempo de respuesta prolongado de los procesos ordinarios. Concluyó que las decisiones no podrían calificarse de arbitrarias o caprichosas.

De otro lado, aludió a las consideraciones del fallo de instancia sobre el ánimo corrupto en el delito de prevaricato por acción. Expuso que no fue un tema abordado por la Fiscalía en la resolución de acusación, no existe prueba alguna que acredite dicha circunstancia en este proceso, y no es posible predicar una «obligada concurrencia» para todos los casos teniendo, en cuenta que no ha sido un tema pacífico en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹⁴.

Aludió que para el delito de prevaricato por acción no es obligatorio acreditar en cada caso la existencia de un móvil o interés particular, sino que su componente subjetivo exige que el servidor público haya tenido conciencia y voluntad de proferir una decisión contraria a derecho. En ese sentido, el apoderado de la defensa cuestionó los señalamientos hechos por el Tribunal en relación con las decisiones adoptadas por el acusado y el supuesto interés de favorecer a la abogada de los accionantes en los procesos de tutela.

Para el abogado defensor, el juez a quo dedujo el supuesto favorecimiento del hecho que el acusado y la apoderada de los accionantes se conocían en persona, e igualmente a los familiares de ella -papá, mamá y tíos-, pese a que las relaciones personales y de índole laboral son comunes en regiones del país como Florencia, Belén de los Andaquíes, Puerto Rico u otros municipios del Caquetá, según expuso, sin que esto implique la existencia de

actos de corrupción.

Cuestionó que en la sentencia se haya dicho que la Magistrada del Tribunal de Florencia Diela Hortencia Luz Marina Ortega Castro, es mamá de la abogada Mónica Patricia Rodríguez Ortega, quién apoderó a los accionantes, sin acreditar la existencia de algún tipo de tráfico de influencias -u otro delito- entre dicha funcionaria y la nominación de jueces en el ese distrito judicial, incluyendo algún tipo de injerencia en el cargo que ostentaba el procesado como juez para beneficiar con sus decisiones a la abogada litigante que presentó las tutelas.

Finalizó aludiendo a los requisitos para proferir sentencia condenatoria, establecidos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, para indicar que no se acreditaron en esta actuación, porque las decisiones fueron proferidas bajo «una postura interpretativa» sobre la naturaleza de la pensión gracia y sus beneficiarios, asunto que no ha sido pacífico en la jurisprudencia de las altas cortes, y que tampoco contrariaron de manera ostensible el ordenamiento jurídico ni fueron decisiones caprichosas o arbitrarias, por lo que solicitó revocar la sentencia condenatoria y absolver al procesado.

Del acusado Jimi Duván Zapata Vargas, en ejercicio de su defensa material

Rememoró su trayectoria profesional desde cuando laboró en la Fiscalía General de la Nación hasta su vinculación como juez en distintos juzgados del departamento del Caquetá, incluyendo los periodos en que fue Juez Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes, en provisionalidad, y el cargo que en la actualidad ostenta como juez en propiedad. Igualmente, aludió a los títulos académicos que ha obtenido en derecho penal.

Afirmó que si bien la abogada Mónica Patricia Rodríguez Ortega es hija de la Magistrada del Tribunal de Florencia Diela Hortencia Luz Marina Ortega Castro, quien participó en la Sala Plena que lo designó en «diferentes oportunidades» como juez en provisionalidad, éste era un evento que no había incidido en las decisiones que profirió, teniendo en cuenta que las

fechas de los primeros nombramientos son distintas a los hechos de este proceso, y porque fueron otros magistrados quienes postularon su nombre para esos cargos.

Aunque en los distintos niveles de la Rama Judicial existe la facultad de postular nombres para ocupar cargos en provisionalidad, esto no significa que los funcionarios nombrados adopten decisiones para «congraciarse» con quien los nominó¹⁵. Además, el cargo de Juez Único Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes, que ostentó para la fecha de los hechos, era en provisionalidad, por lo que su permanencia en el mismo únicamente podía verse comprometida por la lista de elegibles de funcionarios en carrera.

Describió la forma como estaba organizado su despacho en Belén de los Andaquíes¹⁶, precisando que los autos admisorios de tutelas estaban a cargo del oficial mayor y, «en algunos casos», del secretario, como lo declararon estos funcionarios en el proceso. Y en relación con la competencia, indicó que las admisiones de las tutelas no fueron estudiadas de forma juiciosa por él ni por la persona que los elaboró, y que solamente «se limitó a firmar» los autos, pero no de forma deliberada o corrupta.

Señaló que no realizaba una revisión exhaustiva de estos trámites porque asumía que todos los jueces eran competentes para conocer de las acciones de tutela radicadas en sus despachos y que para ese momento desconocía la jurisprudencia citada por el Tribunal en el fallo de primera instancia. Dicho desconocimiento lo sustentó en que solo se ocupaba de los procesos penales. Confió las admisiones de las tutelas a los empleados del despacho¹⁷, se basó únicamente en la jurisprudencia citada por la «maliciosa y malintencionada abogada» demandante y, no tenía herramientas tecnológicas para actualizar su conocimiento¹⁸.

En cuanto a la subsidiariedad de las acciones de tutela, reiteró que el «único argumento» que expuso en los fallos objeto de reproche fue el tiempo que demoraba un proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo -no menos de cuatro (4) años-, lo cual, a su

juicio, es un hecho notorio. No obstante, precisó: «cierto es que no se hizo todo el análisis que sí hizo el magistrado ponente en el fallo», «no por capricho, sino porque como bien lo he confesado, no sabía de acciones constitucionales con la rigurosa técnica que agota el magistrado ponente en la condena».

Añadió que en su ejercicio profesional no era habitual el conocimiento de acciones de tutela donde se exigiera aplicar los criterios de competencia y subsidiariedad, y que, en el caso concreto, que ante la premura de proferir las respectivas decisiones optó por proyectar el primer fallo, basado solamente en la jurisprudencia allegada por la demandante, «sin realizar mayor estudio», mientras que las demás sentencias las elaboró el oficial mayor del juzgado tomando como base esa primera decisión.

Con respecto al principio de inmediatez, aseguró que «ni siquiera» fue un tema tratado en los fallos objeto de acusación, debido a su desconocimiento e inexperiencia sobre estas acciones constitucionales, y aunque en efecto «las tutelas eran improcedentes» en atención a dicho principio, requirió considerar que se trató de fallos «producto de la ignorancia, el descuido y la ligereza, más no producto de acto premeditado y corrupto».

Finalmente, el acusado aludió a otros temas abordados en el fallo de primera instancia, como el derecho a la igualdad y su amparo en sede de tutela, precisando que consignó en las decisiones afirmaciones desprovistas de argumentación «tanto fáctica como jurídica», y que además, acudió a la figura de la vía de hecho sin tener claro dicho concepto, circunstancias ocurridas como consecuencia de la falta de experiencia, la alta carga laboral y la premura por los términos, sin mediar algún tipo de interés.

En el fallo de tutela No. 006-06 de noviembre 20 de 2006, sí buscó razones para declararlo improcedente, «pues ya era la cuarta tutela sobre el mismo tema y por la misma abogada», situación que lo «estaba preocupando» y le causó indignación al haber sido inducido en error por parte de dicha apoderada. En consecuencia, buscó jurisprudencia sobre el

agotamiento de recursos internos, evento que no ocurrió en los otros fallos porque, refirió, fueron elaborados con base en la primera decisión que él mismo sustanció días atrás¹⁹.

Sobre las referencias al ánimo corrupto descritos en el fallo del Tribunal, anotó: «yo admito que me equivoqué». También afirmó que no lo hizo mediado por factores como la permanencia en el cargo como juez, los familiares de la abogada que trabajaban en la administración de justicia²⁰ o en el litigio ante distintos despachos judiciales del Caquetá, y que siempre ha obrado con «honestidad, honorabilidad y responsabilidad».

Para el acusado, el juez a quo incurrió en errores en la valoración de la prueba que acreditaba el presunto ánimo de favorecer a la abogada que presentó las tutelas. Estima que del expediente no es posible confirmar una relación entre los fallos de tutela que profirió y su nombramiento en provisionalidad por parte del Tribunal, o que la abogada o algún accionante haya incidido ante servidores del despacho judicial para favorecer su trámite.

Adicionalmente, contravirtió la decisión de primera instancia de imponerle pena de multa, pues, en su concepto, los dineros que fueron pagados a uno de los accionantes son recobrables por parte de CAJANAL EICE, mediante el descuento por nómina, y los actos administrativos que ordenaron dichos pagos ya no tienen efectos como consecuencia de distintas órdenes judiciales. Además, no puede «sancionarse dos veces por el mismo monto», al no ser dineros de los cuales él se haya apropiado y que la entidad está en capacidad de recuperar.

Y en cuanto a la indemnización de perjuicios por daño emergente y lucro cesante en favor de CAJANAL EICE, añadió que el Tribunal lo condenó «por el presunto pago» que hizo la entidad a los docentes que presentaron las acciones de tutela, «violando el principio de consonancia o congruencia entre la acusación y la sentencia», pues, según dijo, la Fiscalía lo acusó únicamente por el pago a uno (1) de los accionantes, y «precluyó la investigación en relación con los demás docentes que fueron accionantes dentro de las tutelas falladas».

CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos a los autos y sentencias que profieran en primera instancia los tribunales superiores de distrito judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75.3 de la Ley 600 de 2000.

El pronunciamiento en esta instancia comprenderá los temas planteados en los recursos de apelación y los que estén inescindiblemente vinculados a su objeto, en atención al principio de limitación funcional contenido en el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

En primer término, se abordará el estudio de la irregularidad planteada por el abogado defensor del juez Jimi Duván Zapata Vargas, por incongruencia, no porque su eventual prosperidad conduzca a la nulidad, como equivocadamente lo plantea la defensa, sino porque ello implicaría determinar si la sentencia se mantiene sin las novedades fácticas que, se afirma, fueron incluidas indebidamente en la sentencia.

2. Incongruencia

El apoderado judicial del acusado la fundamenta en que (i) el Tribunal se pronunció sobre temas que no hacen parte de la resolución de acusación, y (ii) analizó el delito de peculado por apropiación en favor de terceros en sus aspectos objetivo y subjetivo, pese a que «nunca fue indagado».

La Sala, en su jurisprudencia, ha precisado que el acto de acusación limita la competencia del juez para pronunciarse sobre los hechos con relevancia penal allí contenidos, por lo que debe existir una necesaria congruencia entre la acusación y la sentencia²¹. Dicho criterio

viene aplicándose tanto en procesos adelantados bajo el régimen procesal de la Ley 600 de 2000 como de la Ley 906 de 2004²².

No sobra reiterar que el principio de congruencia es una garantía del debido proceso, orientada salvaguardar su estructura conceptual y hacer efectivo el derecho de defensa, pues no podría condenarse al procesado por hechos que no obren en la acusación y frente a los cuales no ejerció el derecho de defensa y contradicción²³.

Este principio se extiende a los elementos personal, fáctico y jurídico de la acusación. Respecto de los primeros, se exige absoluta consonancia, razón por la que es conocida como congruencia estricta²⁴, mientras que, respecto del jurídico, la jurisprudencia acepta cierta flexibilidad, bajo determinadas condiciones.

El primer reproche, consiste en que el Tribunal a quo fundamentó la condena por el delito de prevaricato por acción con temas no contenidos en la acusación, a saber, (i) la falta de competencia del juez Zapata Vargas para tramitar las tutelas; (ii) el derecho a la igualdad en relación con otros docentes no tutelantes; (iii) el fallo de tutela No. 006-06 que profirió el acusado el 20 de noviembre de 2006; y, (iv) el presunto ánimo corrupto de dicho funcionario.

De entrada, la Sala advierte que estas motivaciones, contenidas en la sentencia de primera instancia, no alteran el núcleo básico o esencial de la acusación respecto del referido delito, cuyos hechos jurídicamente relevantes quedaron consignados en la resolución que calificó el mérito del sumario, en los siguientes términos:

«Entre los meses de agosto, octubre y noviembre de 2006, los docentes (...) interpusieron (...) acción de tutela en contra de CAJANAL EICE.

Con ellas reclamaron ante el Juez Promiscuo del Circuito de Belén de los Andes: Jimi Duván Zapata, el reconocimiento de la pensión gracia junto con todos los factores

salariales (retroactividad, reajuste e indexación), invocando la violación al debido proceso y a la igualdad.

Por lo tanto, el juez tuteló mediante sentencias del 31 de agosto; 12 de octubre y 17 de noviembre de 2006, los derechos reclamados hasta que la jurisdicción de lo contencioso administrativo determine en definitiva. En consecuencia se ordenó a CAJANAL “emitir las respectivas resoluciones conforme al derecho y acorde a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, desde el momento que adquirieron el derecho a la pensión gracia”»²⁵

Subrayas fuera del texto

Como se observa, el ente investigador precisó que el juez Jimi Duván Zapata Vargas profirió tres (3) sentencias de tutela los días 31 de agosto, 12 de octubre y 17 de noviembre de 2006, amparando derechos fundamentales a unos docentes, y que, aparejado a este amparo, ordenó a CAJANAL EICE proferir actos administrativos a efecto de restablecer los derechos que les habían sido presuntamente vulnerados y proceder al pago de la pensión gracia. Dichas decisiones fueron reprochadas en la acusación como prevaricadoras.

En esencia, este relato constituye el núcleo fáctico de la acusación, el cual no se modifica o altera con las argumentaciones expuestas en el fallo de primera instancia, a las que alude el apoderado de la defensa, pues se mantiene inalterada la indicación del autor de las conductas punibles, su condición de servidor público, las providencias judiciales censuradas y su naturaleza prevaricadora.

En relación con los restantes elementos que integran el principio de congruencia, tampoco se presentó modificación. Ya se dijo que la persona condenada es la misma contra la cual se dirigió la acusación -elemento personal- y en el fallo no se aludió de algún modo a una eventual circunstancia que hiciera variar la calificación jurídica de la conducta - elemento jurídico-.

Es importante precisar que el principio de congruencia no puede entenderse «como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre los juicios de acusación y el fallo, sino como una garantía de que el proceso transita alrededor de un eje conceptual fáctico – jurídico que le sirve como marco y límite de desenvolvimiento y no como atadura irreductible»²⁶, aspectos que se observan debidamente atendidos en este proceso.

La acusación señaló que mediante la acción de tutela no era dable el reconocimiento de derechos laborales, imponiendo cargas patrimoniales a la entidad accionada, puesto que esto contrariaba el ordenamiento jurídico, lo cual resulta consonante con los temas tratados en las diferentes indagatorias vertidas por el implicado, sobre el factor competencia, el presupuesto de subsidiariedad, el presupuesto de inmediatez, el perjuicio irremediable, la tutela como mecanismo transitorio, la igualdad, el debido proceso, las razones del pago con retroactividad e indexación, etc., con miras a establecer si la decisión judicial contrariaba de manera manifiesta el ordenamiento jurídico.

Esto muestra que la decisión de primer grado se mantuvo en los límites demarcados en la acusación, sin que la consonancia signifique que el funcionario judicial queda limitado a los referentes y argumentos probatorios de la acusación, sin poder enriquecerla con otros referentes abordados en la actuación, debidamente demostrados en el debate probatorio, lo cual es conforme a la naturaleza progresiva del proceso.

El segundo reparo sobre el cual descansa la solicitud de nulidad por desconocimiento del principio de congruencia, radica en que el Tribunal se pronunció en el fallo de primera instancia sobre el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, pese a que «nunca fue indagado» sobre el particular. Al respecto, bastaría recordar que esta Corporación ya definió la improcedencia del decreto de nulidad por este motivo, con base en una postulación idéntica, en curso de la audiencia preparatoria²⁷.

Con el fin, sin embargo, de abundar en razones, es importante precisar que desde la versión

libre el procesado fue preguntado por los elementos fácticos relevantes de la configuración de ese tipo penal y que desde entonces tuvo la oportunidad de exponer argumentos defensivos frente a esta modalidad comportamental²⁸.

En la indagatoria vertida el 16 de agosto de 2012, luego de que el vinculado se refiriera a las razones por las cuales accedió a tutelar, al hacerse alusión, entre otras acciones, a la iniciada por ORLANDO BARRAGÁN PERDOMO, se le puso de presente la inviabilidad de ordenar indexación por ese medio²⁹, y también dio explicaciones sobre el cumplimiento de la entidad accionada, es decir, en relación con el pago de las mesadas pensionales³⁰.

También en la ampliación de indagatoria del 3 de octubre de 2013, después de contextualizarse en relación con las acciones de tutela promovidas por la abogada que representaba los intereses del mencionado accionante, indicó que solo sabía del pago de lo ordenado a DUSSAN VIVAS. De manera concreta afirmó que desconocía si había ocurrido lo mismo con ARMANDO ENRIQUE ULLOA, y esgrimió razones generales tanto en ese caso, como en los demás, por las que, a su juicio, no habría detrimento patrimonial.³¹

Finalmente, ante las respuestas del indagado orientadas a explicar por qué consideraba que no había tomado decisiones manifiestamente contrarias a la Ley, y que con ellas no había afectado el erario público en favor de terceros, pues, en todo caso, no administraba recursos, al término de la diligencia fue preguntado por su responsabilidad frente a los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación en favor de terceros que se le imputaban, manifestando que se declaraba inocente.³²

En esas condiciones, la Sala no detecta la incorrección alegada, pues materialmente el implicado desde su primera salida procesal, y durante todo el proceso, ha sabido clara y específicamente que la pretensión punitiva no solamente giró en torno al delito de prevaricato por acción, sino también con respecto al de peculado por apropiación en favor de terceros, por lo que no es acertado afirmar que se haya conculcado el principio de

congruencia y por esta vía el debido proceso y los derechos de defensa efectiva y contradicción.

Aunque, en estricto sentido, no se discutió la debida atribución fáctica o jurídica en la resolución de acusación, de todos modos, al examinar esa pieza procesal se evidencia que se cumplió con las exigencias para la convocatoria a juicio, pues se explicó, con suficiencia, que el acusado mediante la sustracción a los principios que rigen la acción de tutela, propició que el señor ORLANDO BARRAGÁN PERDOMO se hiciera a recursos públicos, detallando las sumas obtenidas y la documental que soporta ese supuesto de hecho.

Estos aspectos ni siquiera fueron discutidos en los recursos ordinarios de reposición y apelación interpuestos contra esa decisión, sino que fueron retomados después para esgrimir la nulidad con fundamento en que <<nunca se indagó por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros>>.

En definitiva, por resultar totalmente infundados los cuestionamientos por incongruencia presentados por el apoderado de la defensa, se procederá al estudio de los demás temas objeto de los recursos de apelación en este proceso.

3. Consideración preliminar

A primera vista, pareciera discrepante la tesis de la defensa técnica y material del procesado Jimi Duván Zapata Vargas, en relación con el ingrediente normativo del prevaricato por acción, pues para la primera su procurado no contrarió ostensiblemente el ordenamiento jurídico, mientras que la segunda esgrimió que se había equivocado por ignorancia o inexperiencia en cuanto a las acciones de tutela, sin embargo, el procesado no admite que el yerro pueda calificarse como protuberante.

Realmente lo que se observa es que desde diversos prismas abordaron los presupuestos del tipo penal, para cuestionar su configuración, pues, de un lado, la defensa técnica lo hizo de

manera integral y enfatizando en el aludido ingrediente normativo y, de otro, la defensa material se contrajo a aducir razones subjetivas por las cuales incurrió en el desacierto, pero, reitérese, sin admitir que fuera ostensible.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala estudiará las censuras a partir de los argumentos tanto de la defensa técnica como material, pues, conforme con la Corte Constitucional, ha de entenderse que éstas «no son excluyentes sino complementarias»³³.

4. Respuesta a los recursos de apelación

4.1. El delito de prevaricato por acción

El artículo 413 de la Ley 599 de 2000 consagra el tipo penal de prevaricato por acción, en los siguientes términos:

“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.”

Por tanto, son elementos objetivos del tipo penal: (i) un sujeto activo calificado, servidor público, (ii) que profiera una resolución, dictamen o concepto, y (iii) que la decisión tomada sea manifiestamente contraria a la ley.

En este proceso no existe discusión sobre la calidad de servidor público de Jimi Duván Zapata Vargas para la fecha de los hechos, pues obra en el expediente la documentación de su nombramiento en provisionalidad como Juez Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes – Caquetá, que hiciera el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia – Caquetá, y su posterior posesión ante la autoridad administrativa correspondiente³⁴.

Del mismo modo -siguiendo con los elementos objetivos del tipo penal-, no se cuestiona que dicho funcionario profirió las sentencias de tutela No. 002-06 de 31 de agosto de 2006, 004-06 de 12 de octubre de 2006 y 007-06 de 17 de noviembre de 2006, en ejercicio del referido cargo y que obran en el expediente³⁵, decisiones que fueron señaladas por la Fiscalía de prevaricadoras, por ser manifiestamente contrarias a la ley.

Ahora bien, el alcance de este ingrediente normativo de la conducta (que sea manifiestamente contraria a la ley), ha sido precisado por la jurisprudencia de la Corte de la siguiente manera:

«...para que la actuación pueda ser considerada como prevaricadora, debe ser “ostensible y manifiestamente ilegal,” es decir, “violentar de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma”, dependiendo siempre de su grado de complejidad, pues resulta comprensible que del grado de dificultad para la interpretación de su sentido o para su aplicación dependerá la valoración de lo manifiestamente ilegal, de allí que, ciertamente, no puedan ser tenidas como prevaricadoras, todas aquellas decisiones que se tilden de desacertadas, cuando quiera que estén fundadas “en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso”.

Se concluye, entonces, que para que el acto, la decisión o el concepto del funcionario público sea manifiestamente contrario a la ley, debe reflejar su oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo.»³⁶

En torno a su determinación y comprobación, la Sala ha considerado que en esta labor deben tenerse en cuenta no solo los fundamentos jurídicos o procesales consignados por el funcionario judicial en la decisión tildada de prevaricadora, o la ausencia de estos, sino también las circunstancias en las cuales fueron proferidas y los elementos de juicio con los

que contaba para ese momento el servidor público³⁷.

Del proceso en examen se extrae lo siguiente:

En el texto de la demanda de tutela, se dijo: «...la Caja Nacional de Previsión Social, mediante Resolución No. 007397 de 04 de mayo de 2000, cuyas copias se anexan, proferida por la Subdirección de Prestaciones económicas, negó el reconocimiento de la pensión gracia al señor Armando Enrique Ulloa García, la cual fue apelada ante la Oficina Jurídica de la misma Entidad quien confirmó en anterior pronunciamiento...»³⁹.

Como anexo a la demanda, obra el mencionado acto administrativo, mediante el cual le fue negado el derecho al accionante, junto con otras decisiones proferidas por CAJANAL EICE donde le reconocía del derecho a otros docentes⁴⁰. Igualmente, se evidencia que el poder para dicho trámite fue autenticado ante el «Notario Primero del Círculo de Neiva»⁴¹ - Huila.

2. También obra en el expediente el fallo de tutela de 12 de octubre de 2006 (No. 004-06), cuyos accionantes fueron Orlando Barragán Perdomo, Blanca Dolly López Figueroa y Jairo Vicente Molina Andrade, apoderados por la misma abogada. Allí, de igual forma, solicitaron el reconocimiento de la pensión gracia, luego que el CAJANAL EICE determinara que no tenían ese derecho.

De las pruebas obrantes en ese trámite, según la relación hecha en el propio fallo de tutela, se precisa que respecto de Orlando Barragán Perdomo fue allegada la «...Resolución 003212 del 29 de junio de 2001, a través de la cual la Caja Nacional de Previsión Social resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la resolución 019590 del 8 de septiembre de 2000, que negó la pensión gracia (...), confirmando tal decisión»⁴².

Asimismo, en relación con Blanca Dolly López Figueroa, para el estudio de su caso obró como documento la «...Resolución 26427 del 10 de mayo de 2006, a través de la cual la

Caja Nacional de Previsión Social niega la pensión gracia...»⁴³.

Y en cuanto a Jairo Vicente Molina Andrade, según lo relacionado en la referida decisión judicial, fue anexada la «Resolución 000061 del 17 de enero de 2000, a través de la cual la Caja Nacional de Previsión Social, confirma las resoluciones 008981 del 21 de julio de 1999 y 012147 del 6 de octubre de 1999, proferidas por la Subdirección General de Prestaciones Económicas, a través de las cuales se niega el reconocimiento de la pensión gracia (...)»⁴⁴.

3. El último proceso de tutela culminó con el fallo del 17 de noviembre de 2006 (No. 007-06), donde obraron como accionantes José Rodrigo Briñez Horta, Humberto Dussán Vivas, Hugo Alberto Pineda Cujiño, Afranio Rengifo Machado y Nicolás Antonio Yepes Hernández, e intervino la misma apoderada judicial reclamando la pensión gracia que fuera negada por CAJANAL EICE.

De los documentos relacionados en el acápite de pruebas del fallo de tutela, en relación con José Rodrigo Briñez Horta, hizo parte la «Resolución 06638 expedida por la Caja Nacional de Previsión Social por la cual niega el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación (...)»⁴⁵. No fue señalado en el fallo la fecha del acto administrativo.

En relación con Humberto Dussán Vivas, hizo parte del proceso de tutela, según lo relacionado en dicha decisión, la «Resolución No. 005193 expedida por la Caja Nacional de Previsión Social por la cual niega el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación (...)»⁴⁶. Tampoco fue señalada en el fallo la fecha del acto administrativo.

Con respecto a Hugo Alberto Pineda Cujiño, se allegó la «Resolución No. 17654 de la Caja Nacional de Previsión por medio de la cual niega el reconocimiento y pago de pensión de jubilación (...)»⁴⁷, según lo descrito en el fallo judicial. Igualmente, se omitió señalar en el fallo la fecha ese acto administrativo.

De Afranio Rengifo Machado, hizo parte del trámite de tutela la «Resolución 25087 del 22 de noviembre de 2004, a través de la cual la Caja Nacional de Previsión Social, confirma la resolución No. 4741 del 27 de febrero de 2004, proferida por la Subdirección General de Prestaciones Económicas, a través de las cuales se niega el reconocimiento de la pensión gracia...»⁴⁸.

Y de Nicolás Antonio Yepes Hernández, según la relación hecha en el acápite de pruebas del fallo de tutela, fue allegada la «Resolución ACEMG de 33232 del 12 de julio de 2006, a través de la cual la Caja Nacional de Previsión Social (...) niega el reconocimiento y pago de la pensión gracia...»⁴⁹.

4. En las acciones de tutela descritas en precedencia (Nos. 002-06, 004-06 y 007-06) y que son objeto de la presente actuación, el procesado consignó -entre otras-, las siguientes consideraciones:

«...está claramente definido que la acción de tutela es un medio de protección de los derechos de los asociados, cuando resulten vulnerados o inminentemente amenazados por la acción u omisión de cualquier entidad o persona, siempre que no exista otro mecanismo judicial o administrativo para hacerlos valer. Así se desprende del artículo 86 de nuestra Carta Magna y del Decreto 2591 de 1991 en su artículo primero».

Subrayas fuera del texto.

Ahora bien, una vez delimitados los anteriores elementos de juicio, con los que contaba el procesado Jimi Duván Zapata Vargas al momento de proferir las sentencias señaladas de prevaricadoras, cabe indicar que el apoderado judicial, en el recurso de apelación, argumentó la ausencia de tipicidad objetiva de la conducta, con base en que no se configuró el ingrediente normativo de manifiesta contrariedad con la ley.

Para dilucidarlo, debe empezar por verificarse si el funcionario al sentenciar contrarió, en

esa magnitud, los principios de subsidiariedad e inmediatez que rigen la acción de tutela. Así, de las normas que Zapata Vargas citó en los fallos, se tiene que el artículo 86 de la [Constitución Política](#) de 1991 señala expresamente que este tipo de acción constitucional «solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable»; por su parte, el Decreto 2591 de 1991, establece en sus artículos 6 y 8, lo siguiente:

Subsidiariedad: «Artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

(...)».

Inmediatez: «Artículo 8o. La tutela como mecanismo transitorio: aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

(...)».

Adicionalmente, la doctrina de la Corte Constitucional ha señalado de manera reiterada que la tutela es un instrumento de defensa judicial subsidiario y residual, con trámite preferente y sumario, con el cual es posible obtener el amparo inmediato de derechos fundamentales

vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares⁵⁰.

Estos insumos de orden constitucional, legal y jurisprudencial, vigentes para la fecha en que el procesado profirió las sentencias de tutela señaladas de prevaricadoras, están enfocados a establecer, sin equívoco alguno, que la acción de tutela no es un medio judicial alternativo, adicional o complementario⁵¹ de las vías ordinarias, no las reemplaza ni es una forma de controvertir las decisiones que allí se adoptan.

Se trata de normas con una arquitectura sencilla y, por lo mismo, de fácil comprensión. En consecuencia, soslayarlas u ofrecer cualquier argumentación para desatenderlas, configuraría, sin dificultad, una transgresión protuberante.

Aunque la defensa técnica esbozó que las tutelas objeto de acusación cumplían el presupuesto de subsidiariedad para su procedencia excepcional dirigida al reconocimiento de derechos pensionales, la Sala encuentra que este no fue un criterio que haya desarrollado Zapata Vargas en dichas providencias, sino que su actuar estuvo orientado a sustituir a las autoridades administrativas competentes y a los mecanismos judiciales ordinarios. Veamos:

- En la tutela de radicado No. 002-06, argumentó que debían tenerse en cuenta «los reglamentos pensionales» a los que estaba sometido el accionante, a quien la autoridad administrativa le había negado la pensión de jubilación gracia. Con esa orientación, precisó que era necesario sujetar el caso concreto al cumplimiento de las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y 91 de 1988, procediendo a aplicarlos al caso particular del demandante, concretamente, a su edad, tiempo de servicio y buen comportamiento en el ejercicio de sus labores.
- Estos mismos criterios los expuso en los sucesivos fallos No. 004-06 y 007-06, donde se definieron las demandas de 3 y 5 docentes, respectivamente, sin realizar un estudio caso a

caso, sino aplicando de manera general las leyes citadas en precedencia. Es decir que, en estas actuaciones, el acusado aplicó su consideración sobre el alcance de las normas que debían regir estos casos, reconociéndoles a los docentes un derecho que la autoridad competente había determinado que no tenían.

Según obra en el expediente, para CAJANAL EICE, como entidad administrativa competente para decidir sobre la pensión gracia, los docentes no cumplían los requisitos para acceder a este derecho, principalmente, porque eran catalogados como del orden nacional y solo aplicaba para docentes departamentales o municipales⁵². Estos docentes no acudieron oportunamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a demandar las resoluciones mediante las cuales les negaron el derecho.

De los fallos cuestionados se extrae que el funcionario judicial no consignó valoración alguna sobre el contenido de los documentos adjuntos a las demandas de tutela, donde se consignaba la argumentación de la entidad administrativa para negar el derecho a estos docentes y, por el contrario, reconocerlos en otros casos, a efectos de evidenciar -de alguna manera- que no se trató de decisiones en derecho, sino de efectivas afectaciones a derechos fundamentales o vías de hecho que legitimaran la intervención del juez de tutela.

En otras palabras, no presentó explicaciones que justificaran soslayar el aludido principio, por el contrario, en lugar de concentrarse en la procedencia de la acción de tutela, se abrogó roles que escapaban a la órbita del Juez Constitucional, para ingresar en terrenos de los requisitos específicos de la normatividad de seguridad social en pensiones, sobre lo cual hizo una farragosa y compleja elucubración que no le concernía, lo cual devela el interés de dar apariencia de legalidad a la decisión, desatendiendo los parámetros delineados para la procedencia de la acción constitucional.

Al extenderse en el contenido de esa normatividad tan específica, contradicen la tesis que ahora enarbolan, en cuanto a que el funcionario no tenía a su alcance la posibilidad de

nutrirse de los desarrollos jurisprudenciales sobre la acción de tutela, por carencia de recursos tecnológicos, pues estuvo en capacidad de hallar normas y jurisprudencia sobre un tema mucho más complejo, como ya se indicó, y adicionalmente porque solo unos días después -ante otras acciones de la misma especie-, según afirmó, <<buscó jurisprudencia sobre el agotamiento de recursos internos>>⁵³.

Además, así fuera cierto que la persona encargada de proyectar la admisión de las tutelas en su despacho hubiese soslayado un examen detallado de la competencia, y admitiendo que el acusado no revisó el tema en ese momento, causa extrañeza que, al momento de la sentencia, no le hubiera merecido importancia, al igual que los demás aspectos de la acción constitucional (subsidiariedad, inmediatez, perjuicio irremediable), pero sí un aspecto totalmente ajeno a su órbita, pese a que, según él, solo se ocupaba de temas penales.

Cabe agregar que, en los fallos citados, si bien se consignó que hubo una «vía de hecho» y se configuró la «violación flagrante al derecho de igualdad», y que la misma «quedó demostrada» con el reconocimiento que CAJANAL EICE hiciera de la pensión gracia a otros docentes, no es posible extraer cuál fue el proceso argumentativo utilizado por el procesado para arribar a esa conclusión.

Lo anterior, porque resultaba exigible, para la procedencia del amparo, demostrar cuáles eran defectos del acto administrativo que le permitían tomar la decisión, si se trataba de un: (i) defecto sustantivo, (ii) defecto fáctico, (iii) defecto orgánico, (iv) defecto procedimental, (iv) vía de hecho por consecuencia, (v) decisión sin motivación, (vi) desconocimiento del precedente, o (vii) violación directa de la Constitución.

Solo se ocupó resolver el tema pensional, como si se tratase de la autoridad encargada de definirlo, sin enfrentar los planteamientos contenidos en los actos administrativos emanados de la autoridad instituida para ello, que negaban los reconocimientos.

Con el fin de superar la limitante del artículo 86 de la [Constitución Política](#) de 1991, que

establece que la acción de tutela procede a condición de utilizarse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el procesado argumentó en todas las decisiones cuestionadas:

«...valga indicar que aunque la acción de tutela que aquí se resuelve no es un mecanismo alterno ni paralelo y adicional a los trámites de un ordenamiento particular como es el contencioso administrativo, tras existir otro mecanismo de defensa, lo que haría improcedente esta acción...»

Posteriormente, en los considerandos de las referidas decisiones, citó los artículos 6 y 8 de Decreto 2591 de 1991, para concluir:

«...el señor (...) cuenta con otro mecanismo de defensa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para demandar la resolución (...) que negó su derecho a la pensión gracia, pero como quiera que dicho medio no es tan eficaz como la acción que hoy se resuelve, en el conocimiento de que la jurisdicción antes mencionada no está en capacidad de resolver prontamente el conflicto planteado (...) que como bien se conoce, se resuelve en un término no menor de cuatro años...»

Es decir, acudió a un criterio subjetivo y lacónico, como era la supuesta demora en la definición de los procesos contencioso – administrativos, sin examinar que en el caso concreto, aparte de ponerse en entredicho el principio de inmediatez, emergía un motivo que resquebrajaba la inminente configuración de un perjuicio irremediable, en la medida que algunos actos administrativos que negaban la pensión gracia, por parte de la autoridad competente, databan de entre 5 y 6 años atrás, y nada argumentó sobre ello.

Entonces, el procesado no solamente se abrogó las funciones propias del juez ordinario competente, sino que ignoró que no existía inmediatez en la presunta afectación de derechos fundamentales, pues como bien lo recalcó el juez a quo, las decisiones de CAJANAL EICE habían sido proferidas varios meses o años atrás, como en efecto se extrae de

la relación hecha de los elementos con los que contaba el acusado al proferir las decisiones.

Adicionalmente, era de esperarse una argumentación medianamente convincente en la que a florera su criterio, en cada caso, para demostrar cuál era esa situación apremiante que legitimaba la excepcionalidad, por lo que, al no hacerlo, lo que se colige es que se trató de una motivación sofística.

En procura de superar esta evidente falencia, la defensa técnica aludió, además, que existían otros derechos de los accionantes que se encontraban en peligro y que para ese momento no se tenía un criterio definido sobre el concepto de tercera edad de los accionantes, pero soslayó que ni siquiera fue un planteamiento enunciado en las providencias que desconocieron la ley, como para que fuera lo decisivo o determinante al momento en que las adoptó.

En definitiva, en los fallos cuestionados, Zapata Vargas no identificó que los accionantes, en conjunto, o uno a uno, fueran sujetos de especial protección constitucional y así sustentar el estudio de fondo de las tutelas. Aunque es de aclarar que lo que hace procedente el amparo no es la existencia de una condición especial, sino la efectiva afectación de derechos fundamentales, evento que no fue acreditado en los fundamentos de las decisiones objeto de acusación.

En síntesis, la Sala concluye, con el tribunal de instancia, que en la presente actuación se encuentran configurados los elementos objetivos y normativos del tipo penal de prevaricato por acción, tal como lo señaló en la sentencia de primera instancia la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia – Caquetá.

4.2. El aspecto subjetivo de la conducta

De acuerdo con lo previsto en el artículo 21 del Código Penal, la conducta punible puede ser

dolosa, culposa o preterintencional, pero las dos últimas solo son punibles en los casos señalados expresamente en la ley. Para el caso del delito de prevaricato por acción, solo se admite la modalidad dolosa.

El aspecto subjetivo, alude a que la decisión haya sido proferida con conocimiento actual y efectivo de los hechos constitutivos de la infracción penal y con voluntad de realización. Es decir, que quien emite la decisión conoce el ámbito normativo que regula el caso y se aparta del mismo deliberadamente, de manera arbitraria y caprichosa, en otras palabras, con voluntad de obrar en contra del ordenamiento jurídico.

Se ha dicho que este requisito es posible deducirlo de los elementos objetivos demostrados, debido a la dificultad de obtener pruebas directas sobre el aspecto subjetivo⁵⁴. En esta línea demostrativa podrán tenerse en cuenta, la trayectoria y experiencia profesional del acusado, «la manera minuciosa y disfrazada como se llevó a cabo el comportamiento dirigido a infringir la ley penal, [o] las explicaciones ofrecidas con base en hechos que procesalmente resultaron inexistentes, ocultados o tergiversados»⁵⁵.

Observación particular sobre el tema, es que el tribunal a quo indicó que, adicional a verificarse la tipicidad objetiva y subjetiva del delito de prevaricato por acción, «también se debe acreditar que la finalidad última del servidor judicial estaba dirigida a favorecer un acto de corrupción», por lo que construyó en el fallo de primera instancia un acápite especial denominado «la prueba del ánimo corrupto».

Al respecto, es pertinente aclarar que cuando el servidor público tiene conocimiento sobre la antijuridicidad de la conducta, y aun así decide proferir una decisión que contraría el ordenamiento jurídico, ese solo hecho puede catalogarse como un acto de corrupción. De modo que la denominada finalidad corrupta, aludida en distintas oportunidades por vía jurisprudencial, no se erige en un requisito adicional al elemento subjetivo del delito de prevaricato por acción, sino que lo integra.

Sobre este específico asunto, la Sala ha venido consignando las siguientes precisiones:

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

En efecto, la noción de corrupción, además del sentido técnico que se le atribuye en el ámbito de las ciencias jurídicas, tiene una connotación corriente asociada al lenguaje común, conforme la cual debe entenderse como «alterar y trastocar la forma de algo», o bien, «echar a perder, depravar, dañar o pudrir algo»⁵⁶.

La función jurisdiccional está regida por los fines esenciales del Estado – servir a la comunidad y asegurar la vigencia de un orden justo, entre otros⁵⁷ –, y por los que le son propios a la administración de justicia, en concreto, los de «hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional»⁵⁸. En todas las actuaciones judiciales debe primar el derecho sustancial⁵⁹ y los funcionarios judiciales, en cuanto emiten pronunciamientos, «están sometidos al imperio de la Ley⁶⁰», no así a su propio arbitrio o capricho.

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

por la realización de la justicia material.» 61

Negrillas fuera del texto.

Distinto ocurre cuando el funcionario judicial se aparta del precedente o de la norma que debe ser aplicada, de manera fundamentada, bajo el firme convencimiento de impartir justicia, así como desprovisto de cualquier tipo de interés propio o ajeno. En este último evento, deberá analizarse la decisión bajo los elementos de la autonomía e independencia de la administración de justicia o la inviolabilidad e intangibilidad de las decisiones que adoptan los funcionarios judiciales⁶².

En todo caso, el ingrediente subjetivo del tipo penal de prevaricato por acción se configura cuando el servidor público profiere decisiones basadas en criterios subjetivos, beneficios propios o ajenos, con argumentos caprichosos, arbitrarios, manifiestamente groseros, de los que se establece que su ánimo no es acertar sino abandonar deliberadamente el propósito de administrar justicia y contrariar así las normas vigentes⁶³.

1. El juez Jimi Duván Zapata Vargas argumentó que profirió los fallos con desconocimiento de la naturaleza de la acción de tutela y, en concreto, de los principios de subsidiariedad e inmediatez que la rigen. No obstante, son institutos que se encuentran ampliamente descritos en las decisiones que adoptó. En particular, el acusado citó en los fallos el artículo 86 de la [Constitución Política](#) y el Decreto 2591 de 1991 que lo reglamenta, precisando como fundamento que:

«...está claramente definido que la acción de tutela es un medio de protección de los derechos de los asociados, cuando resulten vulnerados o inminentemente amenazados por la acción u omisión de cualquier entidad o persona, siempre que no exista otro mecanismo judicial o administrativo para hacerlos valer. Así se desprende del artículo 86 de nuestra Carta Magna y del Decreto 2591 de 1991 (...)».

En cuanto al principio de subsidiariedad, como requisito de procedencia de la acción de tutela, el funcionario dejó consignado en los fallos objeto de acusación: «...valga indicar que aunque la acción de tutela que aquí se resuelve no es un mecanismo alterno ni paralelo y adicional a los trámites de un ordenamiento particular como es el contencioso administrativo, tras existir otro mecanismo de defensa, lo que haría improcedente esta acción...».

Y en relación con el principio de inmediatez, citó los artículos 6 y 8 de Decreto 2591 de 1991, e indicó que los docentes: «...cuenta con otro mecanismo de defensa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para demandar la resolución (...) que negó (...) la pensión gracia, pero como quiera que dicho medio no es tan eficaz como la acción que hoy se resuelve, en el conocimiento de que la jurisdicción antes mencionada no está en capacidad de resolver prontamente el conflicto planteado (...) que como bien se conoce, se resuelve en un término no menor de cuatro años...».

En definitiva, con conocimiento evidente de los principios de subsidiariedad e intermediación, el procesado argumentó que los accionantes contaban con otros mecanismos de defensa, pero que reconocía los derechos reclamados ante la presunta incapacidad de la jurisdicción ordinaria de resolver prontamente las demandas. Adicionalmente, aplicó la figura de la procedencia de la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, al incluir -en todos- un numeral en la parte resolutive con el siguiente alcance:

«La tutela de los derechos fundamentales reclamada, será transitoria y hasta cuando la justicia de lo Contencioso Administrativo determine de manera definitiva el derecho del actor, quien deberá acudir ante esta jurisdicción para tal efecto, a más tardar dentro de los cuatro meses siguientes a este fallo, so pena de que se revoque el amparo aquí concedido»

En relación con el reconocimiento del derecho de manera transitoria, no se observa que

dicha decisión haya estado precedida de una argumentación, al menos plausible, sobre la acreditación de un perjuicio irremediable que ameritara acudir a tan excepcional instituto, dado que era menester un examen frente al caso concreto de cada demandante para dejar claro cuáles eran esas circunstancias personales que ameritaban tal proceder.

Dada la naturaleza, informalidad y sencillez de la acción de tutela, resulta imposible aceptar que un profesional de la categoría del procesado no supiera que, previamente a ingresar al estudio de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, era imprescindible acreditar que se superaban los requisitos generales de procedibilidad enunciados, sin que lo hiciera, como se patentizó, lo cual devela su actuar doloso.

Refuerza tal predisposición del ánimo a infringir la ley de manera mayúscula, el abierto desconocimiento de las reglas de competencia, pues, la lógica jurídica elemental le hubiese alertado, desde el comienzo, lo sospechoso que resultaba que un grupo de docentes, la mayoría radicados en el departamento del Huila, acudiesen a un municipio alejado, como Belén de los Andaquíes, Caquetá, para promover las acciones de tutela.

Pero además de soslayar esos condicionantes, si lo que pretendió fue declarar la vía de hecho, el funcionario conocía la jurisprudencia que delineaba la forma en que debía enfrentarse a esa posibilidad, naturalmente señalando los concretos fundamentos de los actos administrativos emitidos por la autoridad competente, y cuáles eran las abiertas contradicciones con las pautas que regulaban la existencia del derecho.

Para dar apariencia de legalidad profundizó en temas puntuales de la seguridad social en pensiones, superando las supuestas barreras tecnológicas que le impedían adquirir conocimiento jurídico, lo cual devela aún más su actuar dirigido a soslayar conscientemente la ley en la magnitud declarada, en la medida que no hizo un esfuerzo similar y más sencillo en relación con los aspectos relevantes de la procedibilidad de la tutela.

Tampoco efectuó consideraciones sobre las condiciones personales de los accionantes que

los hiciera sujetos de especial protección constitucional, como el que esbozó especulativamente la defensa, pues no emerge de lo razonado por el juez, al aducir que no se tenía criterio claro sobre el concepto de “tercera edad”.

Los elementos descritos contradicen abiertamente la tesis del supuesto desconocimiento o ignorancia de Zapata Vargas sobre la naturaleza y alcance de las acciones de tutela, así como la falta de medios tecnológicos o de información para consultar y actualizar su conocimiento sobre estos temas, siendo evidente que, en el ejercicio de la profesión, el acusado sí tenía acceso a información y manejaba estos institutos.

Tanto así que, como ya se anticipó, de un lado acopió bastante información sobre el tema que no le concernía, esto es, el régimen pensional docente, y, de otro lado, solo 3 días después de la última sentencia con la que materializó el tipo objetivo, adoptó otro proveído, ocupándose en debida forma de la temática.

En la misma dirección, se percibe la argumentación que expuso el acusado en el recurso de apelación sobre el recorrido académico y profesional que lo acompañaba al momento de asumir el cargo en provisionalidad de Juez Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes – Caquetá, circunstancia con la cual se descarta que haya obrado mediado por la inexperiencia profesional.

Inconcebible admitir impericia o inexperiencia de un funcionario judicial de esas calidades profesionales, en temas básicos de la acción constitucional objeto de resolución, que implica un conocimiento elemental de la norma constitucional que la recoge y de los derechos fundamentales que protege, así como de las reglas que desarrollan su ejercicio, entre ellos los principios de subsidiariedad, inmediatez, y el subsidiario de procedencia transitoria para evitar reales peligros inminentes.

2. En la resolución de acusación y en el fallo de primera instancia se indicó que Jimi Duván Zapata Vargas conocía personalmente a la abogada Mónica Patricia Rodríguez Ortega,

quien apoderó a los docentes en las demandas de tutela, desde antes que fueran radicadas las acciones constitucionales. Adicionalmente, que la apoderada es hija de la Magistrada del Tribunal de Florencia Diela Hortencia Luz Marina Ortega Castro, quien participó en la Sala Plena en que fue nombrado el acusado en provisionalidad, en el juzgado donde profirió las decisiones objeto de este proceso.

Sobre el particular, cabe referir que el parentesco de la apoderada de los docentes con la Magistrada del Tribunal ocasionó que dicha funcionaria se declarara impedida para conocer del presente asunto⁶⁵ y que dicho impedimento fue aceptado por la Sala Única de esa Corporación⁶⁶. Pero del proceso no se desprende un señalamiento concreto en cuanto a una posible injerencia de la funcionaria en los presupuestos fácticos que dieron origen a la presente actuación.

También fue expuesto en el fallo del Tribunal a quo y lo ratificó el procesado, que otros familiares de la abogada de los docentes se desempeñan en distintos cargos de la Rama Judicial, o ejercen la profesión como abogados litigantes ante despachos nombrados en provisionalidad por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia – Caquetá. Sin embargo, no hubo ninguna referencia al respecto que tuviera incidencia en este proceso.

Aun así, llama la atención que, inicialmente, el sentenciado negó conocer a la abogada Mónica Patricia Rodríguez Ortega, pero posteriormente afirmó todo lo contrario. En la versión libre del 6 de junio de 2012 y en la diligencia de indagatoria del 16 de agosto del mismo año, fue consignado lo siguiente:

Preguntado: ¿conocía usted o tenía alguna clase de relación, personal o profesional con los tutelantes o sus apoderados? Contestó: en absoluto, yo soy vallecaucano y caqueteño por adopción, no tengo ningún vínculo con el departamento del Huila”.⁶⁷

Como se observa, el funcionario fue preguntado sobre la presunta existencia de relación con los tutelantes y sus apoderados, contestando tajantemente: «en absoluto». Luego se

refirió a eventuales vínculos con el departamento del Huila, de donde eran oriundos la mayoría de los demandantes en los procesos de tutela. Posteriormente, en la indagatoria rendida el 3 de octubre de 2013, indicó sobre el particular:

«Preguntado: Usted conocía a la doctora Mónica Patricia Rodríguez Ortega, caso afirmativo desde hace cuánto tiempo. Contestó: Conocerla cercanamente no. Supe que era abogada del Caquetá, pero no tenía una relación con ella, de hecho, lo más cercano que estuve con ella fue cuando se presentó a la oficina a presentar las tutelas, con anterioridad de paso me la habían presentado, pero ninguna relación cercana con ella.

Preguntado: ¿Cuándo llegó al Caquetá como funcionario público?

Contestó: Desde el 7 de mayo de 2002 como juez.

Preguntado: ¿Usted sabía quién era la familia de la doctora Rodríguez Ortega?

Contestó: Sí, sabía que es hija de la doctora Diela Ortega, Magistrada, y el doctor José Rodríguez porque precisamente quien me la presento en alguna oportunidad fue el doctor José Rodríguez.

Preguntado: Cuando la doctora Rodríguez acude a su despacho ¿usted ya sabía quién era ella?

Contestó: Sí.

Preguntado: ¿usted sabe si la doctora Rodríguez litigaba o había litigado en su despacho en Belén de los Andaquíes o era la primera vez que lo hacía?

Contestó: No recuerdo bien, creo que era la primera vez que lo hacía, como lo hacían todos los abogados, incluso, algunos hermanos de la doctora Delia, me refiero al doctor Carlos, el doctor Rafael y la Doctora Estella Ortega, de igual forma el doctor José Rodríguez.

(Sic)»68

Subrayas fuera del texto.

En definitiva, es claro que el acusado sí conocía a la apoderada de los accionantes, pues con anterioridad a que interpusiera las tutelas le había sido presentada, de hecho, indicó que «lo más cercano que estuvo con ella» fue cuando fue «a la oficina a presentar las tutelas», es decir, sabía que dicha profesional y no otra persona era la apoderada en las acciones de tutela que se disponía a resolver. También conocía su círculo familiar en el Distrito Judicial de Florencia – Caquetá.

3. Otro tema que contextualiza los hechos de este proceso tiene que ver con que la abogada Mónica Patricia Rodríguez Ortega, según las pruebas aportadas, escogió desde el principio el distrito judicial de Florencia – Caquetá y, en concreto, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes, del que era titular Jimi Duván Zapata Vargas, donde interpondría las tutelas, a sabiendas de que los accionantes vivían en un lugar distinto.

Así, en el proceso declararon los accionantes José Rodrigo Briñez Horta, Humberto Dussán Vivas, Nicolás Antonio Yepes Hernández, Orlando Barragán Perdomo, Blanca Dolly López Figueroa y Jairo Vicente Molina Andrade. Con excepción de Blanca Dolly López Figueroa, quien vivía en Florencia – Caquetá, los demás docentes manifestaron que para la fecha de los hechos residían en Neiva – Huila, sin mayores vínculos en el departamento del Caquetá o el municipio de Belén de los Andaquíes.

En sus respectivas declaraciones les pusieron de presente los poderes otorgados a la abogada Rodríguez Ortega, donde se consignó que su domicilio era el referido municipio, sin que ninguno de ellos precisara con exactitud el motivo por el cual se hacía aparecer de esta manera. Afirmaron que habían suscrito los documentos confiando en el manejo propio que le daba la litigante, quien para ese entonces adelantaba procesos en sociedad con su padre -q.e.p.d.-69, y que dichos abogados conocían de esa circunstancia70.

Sobre este especial tema, el docente Humberto Dussán Vivas afirmó desconocer que en el poder firmado por él se hubiera consignado un lugar distinto a su domicilio, y además, puntualizó: «me enteré que eso se había tramitado en Belén de los Andaquíes, [y] porque se había metido allá era que había salido [la pensión gracia], no se a ella se le facilitaba porque tenía un familiar, conocido o amigo ahí en el juzgado, no sé qué, yo entendí eso (sic)»⁷¹.

Con estos testimonios se evidenció adicionalmente que cada uno de los poderes estaba dirigido directamente al Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes – Caquetá, presidido por el al acusado Zapata Vargas, es decir, la abogada también sabía con anterioridad qué autoridad judicial iba a conocer de los procesos de tutela de los cuales era apoderada.

Cabe referir que ninguno de los docentes en sus declaraciones señaló conocer al acusado, o que existiera algún tipo de acuerdo para el reconocimiento de la pensión gracia. La actuación solo da cuenta de un conocimiento personal, no cercano, entre la abogada y el procesado, bajo el contexto de que ella se dirigió directamente al distrito judicial donde él trabajaba a presentar las acciones de tutela, previo a suscribir poderes con los docentes en la ciudad de Neiva – Huila.

4. Adicional a lo expuesto, resulta necesario hacer referencia a las explicaciones dadas por el juez Jimi Duván Zapata Vargas sobre el trámite que impartió a las acciones de tutela, pues llama la atención que su criterio jurídico fue variable sobre la competencia para conocer de estos procesos, cuyos demandantes, como ya se indicó, no residían en el municipio de Belén de los Andaquíes, ni se advertía que la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados hubiera ocurrido en ese lugar.

Así, en la diligencia de indagatoria del 16 de agosto de 2012, ante la pregunta de la Fiscalía sobre la competencia para conocer de las acciones de tutela, según lo dispuesto en el

artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, donde se establece que «son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud», el procesado respondió:

«...respecto a la competencia para conocer de las tutelas debo manifestar que la misma Corte Constitucional mediante auto ICC-2018 del 25 de septiembre de 2000 (...), decidió inaplicar el art. 1º del Decreto 1382 de 2000, por inconstitucional, toda vez que el art. 86 de la Constitución Nacional manda que toda persona tiene derecho a ejercitar acción de tutela (...) señala entonces la Corte que todos los jueces del país éramos competentes para conocer de cualquier tipo de tutela, y bajo ese postulado no puede ningún juez negarse a tramitar esas acciones...»⁷².

Subrayas fuera del texto.

Luego, en la indagatoria del 30 de julio de 2013, reconoció que el lugar residencia de los accionantes «era uno de los criterios que tenía» su despacho para definir la competencia de las acciones de tutela. Y el 3 de octubre siguiente, en la continuación de dicha diligencia, retomó los argumentos de la inaplicación del Decreto 1382 de 2000, pero precisó que finalmente terminó por aplicar el factor territorial consignado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, y remitir por competencia otras tutelas presentadas por la abogada con las mismas pretensiones⁷³.

En concreto, en relación con este cambio de criterio, dijo el 3 de octubre de 2013:

«Preguntado: ¿Usted aplicó ese criterio de la Corte de competencia en todas las tutelas de su despacho, especialmente las de CAJANAL EICE?

Contestó: En las últimas tutelas que llegaron no se aplicó, fueron remitidas a la ciudad de Neiva y lo hice porque en verdad me pareció sospechoso y que quizás estaban escogiendo el

juez dado que ya habían obtenido decisiones favorables, por eso y para conocer el domicilio de los accionantes ordené citarlos, para escucharlos en declaración, pero como no comparecieron, lo cual también me pareció extraño, decidí entonces remitir las tutelas a Neiva lo cual tiene fundamento en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 (...) lo que quiere decir que el envío a Neiva no fue precisamente porque los accionantes residían en Neiva, pues no se obtuvo esa información de manera cierta, sino que la vulneración había tenido lugar en esa ciudad, lo que si bien le daba competencia, no es menos cierto que yo también la tenía, pero como quiera que el asunto comenzó a tener vicisitudes extrañas preferí a partir de ese momento remitirlas (...).

Preguntado: ¿A qué clase de vicisitudes se refiere?

Contestó: Cuando fallo la primera tutela que creo que fue esta, se dispuso aplicar el mismo criterio y resolverlas con idéntica sentencia en razón a que se trataba del mismo tema (...) temas iguales se resuelven igual por el principio de seguridad jurídica, pero cuando ya empezaron a entrar otras tutelas por lo mismo, a mí me pareció extraño y revisé mejor los documentos y encontré que la mayoría eran docentes del Huila, creo que habían excepcionalmente dos o tres docentes del Caquetá y eso me preocupó y decidí más bien enviar las tutelas al Huila (...)»⁷⁴.

Subrayas fuera del texto.

Lo anterior reafirma que el procesado conocía el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, lo cual contradice una vez más los argumentos que expuso en la apelación sobre un presunto desconocimiento o ignorancia sobre el particular, no solo porque consignó su alcance en las decisiones señaladas como prevaricadoras, sino porque, según expuso, dio aplicación a su artículo 37 para remitir otras acciones constitucionales al lugar donde presuntamente ocurrió la afectación de derechos fundamentales.

Para la Sala es evidente que el acusado, aunque en sus declaraciones trató de justificar la

admisión de las tutelas en la inconstitucional del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, lo cierto es que, finalmente, se basó en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, que regula su conocimiento por parte de la autoridad judicial con jurisdicción en el lugar donde ocurre la vulneración o amenaza del derecho fundamental⁷⁵, pero lo desconoció al decidir las.

5. Ahora bien, de los documentos obrantes en el expediente se establece que en la acción de tutela No. 002-06, cuyo accionante fue Armando Enrique Ulloa García, se consignó en el auto admisorio suscrito por Zapata Vargas que la acción reunía los requisitos dispuestos en los decretos 1382 de 2000 y 2591 de 1991, y citó un inciso del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, el mismo que en las indagatorias dijo que no aplicó siguiendo pronunciamientos jurisprudenciales sobre su inconstitucionalidad⁷⁶.

Y en la sentencia proferida en esa tutela, de 31 de agosto de 2006, que resultó favorable al accionante, el funcionario indicó, en cuanto a la competencia: «El Jefe tiene este despacho por mandato de la Constitución y del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991»⁷⁷, sustento normativo que, según lo dicho en sus declaraciones, usaría posteriormente para remitir por competencia a la ciudad de Neiva – Huila, otras acciones constitucionales presentadas ante su despacho con las mismas pretensiones.

En el marco de esta inconsistencia de criterios y de citas legales y jurisprudenciales usadas para tramitar o no los procesos, cabe referir que nada se dijo en relación con la competencia y el factor territorial de dicho radicado, pese a que, como se observa, el poder que otorgó el docente fue autenticado ante el «Notario Único Primero del Circuito de Neiva»⁷⁸, así en la parte resolutive se haya anunciado que el accionante era «vecino del municipio de Belén de los Andaquíes»⁷⁹.

El tema de la competencia para conocer de estos procesos acompañó el pronunciamiento identificado como No. 004-06, de octubre 12 de 2006, que culminó con decisión favorable a Orlando Barragán Perdomo, Blanca Dolly López Figueroa y Jairo Vicente Molina Andrade,

pese a que en el cuerpo de la decisión se relacionaron documentos que daban cuenta que estas personas prestaron sus servicios en Neiva – Huila, a excepción de Blanca Dolly López Figueroa, quien laboró en Florencia – Caquetá, en todo caso, lugar distinto a Belén de los Andaquíes⁸⁰.

Igualmente, en el fallo No. 007-06, de noviembre 17 de 2006, donde el funcionario amparó los derechos de José Rodrigo Bríñez Horta, Humberto Dussán Vivas, Hugo Alberto Pineda Cuñijo, Afranio Rengifo Machado y Nicolás Antonio Yepes Hernández, era evidente, según se extrae de la relación documental de ese proceso, las referencias a que el servicio como docentes lo presentaron en un lugar distinto al Caquetá, y aun así, fue admitida y fallada de fondo concediendo las pretensiones, como en los demás casos.

No obstante, tres (3) días después de haberse proferido esta última decisión, esto es, el 20 de noviembre de 2006, Zapata Vargas profirió la sentencia No. 006-06, donde dispuso «no tutelar» los derechos fundamentales invocados por Wilson Rincón Monroy, Carlos Arturo Solano Ramos y Hugo Alberto Pineda Cujiño, representados por la misma abogada, luego que fue admitida la demanda en los mismos términos referidos con anterioridad -indicando que la demanda reunía los requisitos exigidos en los decretos 1382 de 2000 y 2591 de 1991-, y citando en específico la competencia para conocer en virtud del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

En ese fallo, aplicando los criterios de subsidiariedad e inmediatez contenidos en los artículos 6 y 8 del decreto reglamentario de la acción de tutela, el funcionario concluyó que existían otras vías para que los accionantes reclamaran los derechos presuntamente vulnerados por CAJANAL EICE, actitud comportamental con el que evidenció que la decisión de abrogarse competencia, soslayando los principios de subsidiariedad e inmediatez, fueron solo argumentos falaces a los que se acudió con pleno conocimiento y voluntad.

En otras palabras, se evidencia el abierto interés de obrar en contra del ordenamiento

jurídico, de manera caprichosa, en unas ocasiones desconociendo las reglas fijadas para el efecto por el ordenamiento jurídico, y en otras reconociéndolas y aplicándolas, lo que justifica con el baladí argumento que las acciones de tutela posteriores le parecieron “sospechosas”.

6. En definitiva, respecto del factor subjetivo de la conducta de prevaricato por acción, las pruebas incorporadas al juicio muestran, en grado de certeza razonable, como lo exige el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, que el acusado actuó con conocimiento de las normas constitucionales y legales que regulan la acción de tutela y la voluntad de obrar contrariando el ordenamiento jurídico.

Es claro que para las fechas en que ocurrieron los hechos contaba con suficiente experiencia profesional y académica que le permitía comprender el alcance de las decisiones que adoptaba, e igualmente, que su despacho conocía constantemente de acciones de tutela, por lo que debió aplicar los criterios para conocer de estas demandas en cuanto al factor territorial y los principios de subsidiariedad e inmediatez que las rigen.

Finalmente, no puede pasar desapercibida la relación existente con la abogada de los accionantes, quien acudió directamente al juzgado del procesado a interponer las demandas, pese a que sus representados no residían en el lugar, ni era donde se consumaba la eventual la afectación, circunstancia conocida por el acusado, al punto que en sus intervenciones en el proceso indicó que era del criterio de conocer de todas las acciones de tutela, con independencia del factor territorial, lo cual, como se patentizó, no es cierto.

Por los argumentos expuestos, se confirmará el fallo de primera instancia por este delito.

4.3. El delito de peculado por apropiación en favor de terceros

El procesado Jimi Duván Zapata Vargas planteó inconformidad sobre la configuración del

elemento subjetivo del tipo penal de peculado por apropiación en favor de terceros, indicando que no tuvo la intención de beneficiar con sus decisiones judiciales a los docentes y que esto se reafirma porque la orden de tutela fue transitoria, por cuatro (4) meses, mientras los accionantes acudían a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Este tipo penal se encuentra previsto en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, así:

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 pena de seis (6) a quince (15) años, 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 la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado”.

Se trata de un delito de resultado, cuya estructura básica exige (i) un sujeto activo calificado, servidor público, (ii) que tenga la administración, custodia o tenencia de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares, (iii) que le hayan sido confiadas por razón o con ocasión de sus funciones, y (iv) que se apropie en provecho suyo o de un tercero de esos bienes.

La disposición del servidor público sobre bienes puede ser material o jurídica, como lo ha previsto la jurisprudencia de la Sala⁸¹. Para el caso de las decisiones judiciales, la disponibilidad sobre bienes del erario o bienes públicos está vinculada al ejercicio de los deberes funcionales del servidor, en el marco de los cuales administra de manera efectiva recursos del Estado, al disponer de su titularidad⁸².

Aunque el aspecto objetivo de esta conducta no fue objeto de cuestionamiento en la apelación, ninguna duda surge sobre su materialización en este caso, pues Jimi Duván Zapata Vargas, en condición de juez Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes – Caquetá, dispuso jurídicamente del patrimonio de CAJANAL EICE al proferir la sentencia de tutela No. 004-06, ordenando el reconocimiento y pago de la pensión gracia en favor del docente Orlando Barragán Perdomo, por lo que la apropiación de recursos se produjo por razón de las funciones oficiales que cumplía el procesado.

Es oportuno precisar que la resolución de acusación por el delito de peculado por apropiación fue proferida únicamente en relación con la decisión vinculada con el referido accionante, pues en cuanto a Blanca Dolly López Figueroa, Jairo Vicente Molina Andrade, José Rodrigo Bríñez Horta, Humberto Dussán Vivas, Hugo Alberto Pineda Cuñijo, Afranio Rengifo Machado y Nicolás Antonio Yepes Hernández, la Fiscalía ordenó precluir la investigación por dicha conducta punible⁸³.

Aunque el acusado argumenta que la ausencia del ingrediente subjetivo de la conducta se reafirma porque se trató de órdenes temporales mientras el accionante acudía a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cierto es que con su decisión sustituyó al juez ordinario reconociendo la existencia de un derecho que el demandante no tenía, como lo evidenció la parte civil al describir la falta de prosperidad en las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho presentadas por Orlando Barragán Perdomo⁸⁴.

Como ya se indicó, el acusado asumió el conocimiento y falló de fondo la acción de tutela

presentada por la abogada de Barragán Perdomo, a quien conocía previamente de manera personal y de quien tenía plena información de su ámbito familiar. Adoptó la decisión, pese a que el accionante no tenía su domicilio en Belén de los Andaquíes y que tampoco allí se presentó la violación de derechos fundamentales, elementos que confluyen para inferir el ingrediente subjetivo del peculado por apropiación en favor de terceros.

En cuanto al momento consumativo del tipo penal, la Corte ha indicado que se perfecciona cuando se produce la apropiación patrimonial, como consecuencia de la decisión judicial ilícita, así:

«Está suficientemente decantado por la doctrina y la jurisprudencia que el delito de peculado por apropiación es de carácter instantáneo, por manera que se consuma cuando quiera que el bien público es objeto de un acto externo de disposición o de incorporación al patrimonio del servidor público o de un tercero, que evidencia el ánimo de apropiárselo⁸⁵.

(...)

Ahora bien; hay asuntos en los que el momento consumativo de la conducta punible se identifica con el de proferimiento de la decisión judicial, como cuando esta por sí sola “sustraer el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga”⁸⁶. No así cuando la realización de la conducta prohibida es producto de un acto complejo en el que converge la voluntad del juez que ilegalmente ordena el pago de lo no debido, pues en estos casos, la consumación acaece cuando ese acto de disposición jurídica se concreta en acciones que distraen el bien del patrimonio del Estado, despojándolo así de su función pública.

El delito, como expresión del comportamiento humano, requiere para su consumación la ejecución de todos los actos propios de la descripción típica. En este orden, la emisión de una decisión contraria a derecho que reconoce ilegalmente una acreencia a cargo del Estado constituye un acto ejecutivo que da inicio a la conducta desvalorada de peculado, pero no la

colma. En consecuencia, si el fallo no se concreta en actos materiales de disposición sobre el erario, la conducta se queda en su fase tentada por ausencia de uno de los elementos esenciales del peculado por apropiación: el adueñarse para sí o para otro de bienes de naturaleza pública.»⁸⁷

Como consecuencia de la orden de tutela que benefició a Orlando Barragán Perdomo, se materializó la apropiación de los recursos del Estado con los pagos emitidos por CAJANAL EICE, según las certificaciones allegadas por dicha entidad, acreditando el desembolso de \$274'746.738,5888.

Esto significa que la conducta ilícita trascendió la simple disposición jurídica de los recursos, para consumarse a través de la efectiva sustracción de los dineros públicos a nombre del particular, sin que encontrara eco su pretensión del reconocimiento del derecho pensional en la jurisdicción contencioso – administrativa, ante la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por lo expuesto, también será confirmado el fallo de primera instancia en lo que respecta a este delito.

4.4. La pena principal de multa

En la sentencia de primera instancia, Jimi Duván Zapata Vargas fue condenado a las penas principales de 96 meses de prisión, multa \$412'120.107,87 e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas «por similar término de la pena aflictiva de la libertad».

El procesado contravirtió la decisión de imponerle multa, indicando que a su patrimonio no ingresó dinero alguno del rubro que CAJANAL EICE acreditó haber pagado con ocasión del fallo de tutela en favor de Orlando Barragán Perdomo, y que es un patrimonio recuperable por parte de la autoridad administrativa mediante «descuento por nómina», pues los pagos ordenados dejaron de tener efectos como consecuencia de distintas órdenes judiciales.

Contrario a lo considerado por el procesado, el artículo 397 del Código Penal no distingue, para efectos de la imposición de la pena de multa, que la apropiación se haya presentado en favor del servidor público o de un tercero. Solo manda imponer al sujeto agente de la conducta, es decir, al servidor público, una multa equivalente al valor de lo apropiado, sin superar 50.000 salarios mínimos mensuales vigentes.

Este enfoque ha sido reiterado por la Sala en otros casos que guardan semejanza fáctica con el que es objeto de análisis, en los que la pena de multa se ha definido por el valor de lo apropiado, con independencia de si los dineros ingresaron al patrimonio del servidor público o de un tercero⁸⁹, o si pueden o no ser recuperados, o si las sumas fueron o no canceladas por la entidad, pues se ha dicho que esta última hipótesis tiene relación con el agotamiento de la conducta y la punibilidad⁹⁰.

Con todo, la Corte encuentra que la primera instancia incurrió en una incorrección al momento de tasar esta pena, como quiera que tuvo en cuenta una agravante que la Fiscalía no incluyó en la resolución de acusación, contrariando así el principio de congruencia que debe existir entre el acto de la acusación y la sentencia.

Al momento de fijar el monto de la pena a imponer por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, el juez a quo precisó:

«Prisión: de 72 a 180 meses □o 6 a 15 años, que es lo mismo□.

Multa: igual al valor de lo apropiado: \$274'746.738,58.

Inhabilidad: igual al término de la pena de prisión»

Posteriormente, indicó:

«Ahora, de conformidad con el inciso 2º del art. 397 id, las penas anteriores se acrecientan

‘hasta la mitad’, o sea que, conforme al art. 6º, numeral 2º, del C.P., ese incremento se aplica al máximo y por ende los guarismos quedan de la siguiente manera:

Prisión: de 72 a 270 meses.

Multa: \$412'120.107,87.

Inhabilidad: igual al término de la pena de prisión.»⁹¹

El inciso segundo del artículo 397 de la Ley 599 de 2000 agrava el delito de peculado por razón de la cuantía. En concreto, precisa que cuando el valor de lo apropiado supere los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena a imponer se aumenta hasta en la mitad, sin que la pena de multa supere los 50 mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Esta circunstancia de agravación no fue imputada fáctica ni jurídicamente por la Fiscalía en la resolución de acusación. En la parte motiva expuso que, según los documentos allegados al proceso, CAJANAL EICE había desembolsado recursos a favor de Orlando Barragán Perdomo⁹², con lo cual se consumaba del delito de peculado por apropiación, y en la parte resolutive, consignó ese delito, sin referirse a dicha agravante.

La jurisprudencia de la Sala tiene dicho que las circunstancias de agravación de la pena, genéricas o específicas, deben atribuirse fáctica y jurídicamente en forma completa, inequívoca y expresa al procesado, y solo pueden ser tenidas en cuenta en la sentencia aquellas expresamente imputadas. De incluirse, sin haber sido imputadas en la acusación, se genera un vicio de incongruencia que debe ser resuelto retirando la agravante y los incrementos realizados en virtud de su imposición.⁹³

En aras de salvaguardar esta garantía, se modificará la pena de multa impuesta y, en su lugar, se impondrá al acusado la de \$274'746.738,58, que fue lo estimado en la sentencia

de primera instancia como valor de lo apropiado, tomando como base los documentos aportados en la demanda de parte civil⁹⁴.

No se modifica la pena de prisión porque el incremento por la cuantía se aplicó al extremo máximo de la sanción básica, conforme a lo previsto en la segunda regla del artículo 61 del Código Penal, sin implicaciones en su dosificación, puesto que se fijó en el mínimo del primer cuarto, que corresponde a 72 meses, monto sobre el cual se aplicó un incremento de 2 años por el concurso con el delito de prevaricato por acción, para un total de 96 meses.

4.5. El pago de perjuicios en favor de CAJANAL EICE

En cuanto a los perjuicios reconocidos en favor de CAJANAL EICE, el procesado indicó que fue condenado a cancelar \$1.207'033.473,05 «por el presunto pago que hizo CAJANAL a los referidos docentes», lo cual, a su juicio, vulnera la congruencia entre la acusación y el fallo, porque la Fiscalía lo acusó únicamente por el pago al docente Orlando Barragán Perdomo y precluyó la investigación respecto de los demás accionantes.

En el fallo de primera instancia el Tribunal indicó que los perjuicios ocasionados a la entidad pública por daño emergente, relacionados en la demanda de parte civil, es la «suma de dinero que debió erogar por pensiones gracia» a los docentes que presentaron las acciones de tutela. Para tal efecto, discriminó las sumas de la siguiente manera⁹⁵:

SENTENCIA

DE TUTELA

DOCENTE

– ACCIONANTE

SUMA	PAGADA POR CAJANAL EICE
------	-------------------------

17-Nov-06

HUMBERTO	DUSSÁN VIVAS
----------	--------------

\$294.863.825,94

12-Oct-06

ORLANDO	BARRAGÁN PERDOMO
---------	------------------

\$274.746.738,58

12-Oct-06

JAIRO	VICENTE MOLINA ANDRADE
-------	------------------------

\$134.520.411,96

12-Oct-06

BLANCA	DOLLY LÓPEZ FIGUEROA
--------	----------------------

\$79.063.583,62

31-Ag-06

ARMANDO

ENRIQUE ULLOA

\$423.838.912,94

El procesado tiene razón cuando sostiene que el delito de peculado por apropiación en favor de terceros solo se predicó de los dineros desembolsados por CAJANAL EICE a Orlando Barragán Perdomo, pues, respecto de los demás docentes accionantes, la Fiscalía precluyó la investigación por este delito, tomando como base la información que hasta ese momento allegó la entidad pública.⁹⁶

No obstante, en la demanda de parte civil, admitida el 28 de febrero de 2015⁹⁷, se allegó información sobre los desembolsos realizados a los docentes accionantes, que prueba que no solo cursaron pagos a favor de Orlando Barragán Perdomo, sino de Humberto Dussán Vivas, Jairo Vicente Molina Andrade, Blanca Dolly López Figueroa y Armando Enrique Ulloa, por un valor total de \$1.207'033.473,05, monto que la primera instancia incluyó como el daño emergente a favor de CAJANAL EICE, representada en la actualidad por la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP.

De acuerdo con lo establecido en los artículos 45 y 46 de la Ley 600 de 2000, son titulares de la acción civil las personas jurídicas o naturales perjudicadas por el delito. Y están llamados a indemnizar quienes resulten responsables penalmente. En general, estas normas están enfocadas al resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por la comisión de las conductas punibles⁹⁸.

En el presente asunto, el funcionario Zapata Vargas fue acusado por los delitos de peculado por apropiación en favor de terceros y prevaricato por acción. Aunque la Fiscalía precluyó la investigación en relación con varios hechos constitutivos del delito de peculado por apropiación, la parte civil reclamó el pago de perjuicios como consecuencia del proferimiento de las tres acciones de tutela contrarias al ordenamiento jurídico, mediante los

cuales reconoció irregularmente la pensión gracia.

Así lo refirió el juez a quo, con apoyo en la demanda de parte civil: «la Caja Nacional de Previsión Social argumentó que a esa entidad, con ocasión de los tres fallos de tutela proferidos por el aquí procesado, se le irrogaron perjuicios, por daño emergente, en cuantía de \$1.207.033.473,05, porque esa fue la suma de dinero que debió erogar (...) en cumplimiento de las órdenes judiciales proferidas en tales trámites de tutela»⁹⁹.

En las anotadas condiciones, los cuestionamientos del impugnante en este punto resultan infundados, porque aparece demostrado que la Caja Nacional de Previsión realizó pagos por dicho valor y que estos pagos se efectuaron en cumplimiento de las decisiones ilegales por las cuales se condena. Es decir, que aparece probado que se causó un perjuicio y que éste provino de un hecho delictivo, elementos que resultan suficientes para aplicar la consecuencia jurídica fijadas por el artículo 56 de la Ley 600 de 2000.

Finalmente, la Corte no pasa por alto el argumento del procesado en relación con el recobro de estos dineros por parte de la entidad pública, mediante descuento por nómina, que si bien no aplica para la pena principal de multa, por las razones ya indicadas, sí puede tener trascendencia para el pago de los perjuicios, de haberse dicha situación presentado como consecuencia del decaimiento de los actos administrativos que dieron origen al reconocimiento del derecho y al pago de dicha prestación por periodos determinados de tiempo.

En aplicación, sin embargo, del criterio establecido en la decisión SP8914-2017, rad. 47833, donde se planteó que los daños y perjuicios no debían cobrarse debido a que los dineros ilícitamente sustraídos ya habían sido reintegrados, se aclara que será en la etapa de ejecución de la pena donde se deberá establecer si ya se hicieron dichos recobros y si la entidad pública está en posibilidad de hacerlos.

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 sentencia condenatoria dictada por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia – Caquetá, en contra de JIMI DUVÁN ZAPATA VARGAS, por los delitos de peculado por apropiación en favor de terceros y prevaricato por acción, con la modificación de la pena de multa, que se fija en la suma de \$274'746.738.58.

TERCERO. Devolver la actuación al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

GERSON CHAVERRA CASTRO

Presidente

EXCUSA JUSTIFICADA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

MARTHA LILIANA TRIANA SUÁREZ

Secretaria (E)

1 C.O. Fiscalía No. 5, fl. 124.

2 Ibídem, fl. 121.

3 En el expediente obran las indagatorias del 16 de agosto de 2013, C.O. No. 1, fls. 105 a 116; 30 de julio de 2013, C.O. No. 4, fls. 281 a 283; y, 3 de octubre de 2013, C.O. No. 4, fls. 296 a 308.

4 C.O. No. 1, fls. 122 a 138 y C.O. No. 5, fls. 1 a 10.

6 Ibídem, fls. 245 a 256.

7 C.O. No. 6, fls. 12 a 31.

8 C.O. No. 7, fls. 22 a 34.

9 Ibídem, fls. 123 a 138.

10 Ibíd., fls. 272 a 276.

11 En el expediente obra comunicación suscrita Mónica Patricia Rodríguez Ortega, donde declara que su padre se llamaba José Buenaventura Rodríguez Salamanca y que falleció el 5 de diciembre de 2013, que era abogado y que trabajaba litigando.

12 Fallo de primera instancia, C.O. No. 7, fls. 328 a 372.

13 Como respaldo a dicha tesis, citó jurisprudencia de la Corte como el radicado No. 13745 de 12 de diciembre de 2012; radicado No. 24488 de 5 de diciembre de 2007; radicado No. 11184 de septiembre 30 de 1999; y la Corte Constitucional como la C-025 de 2010, C-491 de 1996 y C-541 de 1998.

14 En ese sentido, refirió a los radicados No. 39538 de 23 de octubre de 2014 y No. 47348 de 15 de febrero de 2017.

15 Para tal efecto enunció distintos nombres de funcionarios que laboran en el distrito judicial de Florencia – Caquetá, quienes, según expuso, fueron nominados por el Tribunal en provisionalidad.

16 Incluyendo los nombres de los servidores que lo integraban, el cargo de cada uno y sus funciones.

17 Sobre el particular, citó jurisprudencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en relación con el principio de confianza entre el juez y los empleados. Rad. 11001110200020110171901 de 20 de agosto de 2015.

18 En concreto, aludió que, para ese momento, en el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes – Caquetá, no contaba con medios o con tecnología necesaria, no tenía acceso a internet o a teléfonos inteligentes que le permitieran «estar al día» en la jurisprudencia sobre acciones de tutela.

19 También relató que con ese mismo criterio remitió la tutela 2007-0006 interpuesta por Carmenza Campos de González y otros, con destino al distrito judicial de Neiva – Huila. En esa actuación, expuso, primero admitió la tutela y luego declaró la nulidad de lo actuado para remitirla por competencia.

20 Sobre el particular, insistió en que la mamá de la abogada demandante funge como Magistrada del Tribunal de Florencia, e hizo referencias a nombramientos de funcionarios y empleados en dicho distrito judicial, con la intervención de la referida funcionaria; así como a presuntas “rencillas” entre ella y el ponente del fallo de primera instancia en esta actuación.

21 CSJ Rad. 18457 de 14 de febrero de 2002, rad. 23540 de 24 de enero de 2007, rad. 23540 de 2 de julio de 2008, rad. 34495 de 8 de noviembre de 2011, SP3339-2016, rad. 44288, SP015-2018, rad. 53880 y SP391-2019, rad. 49830, entre otras.

22 Cfr. CSJ SP17352-2016, rad. 45589 y SP3379-2018, rad. 50890.

23 Cfr. Rad. 32685 de 16 de marzo de 2011, rad. 32685 de 16 de marzo de 2011 y rad. 25913 de 15 de mayo de 2008.

24 Cfr. SP2653-2019, rad. 53479.

25 C.O. Fiscalía, No. 5, fls. 123 y 124.

26 AP2064-2019, rad. 54060 y AP, 29 jul. 1998, Rad. 10827.

27 SP 14288-2016, 5 de octubre de 2016, al resolver la apelación promovida contra el auto del 27 de julio de 2016, en desarrollo de la audiencia preparatoria.

28 Fl. 84, C. O. 1.

29 C. O. 3 fl. 77

31 C. O. 4 fls. 301 y 302.

32 Ídem fl. 308.

33 Cfr. CC C-069 de 2009 y T-409 de 2014.

34 C.O. Fiscalía No. 1, fls. 60 a 63. El trámite de nombramiento y posesión tuvo lugar en el mes de diciembre de 2003.

35 C.O. Fiscalía No. 1, fls. 272 a 286; y, 23 a 36. C. O. Fiscalía No. 3, fls. 18 a 36.

36 CSJ SP, 13 ago. 2003, rad. 19303, SP, 3 jul. 2013, rad. 40226, SP4620-2016, rad. 44697 y SP5394-2017, rad. 47920, entre otras.

37 Cfr. SP, 3 jul. 2013, rad. 38005, SP4620-2016, rad. 44697, y SP467-2020, rad. 55368, entre otras.

38 C.O. Fiscalía No. 1, fls. 234 a 286.

39 Ibídem, fls. 234 y 235.

40 Ibíd., fls. 244 a 265.

41 Ibíd., fl. 242.

42 C.O. Fiscalía No. 3, fls. 22 y 23.

43 Ibídem, fl. 22.

44 Ibíd., fl. 20.

45 C.O. Fiscalía No. 4, fl. 24.

46 Ibídem, fl. 25.

47 Ibíd., fl. 25.

48 Ibíd., fl. 25.

49 Ibíd., fl. 26.

50 Pala la fecha de los hechos de este proceso (agosto a noviembre de 2006), la Corte Constitucional contaba con una línea sólida en relación con estos temas. Entre otras decisiones: SU-544 de 2001, T-599 de 2002 y T-803 de 2002.

51 Cfr. C-543 de 1992 y SU-219 de 2003, entre otras.

52 C.O. Fiscalía No. 1, fls. 1 a 4.

53 También relató que con ese mismo criterio remitió la tutela 2007-0006 interpuesta por Carmenza Campos de González y otros, con destino al distrito judicial de Neiva – Huila. En esa actuación, expuso, primero admitió la tutela y luego declaró la nulidad de lo actuado para remitirla por competencia.

54 CSJ SP, 3 ago. 2005, rad. 22112.

55 Ibídem.

56 Diccionario de la Real Academia Española.

57 Artículo 2º de la Constitución Política.

58 Artículo 1º, Ley 270 de 1996.

59 Artículo 228 de la Constitución Política.

60 Artículo 230, ibidem.

61 Cfr. SP1971-2020, rad. 56203 y SP1657-2018, rad. 52454.

- 62 CSJ SCP SP787-2019, Rad. 51319.
- 63 SP14499-2014, Rad. 39538 y CSJ SP1657-2018, rad. 52545.
- 64 C.O. Fiscalía No. 2, fls. 2 a 13.
- 65 C.O. Fiscalía No. 7, fls. 8 y 9.
- 66 Ibídem, fls. 12 a 15.
- 67 C.O. Fiscalía No. 1, fls. 85 y 112.
- 68 C.O. Fiscalía No. 4, fls. 296 a 308.
- 69 En el expediente obra comunicación suscrita Mónica Patricia Rodríguez Ortega, donde declara que su padre se llamaba José Buenaventura Rodríguez Salamanca y que falleció el 5 de diciembre de 2013, que era abogado y que trabajaba litigando.
- 70 C.O. Fiscalía No.1, fls. 175 a 190.
- 71 Ibídem, fls. 187 a 188.
- 73 C.O. Fiscalía No. 4, fls. 296 a 308.
- 74 C.O. Fiscalía No. 4, fls. 297 y 298.
- 75 Para la fecha de los hechos, inclusive, ya se contaba con el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C-054 de 1993 que declaró exequible el tema de la competencia del juez con jurisdicción donde ocurriere la violación o amenaza de un derecho fundamental.
- 76 C.O. Fiscalía No. 1, fls. 268 y 269, y C.O. Fiscalía No. 1, fl. 111.

- 77 Ibídem, fl. 275.
- 78 Ibíd., fl. 242.
- 79 Ibíd., fl. 285.
- 80 C.O. Fiscalía No. 3. Fls. 19 a 21.
- 81 Cfr. CSJ SP, 15 jul. 2015, rad. 43839.
- 82 Cfr. SP5053-2018, rad. 53277, CSJ SP, 6 mar. 2003, rad. 18021; CSJ SP, 6 sep. 2007, rad. 27092; CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 36387; CSJ SP, 10 oct. 2012, rad. 38396; CSJ SP, 4 mar. 2015, rad. 45099 y CSJ SP, 15 jul. 2015, rad. 43839.
- 83 C.O. Fiscalía No.5, resolución mediante la cual la Fiscalía calificó el mérito del sumario de octubre 9 de 2014, fls. 123 a 147.
- 84 C.O. Parte civil, fl. 28.
- 85 CSJ AP, 18 abr. 2012, rad. 38188
- 86 CSJ SP, 10 oct. 2012, rad. 38.396.
- 87 CSJ SP, 28 jun. 2017, rad. 49020 y SP364-2018, rad. 51142.
- 88 C.O. Parte Civil, fls. 17 y 18; y fls. 25 a 35.
- 89 Por ejemplo, en los casos de FONCOLPUERTOS, donde se emitieron órdenes judiciales en sede de tutela ordenando el incremento de los pagos de nómina a nombre de algunos empleados. Entre otros: SP578-2019, Rad. 53174.
- 90 CSJ SP2767-2019, 17 de julio de 2019, Rad. 54.023, reiterando la CSJ

SP9094-2015, 15 de julio de 2015, Rad. 43839.

91 C.O. No. 7, fl. 365 y folio reverso.

92 Según la documentación aportada por el entonces liquidador de la entidad pública, indicó que se habían hecho pagos a ese docente por \$129'099.532,58, sin reportar desembolsos a los demás accionantes que dieron lugar a las sentencias de tutela objeto de este proceso según se corrobora en: C.O. No. 3, fls. 66 a 69.

93 CSJ, rad. 41734, 18 dic. de 2013, AP852-2014, rad. 41342, AP3062-2015, rad. 45943, SP14206-2016, rad. 47209, SP17775-2017, rad. 49025, SP317-2018, rad. 50264, SP2653-2019, rad. 53479 y SP924-2020, rad. 54254, entre otras.

94 C.O. Parte civil, fls. 17 y 18.

95 C.O. No. 7, fl. 365.

96 Según la documentación aportada por el entonces liquidador de CAJANAL EICE, para ese momento se habían hecho pagos a Orlando Barragán Perdomo por \$129'099.532,58, sin reportar desembolsos a los demás accionantes que dieron lugar a las sentencias de tutela objeto de este proceso, según se corrobora en: C.O. No. 3, fls. 66 a 69. Resolución de acusación: C.O. No. 5, fls. 123 a 147.

97 C.O. Parte Civil, fls. 81 a 82.

98 Estas normas se armonizan con los artículos 56 y 170 de la Ley 600 de 2000. El primero de ellos indica que en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el juez procederá a liquidarlos de acuerdo con lo probado en la actuación y condenará al responsable; y el segundo, prescribe que toda sentencia debe contener los fundamentos jurídicos

relacionados con la indemnización de perjuicios, en los
condena en concreto de los perjuicios.

eventos en que proceda y la

99 C.O. No. 7, fl. 367 (reverso).