

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

SP2556-2021

Radicación N° 57002

Acta No.158

Bogotá D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia dictada el 30 de octubre de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, mediante la cual condenó a NÉSTOR SEGUNDO PRIMERA RAMÍREZ como autor responsable del delito de prevaricato por acción agravado.

HECHOS

El 5 de febrero de 2013, NÉSTOR SEGUNDO PRIMERA RAMÍREZ, actuando como Juez Penal del Circuito Especializado de Valledupar, profirió decisión a través de la cual concedió, de acuerdo con la causal contenida en el numeral 5° del artículo 365 de la Ley 600 de 2000, la libertad provisional a favor de Carlos Alberto Tamara Amaris (ex alcalde del Municipio de Becerril -Cesar- y quien fuere acusado por el delito de concierto para delinquir agravado), pese a que no se satisfacía el requisito objetivo para ello pues si bien la ejecutoria de la resolución de acusación se produjo el 30 de diciembre de 2011, lo cierto es que la captura de dicho ciudadano se efectuó el 19 de junio de 2012, por lo que para el 5 de febrero de

2013 sólo había estado privado efectivamente de la libertad por un lapso aproximado de 8 meses, término sustancialmente menor al exigido (1 año de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 transitorio de la Ley 600 de 2000).

Dicha decisión se estima manifiestamente contraria a la ley, comoquiera que desconoció la interpretación de las normas descritas fijada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual el reconocimiento de la libertad provisional no es meramente objetivo, es decir, que el sólo transcurso del término de los 6 o 12 meses (según sea el caso) contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación sin que se haya realizado la audiencia pública permite su consolidación, ya que es necesario constatar que la restricción del derecho a la libertad haya sido efectiva dentro del proceso en el cual se reclama el beneficio.

1. El 22 de mayo de 2018 se llevó a cabo audiencia de formulación de imputación ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Valledupar¹.

2. El 13 de noviembre de 2018 se realizó audiencia de formulación de acusación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, en la cual la Fiscalía le endilgó a NÉSTOR SEGUNDO PRIMERA RAMÍREZ el delito de prevaricato por acción agravado (arts. 413 y 415 de la Ley 599 de 2000)².

3. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 11 de diciembre de 2018³, mientras que el juicio oral se desarrolló en sesión del 28 de mayo de 2019⁴, fecha en la que no se anunció sentido de fallo en razón a que el magistrado y conjuez que en ese entonces componían la sala no arribaron a un criterio unánime, por lo que se aplazó la diligencia y se advirtió que se intentaría conformar la sala con el funcionario faltante⁵.

El 22 de octubre siguiente el Tribunal emitió sentido de fallo condenatorio por el delito de prevaricato por acción agravado⁶.

4. Finalmente, el 30 de octubre de 2019 profirió la respectiva sentencia⁷, decisión contra la cual la defensa interpuso el recurso de apelación objeto del presente pronunciamiento.

LA SENTENCIA RECURRIDA

1. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar condenó a NÉSTOR SEGUNDO PRIMERA RAMÍREZ a las penas de 50 meses de prisión, multa equivalente a 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 90 meses como autor responsable del delito de prevaricato por acción agravado.

1.1 Consideró probado a través de las estipulaciones que i) para el 5 de febrero de 2013 el procesado contaba con la calidad de servidor público, concretamente como Juez Penal del Circuito Especializado de Valledupar.

Y ii) que en la fecha señalada profirió auto mediante el cual concedió la libertad provisional a Carlos Alberto Tamara Amaris (quien estaba siendo enjuiciado por el delito de concierto para delinquir agravado) dentro del proceso con radicado No. 00011-2012. Lo anterior de conformidad a lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 365 de la Ley 600 de 2000 y el artículo 15 transitorio de la misma normatividad.

1.2. Afirmó que el auto previamente descrito es manifiestamente contrario a la ley dado que desconoció la jurisprudencia de esta Sala⁸ (la que el funcionario estaba obligado a aplicar de conformidad a la sentencia C-836 de 2001) que le imponía conceder la libertad provisional sólo si el procesado había permanecido privado físicamente de la libertad por más de 1 año contado desde la ejecutoria de la resolución de acusación sin que se hubiese llevado a cabo la respectiva audiencia pública de juzgamiento.

Precisó que PRIMERA RAMÍREZ concedió la libertad provisional a Carlos Alberto Tamara Amaris pese a que no se satisfacía dicho requisito objetivo, pues si bien la

ejecutoria de la resolución de acusación se produjo el 30 de diciembre de 2011, lo cierto es que la captura de dicho ciudadano se efectuó el 19 de junio de 2012, por lo que para el 5 de febrero de 2013 (fecha en que se profirió la decisión cuestionada) sólo había estado privado efectivamente de la libertad por un lapso aproximado de 8 meses, término sustancialmente menor al exigido (1 año).

1.3. Encontró acreditado que NÉSTOR SEGUNDO PRIMERA RAMÍREZ actuó con conocimiento exento de error y voluntad de transgredir la jurisprudencia ya referida. Dedujo el dolo a partir de lo siguiente:

1.3.1. El tema relacionado con la exigencia de la detención física o material por un lapso superior a 1 año contado desde la ejecutoria de la resolución de acusación sin que se hubiere celebrado la correspondiente audiencia pública (que demanda el ordenamiento jurídico) era ampliamente conocido, pues se trataba de una consolidada, pacífica y reiterada línea jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por lo que no se puede alegar su desconocimiento a un acto de ignorancia, “pereza intelectual, ligereza o una distracción del acusado”, y mucho menos se puede afirmar que se trata de una disparidad de criterios o de un desacierto entre 2 opiniones posibles, comoquiera que el acusado no indicó las razones por las cuales se apartaba del precedente.

1.3.2. El acusado contaba con una amplia experiencia en el área penal, pues venía administrando justicia por más de 11 años, durante los cuales desempeñó los cargos de Juez Promiscuo Municipal de Curumaní (1997 - 2007), Juez Segundo Penal Municipal de Valledupar (2007 - 2010) y Juez Único Penal del Circuito Especializado de Valledupar (2010 - hasta la fecha que se profirió la decisión cuestionada).

1.3.3. Se demostró que en el proceso penal a cargo del acusado se presentaron maniobras dilatorias por parte de la bancada de la defensa que impidieron dar inicio a la audiencia de juzgamiento, circunstancia que era conocida por PRIMERA RAMÍREZ, pues así lo consignó

en auto del 21 de febrero de 2013, por medio del cual negó la libertad provisional solicitada por Carlos Alberto Mayo Villegas, quien era otro ciudadano procesado dentro del radicado No. 00011-2012.

En dicha decisión, así como en el auto cuestionado, PRIMERA RAMÍREZ consignó que la no realización de la audiencia de juzgamiento se ocasionó por una serie de maniobras dilatorias atribuibles a distintos defensores, y si bien en ambas providencias el acusado analizó si la defensa de Carlos Alberto Tamara Amaris y Carlos Alberto Mayo Villegas propiciaron la dilación del proceso (para conceder la libertad provisional en el primer caso y en negarla en el segundo), lo cierto es que al valorar la situación específica de Tamara Amaris debió tener en cuenta tales dilaciones a efecto de negar la libertad provisional.

1.3.4. Si bien la Fiscalía indicó que las maniobras dilatorias de la defensa no permitían deducir un indicio de responsabilidad en contra del procesado por cuanto constituía un aspecto que desbordaba la acusación, el Tribunal no compartió dicha tesis al estimar que no se vulnera el principio de congruencia cuando se deduce la responsabilidad penal de la prueba aportada por la defensa (inspección judicial) y del auto del 21 de febrero de 2013, a través de la cual es posible corroborar que el acusado actuó de manera dolosa comoquiera que conocía de las maniobras dilatorias de la defensa y a pesar de ello decidió favorecer a Carlos Alberto Tamara Amaris al otorgarle la libertad provisional.

1.4. Contestó los alegatos de la defensa así:

1.4.1. Ninguna incidencia tuvo el tamaño del expediente, la entidad de los delitos por los que se procedía y el número de abogados que intervenían en el mismo, pues para decidir sobre la libertad provisional de Carlos Alberto Tamara Amaris no se requería auscultar entre varias pruebas o teorías jurídicas, sino que bastaba con cotejar las fechas en que se produjo la ejecutoria de la resolución de acusación y la captura de Tamara Amaris a efecto de concluir que dicho ciudadano no había permanecido privado de la libertad por más de 1 año

para la fecha en que profirió la decisión cuestionada.

1.4.2. Aseguró la defensa que el juez que reemplazó al acusado (Efraín Vargas Márquez) actuó de igual manera al proferir el auto el 14 de marzo de 2013 (a través del cual negó la libertad provisional que fuere solicitada por Carlos Alberto Mayo Villegas), ya que solamente tuvo en cuenta la ejecutoria de la resolución de acusación.

Contrario al ello, el Tribunal advirtió que el juez Vargas Márquez al negar la libertad del referido ciudadano tuvo en cuenta las maniobras dilatorias efectuadas por la bancada de la defensa, circunstancia que corrobora que el aquí acusado debió haber advertido esa situación al proferir la decisión cuestionada.

1.4.3. No es posible afirmar que el acusado no conocía la jurisprudencia en virtud de que en el código de procedimiento penal que imprime la editorial Legis no se hace mención frente a la misma, dado que existen múltiples formas de acceder a esa información.

1.5. Al dosificar la pena, partiendo de la punibilidad descrita en los artículos 413 y 415 de la Ley 599 de 2000, el a quo seleccionó el cuarto mínimo en razón a que no se endilgaron circunstancias genéricas de mayor punibilidad y por el contrario se dedujo la ausencia de antecedentes penales, por lo que tasó la sanción en 50 meses de prisión, 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 90 meses.

1.6. No concedió la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por la prohibición contenida en el artículo 28 de la Ley 1453 de 2011 y el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014 que modificó el artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

IMPUGNACIÓN

1. La defensa solicita decretar la nulidad de la actuación a partir del debate probatorio

llevado a cabo en el juicio oral en virtud de lo siguiente:

1.1. Advierte el recurrente que una vez finalizó el debate público, el magistrado (ponente) y el conjuez que en ese entonces (28 de mayo de 2019) componían la sala del Tribunal no llegaron a un acuerdo respecto del sentido de fallo a emitir, escenario que motivó el aplazamiento de la diligencia.

Posteriormente, se posesionó un nuevo conjuez a efecto de completar la sala, quien “no conoció el descubrimiento probatorio ni de la fiscalía ni de la defensa, menos la producción, incorporación, confrontación y controversia de la prueba”⁹, circunstancia que a juicio del recurrente conculcó el derecho fundamental al debido proceso por la violación del principio de inmediación.

Lo anterior en razón a que dicho conjuez, no solo dirimió el desacuerdo, sino que “condenó, y (probablemente) inclinó en su pretensión de condena al magistrado que estaba indeciso”¹⁰, situación que explicaría el hecho que no se haya presentado salvamento de voto.

Por lo tanto, resulta trascendente la llegada del nuevo conjuez, pues incidió de manera ostensible al momento de proferir el sentido de fallo contra NÉSTOR SEGUNDO PRIMERA RAMÍREZ.

1.2. La edificación del elemento objetivo y subjetivo del tipo por parte del a quo entraña la vulneración del derecho al debido proceso por la trasgresión del principio de congruencia. Ello en razón a lo siguiente:

1.2.1. La Fiscalía, al momento de acusar al aquí procesado, no dedujo la manifiesta contrariedad de la decisión cuestionada y el dolo por el hecho que éste profirió el auto del 21 de febrero de 2013 a través del cual negó a otro procesado la libertad provisional en virtud de una presunta maniobra dilatoria por parte de la defensa.

Pese a ello, el Tribunal consideró que la decisión cuestionada era manifiestamente contraria a la ley porque desatendía la “ley de bancada” que le exigía al acusado negarle a Carlos Alberto Tamara Amaris la libertad provisional en razón a las maniobras dilatorias realizadas por la bancada de la defensa, circunstancia que era conocida por éste pues así lo consignó en la decisión posterior del 21 de febrero de 2013.

1.2.3. Deduce la trascendencia del yerro al considerar que i) desnaturaliza la estructura del proceso penal colombiano; ii) maltrata a la defensa material y técnica; iii) la sorprende con un “cargo fáctico y prueba inexistentes”; iv) condena al acusado pese a que todas las partes solicitaron la absolución del mismo; y v) se invaden las funciones propias de otros servidores públicos.

Además, considera que de no haberse tenido en cuenta ese aspecto que estuvo por fuera de la acusación, la decisión habría sido absolutoria a favor de PRIMERA RAMÍREZ.

2. Por otra parte, la defensa solicita revocar la sentencia condenatoria en el sentido de absolver a su prohijado. Al efecto esgrime los siguientes argumentos:

2.1. El Tribunal no tuvo en cuenta la sentencia C-335 de 2008, la cual precisó que al desconocerse una línea jurisprudencial puede incurrirse en el delito de prevaricato exclusivamente en el evento en que la jurisprudencia inaplicada encarne una de las siguientes hipótesis:

i) Fallos de control constitucional de leyes. Hipótesis que no opera en el presente caso porque, según el apelante, la jurisprudencia presuntamente desatendida por el acusado se refiere a una norma legal y no constitucional (numeral 5° del artículo 365 de la Ley 600 de 2000), y “no fueron proferidas para ejercer el control constitucional o legal que compete a otras autoridades”.

iii) Fallos sobre actos administrativos de carácter general. Hipótesis que tampoco opera,

pues a juicio del apelante la “norma aplicada por Néstor no es un acto administrativo, sino precepto jurídico y fue usado por el juez en decisión judicial, no en acto administrativo”.

Por lo anterior, la conducta desplegada por el acusado no es típica ni siquiera desde el punto de vista objetivo.

2.2. La decisión cuestionada no es manifiestamente contraria a la ley, pues se trató de una determinación que contiene una disparidad con el criterio fijado por la Corte, máxime si se tiene en cuenta que:

i) Inicialmente existió salvamento de voto a esa jurisprudencia (el apelante no precisa cuáles fueron esos salvamentos de voto).

ii) “Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett (Procurador General de la Nación y Fiscal General, en su orden) pregonan en su obra¹¹ que la causal invocada por Néstor Segundo Primera (la 5ª del artículo 415 de la obra procesal anterior) no exige como presupuesto la detención física. Y precisan que en la reforma introducida por la Ley 81 de 93 se suprimió de modo expreso lo atinente a la privación efectiva de la libertad”.

iii) La Ley 600 de 2000 reitera lo indicado en la reforma anteriormente referida.

Y iv) el procesado aplicó el numeral 5º del artículo 365 de la Ley 600 de 2000 de manera exegética.

2.3. Finamente, en lo atinente al aspecto subjetivo del tipo, refiere:

2.3.1. La experiencia con la que contaba el acusado para el momento que profirió la decisión cuestionada (5 de febrero de 2013) no permite afirmar que éste conocía la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que se le endilga haber desatendido.

2.3.2. La deducción del dolo, reitera, comportó una violación al debido proceso por violación

del principio de congruencia. Por ello, no puede edificarse el aspecto subjetivo del tipo bajo el argumento de que el procesado conocía sobre las maniobras dilatorias realizadas por la defensa, pues dicho hecho no le fue endilgado dentro de la formulación de acusación.

Contrario a ello, esa circunstancia lo único que probaría es que el aquí enjuiciado desconocía la “ley de bancada” para el 5 de febrero de 2013.

NO RECURRENTES

Las partes no recurrentes no se pronunciaron en cuanto a los argumentos propuestos por la defensa en el recurso de alzada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia.

De acuerdo con el artículo 32-3 de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer los recursos de apelación contra autos y sentencias que profieran en primera instancia los tribunales superiores de distrito.

Cabe precisar que la competencia en segunda instancia es funcional, esto es, limitada al estudio de los argumentos de inconformidad expuestos oportunamente por el apelante y de aquellos que estén ligados de manera inescindible. Sin embargo, inicialmente la Sala se ocupará de abordar la nulidad propuesta por la defensa, por así imponerlo el principio de prioridad que regula tal instituto jurídico.

2. Nulidad por afectación de la inmediación.

2.1. La entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 supuso el reconocimiento de una serie de principios y garantías ajenos a los que subyacen al régimen procesal previsto en la Ley 600 de 2000.

Entre ellos se encuentra el de inmediación de la prueba, descrito en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, según el cual -con expresas excepciones- “en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”.

Dicha garantía propende porque el juez encargado de dirigir el juicio y dictar la sentencia perciba en forma directa la práctica de pruebas, a efecto de que adquiera conocimiento de lo sucedido que le permita decidir sobre la materialidad del delito y la responsabilidad del enjuiciado.

En similar sentido, el artículo 379 de la Ley 906 de 2004 prevé que «el Juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia», de ahí que el canon 454 de la misma codificación establece que deberá repetirse la práctica de la prueba «si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar al juez». Por lo tanto, como regla general, el funcionario que dirige la vista pública debe ser el mismo que anuncia el sentido del fallo y profiere sentencia.

No obstante, la referida causal de invalidación no opera automáticamente ante la constatación objetiva del hecho que la configura (la sustitución del funcionario judicial).

Ya la Corte¹² ha precisado que no siempre que el sentenciador de primera instancia es diferente del que presenció el debate probatorio, procede la anulación de la actuación, por cuanto lo realmente importante es que se identifique la afectación real de los derechos y garantías procesales de las partes e intervinientes, o la distorsión de las bases fundamentales del procedimiento.

Sobre el particular la Sala ha dicho:

Es oportuno destacar que a pesar de que la Corte ha reconocido pacíficamente la importancia y trascendencia de esos principios garantistas, también ha dicho que no

siempre que se producen cambios en la persona del juez durante el juicio, se genera la nulidad de la actuación, pues cada caso habrá de examinarse particularmente, en orden a establecer si una incorrección de esa naturaleza, alcanza a trastocar los principios reguladores de la fase del juicio y, por consiguiente, las garantías fundamentales de los sujetos procesales.

(...)

...si se cumplió cabalmente con la posibilidad de contradicción y confrontación probatoria - con la obvia excepción de la prueba de referencia y su eficacia demostrativa limitada-, se tomaron registros fidedignos que permitan del fallador examinar la prueba de forma adecuada, y si además se entiende necesario proteger derechos fundamentales o se advierte que la sustitución del juez devino obligada, no es factible decretar la nulidad de la audiencia de juicio oral apenas buscando que se repitan las pruebas en presencia del funcionario que proferirá el fallo¹³.

Es así que la Corte¹⁴ ha concluido que, si bien debe garantizarse el principio de inmediación, también ha venido flexibilizando su postura en el sentido de advertir que cuando se produce la variación del funcionario de conocimiento en el curso del juicio, de modo que quien presencié las pruebas no es la misma persona que adoptará la decisión (sentido del fallo o sentencia), esa circunstancia no conduce inexorablemente a la anulación del trámite, sobre todo si se cuenta con los registros audiovisuales, siendo necesario que se demuestre el daño o perjuicio -efectivo- causado con un juicio realizado de manera desconcentrada y en cabeza de dos o más juzgadores.

2.2. En el asunto examinado se advierte que el juicio oral se desarrolló en sesión del 28 de mayo de 2019 ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar en Sala integrada por el magistrado Luigui José Reyes Núñez (ponente) y el conjuez Gregorio Alvear Palomino. Se advirtió en esa diligencia que el conjuez Iván Otero Mendoza renunció a tal investidura,

encontrándose esa corporación a la espera de que tomara posesión un nuevo conuez. No obstante, dicha circunstancia no impidió la instalación de la audiencia, comoquiera que con los dos integrantes de la Sala existía quorum para darle trámite a la misma¹⁵.

Además, en aquella oportunidad no se anunció sentido de fallo y se aplazó la diligencia, luego que se indicara lo siguiente:

La Sala luego de deliberar no ha llegado a un criterio unánime en relación con el sentido del fallo. Criterio que tampoco vemos aquí del todo unánime entre los intervinientes. Hay matices, aun cuando todos propugnan por la sentencia absolutoria, hay matices en los criterios jurídicos que sustentan una y otra posición. Al igual la Sala tiene pensado resolver todos ellos, pero hoy no hemos llegado a un criterio unánime sobre la decisión a adoptar. Trataremos de conformar la Sala completa de los 3 magistrados sin que esto sea óbice para dilatar en el tiempo la decisión que se va a adoptar.

Posteriormente, el 4 de julio de 2019 tomó posesión el conuez Efraín Gutiérrez Ramírez a afecto de reemplazar a Iván Otero Mendoza¹⁶.

Finalmente, el 22 de octubre siguiente el Tribunal emitió sentido de fallo condenatorio contra NÉSTOR SEGUNDO PRIMERA RAMÍREZ por el delito de prevaricato por acción agravado.

2.3. Así pues, es evidente, a partir del recuento procesal que antecede, que en este caso el conuez Efraín Gutiérrez Ramírez no estuvo presente en la sesión de audiencia donde se recaudó el material probatorio, por lo que no percibió de manera directa y con inmediación la prueba practicada.

Sin embargo, dicha circunstancia no resta legitimidad al juicio y resulta insuficiente para suscitar la invalidación de la actuación, dado que, atendidas las particularidades del caso, surge claro que la toma de posesión del referido conuez no conllevó una afectación real de

los derechos y garantías procesales de las partes, así como tampoco motivó la distorsión de las bases fundamentales del procedimiento.

2.3.1. Nótese, en primer lugar, que el doctor Gutiérrez Ramírez tuvo la posibilidad cierta de conocer los pormenores de la sesión del juicio, pues dicha diligencia fue adecuadamente registrada en audio, grabación respecto de la cual no se advierte algún daño o avería que dificulte o imposibilite la exploración de su contenido dado que la calidad del audio permite una aproximación bastante certera a lo sucedido en dicha diligencia.

2.3.2. Por otra parte, la actividad probatoria en el presente asunto estuvo restringida a i) cinco estipulaciones acompañadas de los documentos que las soportan, y ii) la prueba documental que fuere decretada en audiencia preparatoria por solicitud de Fiscalía y defensa.

Por ello, resulta claro que el acervo probatorio con base en el cual ha de emitirse la sentencia está constituido en su totalidad por elementos de naturaleza documental, por lo que la Sala observa que para la adecuada apreciación de las pruebas documentales resulta secundaria la presencia del conjuez Efraín Gutiérrez Ramírez en el juicio oral, comoquiera que el examen respecto del contenido de las mismas depende simplemente de la confrontación y valoración de su corporalidad.

2.4. De esta manera, la Sala concluye que en el presente asunto la posesión del ya referido conjuez, con posterioridad a que se desarrollara la audiencia de juicio y previo a que se profiriera sentido de fallo, no comporta ninguna afectación material de los derechos de las partes e intervinientes, pues ante la calidad de los registros efectuados y la naturaleza eminentemente documental de la prueba recaudada, resultaba posible para el doctor Gutiérrez Ramírez su apreciación completa y el examen de su mérito probatorio.

En consecuencia, la Sala no accede a decretar la nulidad postulada por la defensa.

3. Nulidad por violación del principio de congruencia.

3.1. El artículo 448 de la Ley 906 de 2004 consagra la garantía establecida a favor del acusado, de acuerdo con la cual no podrá ser declarado culpable por “hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”.

La Sala de manera reiterada¹⁷ ha señalado que entre la acusación y la sentencia debe existir correspondencia en los aspectos personales (sujetos), fácticos (hechos y circunstancias) y jurídicos (modalidad delictiva), de tal forma que, si alguno de ellos no guarda la debida relación, su consecuencia inmediata sería el quebrantamiento de las bases fundamentales del proceso.

Con ello se pretende asegurarle al procesado una efectiva defensa, de modo que solo podrá ser condenado por los hechos y los delitos contenidos en la acusación, evitando así que sea sorprendido con imputaciones respecto de las cuales no se defendió y no ejerció su derecho de contradicción.

También se ha precisado que la determinación jurídica posee una connotación si se quiere flexible, mientras que la descripción fáctica, no puede ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, entendido éste como el trámite formalizado que comienza con la formulación de imputación y termina con la sentencia ejecutoriada.

Bajo esa óptica, el principio de congruencia implica dos aristas: i) el derecho a conocer de manera clara y suficiente los cargos por los cuales se acusa a la persona; y ii) la concordancia entre los consignados en la acusación y aquellos que son objeto de sentencia (absoluta en lo fáctico y relativa en lo jurídico).

Es así que la Sala¹⁸ ha comprendido que se quebranta la referida garantía cuando:

(i) Se condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de

imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación.

(ii) Se condena por un delito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación.

(iv) Se suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación.

Es de anotar que frente a la primera de las aludidas hipótesis, la Corte tiene dicho también que la vulneración del principio de congruencia, en lo referente a la imputación fáctica, se produce siempre que se desconozca el núcleo esencial de la misma. (CSJ SP, 27 de jul. de 2007, rad. 26468; CSJ SP, 3 de jun. de 2009, rad. 28649; CSJ SP, 15 de oct. de 2014, rad. 41253”.

Es decir que, el principio de congruencia tiene una directa relación con los aspectos fácticos de las audiencias de formulación de imputación y de acusación, y de estas con el fallo, guardando el respeto de su núcleo esencial, el cual se entiende como el conjunto de elementos que configuran la conducta o conductas delictivas.

3.2. Preciado lo anterior, la Sala advierte que, contrario a lo considerado por la defensa, el Tribunal no conculcó el principio de congruencia en el presente asunto. Lo anterior en virtud de lo siguiente:

3.2.1. La Fiscalía formuló acusación contra NÉSTOR SEGUNDO PRIMERA RAMÍREZ por el delito de prevaricato por acción agravado, de conformidad a lo reglado en los artículos 413 y 415 de la Ley 599 de 2000.

En cuanto a la situación fáctica (la cual guardó correspondencia con la indicada en audiencia de imputación de cargos) señaló lo siguiente:

(i) Néstor Segundo Primera Ramírez fungía como juez penal del circuito, especializado de esta ciudad para el 5 de febrero de 2013. Como tal y en esa calidad de derecho, firmó con su puño el contenido de esa decisión que le deviene como propia. El nombramiento en esa calidad se le hizo mediante acuerdo 028 del 30 de julio de 2010, a partir del 4 de agosto dada la renuncia de la titular de entonces, cargo del cual tomó posesión ante el alcalde esta ciudad en la misma fecha. Siendo además, ratificado su nombramiento, en provisionalidad, en el mismo cargo, mediante acuerdo 059 del 4 de octubre de 2012. Como tal y en esa calidad de derecho, firmó con su puño el contenido del auto del 5 de febrero de 2013 que le deviene como propio (II) El profirió el auto del 5 de febrero de 2013, por medio del cual le concedió la libertad provisional a Carlos Alberto Tamara Amaris, dentro del proceso radicado bajo el número 00011 de 2012, por el delito de concierto para delinquir, agravado. El concepto de auto, queda comprendido dentro de lo que el tipo penal señala como “resolución” según lo ha establecido la jurisprudencia de la CSJ (III) Lo manifiestamente contrario a la ley deviene en poder decir que ese auto del 5 de febrero de 2013, que se profirió fundamentándose en el numeral 5º del artículo 365 de la ley 600 de 2000, desconoció el precedente judicial de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, el cual y por lo menos, desde el auto del 9 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Dídimo Páez Velandia, siendo reiterado en los autos del 15 de abril de 1999, con ponencia del Magistrado Carlos Gálvez Argote, 25 de noviembre de 1999, con ponencia de Jorge Córdoba Poveda y 13 de enero de 2000, con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla. Exigía para que esa causal procediera, el concepto de privación efectiva de la libertad. En el caso decidido de Tamara Amaris, la norma requería, conforme al artículo 15 transitorio, 12 meses, que respetando el precedente judicial serían de privación efectiva de la libertad, los cuales para el momento de la libertad, 5 de febrero de 2013, no se había cumplido ya que la captura se produjo el 7 de junio de 2012.

De lo anteriormente expuesto se extrae que el reproche central del ente acusador frente a la decisión cuestionada se fundamenta en que el funcionario desconoció la jurisprudencia

de la Corte Suprema de Justicia que le imponía conceder la libertad provisional sólo si el procesado había permanecido privado físicamente de la libertad por más de 1 año contado desde la ejecutoria de la resolución de acusación sin que se hubiese llevado a cabo la respectiva audiencia pública de juzgamiento.

3.2.2. Por su parte, como ya fuere indicado con anterioridad, el Tribunal condenó a NÉSTOR SEGUNDO PRIMERA RAMÍREZ como autor responsable del delito de prevaricato por acción agravado.

Lo anterior tras hallar acreditado que:

i) Para el 5 de febrero de 2013 el procesado contaba con la calidad de servidor público, concretamente como Juez Penal del Circuito Especializado de Valledupar.

ii) En la fecha señalada profirió auto mediante el cual concedió la libertad provisional a Carlos Alberto Tamara Amaris (quien estaba siendo enjuiciado por el delito de concierto para delinquir agravado). Ello de conformidad a lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 365 de la Ley 600 de 2000 y el artículo 15 transitorio de la misma normatividad.

iii) El auto anteriormente descrito es manifiestamente contrario a la ley dado que desconoció la jurisprudencia de esta Sala (la que el funcionario estaba obligado a aplicar de conformidad a la sentencia C-836 de 2001) que le imponía conceder la libertad provisional sólo si el procesado había permanecido privado físicamente de la libertad por más de 1 año contado desde la ejecutoria de la resolución de acusación sin que se hubiese llevado a cabo la respectiva audiencia pública de juzgamiento.

Por lo tanto, concluyó que PRIMERA RAMÍREZ concedió la libertad provisional a Carlos Alberto Tamara Amaris pese a que no se satisfacía dicho requisito objetivo, pues si bien la ejecutoria de la resolución de acusación se produjo el 30 de diciembre de 2011, lo cierto es que la captura de dicho ciudadano se efectuó el 19 de junio de 2012, por lo que para el 5 de

febrero de 2013 (fecha en que se profirió la decisión cuestionada) sólo había estado privado efectivamente de la libertad por un lapso aproximado de 8 meses, término sustancialmente menor al exigido (1 año).

3.2.3. Por consiguiente, aun cuando el Tribunal acudió erróneamente al auto del 21 de febrero de 2013 (por medio del cual el aquí procesado negó la libertad provisional solicitada por Carlos Alberto Mayo Villegas, quien era otro ciudadano procesado dentro del radicado No. 00011-2012) para deducir el dolo, dicho desatino no apareja la vulneración de garantías del procesado comoquiera que la verificación del elemento objetivo de la conducta punible finalmente surgió de la discrepancia entre la providencia cuestionada y el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, se advierte que el Tribunal efectuó un examen amplio y suficiente que le permitió sostener que el funcionario judicial acusado no tuvo en cuenta la jurisprudencia que le prohibía conceder la libertad provisional cuando el procesado no había permanecido privado físicamente de la libertad por el término ya descrito, circunstancia que en definitiva fue la que motivó la concesión de la libertad a favor de Carlos Alberto Tamara Amaris a pesar de que no se satisfacía dicho requisito objetivo.

Así las cosas, se concluye que el aspecto fáctico que se enunció al inicio de la actuación penal, en su esencia, se mantuvo hasta la sentencia que se critica, en tanto que lo que se reprobó fue que el encartado, en condición de Juez Penal del Circuito Especializado de Valledupar, profirió una decisión a través de la cual concedió la libertad provisional a favor de Carlos Alberto Tamara Amaris, en contravía de lo que la jurisprudencia de esta Corte ha señalado en relación con el requisito objetivo de privación efectiva de la libertad.

3.2.4. Por otra parte, el Tribunal no varió la calificación jurídica de la conducta, comoquiera que condenó al aquí procesado por el mismo delito que le fuere endilgado en la audiencia de formulación de acusación (prevaricato por acción agravado).

3.2.5. Tales hechos y supuestos jurídicos, sin duda alguna, fueron conocidos por el implicado y su apoderado, quienes contaron con la oportunidad de ejercer el derecho de defensa, circunstancia que descarta el quebrantamiento de las bases fundamentales del proceso penal.

En consecuencia, la Sala no accede a decretar la nulidad postulada por la defensa.

El tipo penal de prevaricato por acción se encuentra definido en el artículo 413 del Código Penal, en los siguientes términos:

Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses¹⁹.

En su aspecto objetivo, se ha considerado un ilícito de resultado, en el que la descripción típica tiene la siguiente estructura básica: (i) un sujeto activo calificado, es decir, servidor público; (ii) una resolución, dictamen o concepto proferido por éste en función de su cargo; y (iii) la manifiesta contrariedad con la ley predicable de aquel pronunciamiento. (CSJ AP, 31 oct. 2018, Rad. 49.202).

En efecto, si para la activación de la persecución penal la Carta Política requiere la existencia de una conducta típica, o lo que es lo mismo, objetivamente ajustada a alguno de los comportamientos sancionables descritos en la legislación sustantiva, para el contexto del prevaricato por acción derivado de una equivocada aplicación del ordenamiento jurídico, esta Corporación ha indicado que resulta necesario:

(i) delimitar las normas aplicables al caso; (ii) precisar la manera como las mismas fueron

aplicadas por el sujeto activo; y (iii) realizar un juicio valorativo, que no está orientado a establecer la corrección de la decisión, sino su manifiesta contradicción con el ordenamiento jurídico.²⁰

En cuanto a la expresión «manifiestamente» que califica la discrepancia entre la resolución, dictamen o concepto y, el derecho aplicable, la Sala ha sostenido que éstas deben contener «conclusiones abiertamente opuestas a lo que muestran las pruebas o al derecho bajo el cual debe resolverse el asunto»²¹, de manera que deben «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»²².

De igual forma, la Corte²³ ha insistido en que el análisis de contradicción entre lo decidido y la ley debe hacerse mediante un juicio de verificación ex ante; por tanto, imperioso resulta al fallador ubicarse al momento en que el servidor público emitió la resolución, el dictamen o el concepto y examinar las circunstancias por él conocidas, siendo en consecuencia improcedente un juicio ex post con nuevos elementos y conocimientos.

Por otra parte, debe recordarse que «no solamente la ley es fuente de derecho sino también los procesos propios de su aplicación por parte de las autoridades que tienen la competencia constitucional para hacerlo, como así sucede con la jurisprudencia»²⁴.

Así, la Sala ha referido de manera reiterada frente al carácter vinculante de la jurisprudencia, y su estrecha simetría con el punible de prevaricación, por ende, se ha sostenido:

Entre los motivos que apoyan la tesis que le otorga poder normativo y, por lo tanto, fuerza vinculante a la jurisprudencia de las Altas Cortes se tiene el de la coherencia, según la cual no puede mantenerse una situación en la que un caso se resuelva de una manera y otro, con un supuesto fáctico similar, se defina de forma distinta, pues tal disparidad de criterios

comportaría una trasgresión de garantías fundamentales, tales como el derecho a la igualdad, así como inestabilidad para el sistema jurídico que propende por la permanencia en el tiempo de reglas jurídicas que resuelvan de manera uniforme los conflictos derivados de casos concretos.

(...)

Conceder fuerza vinculante a la jurisprudencia también impide la discrecionalidad del juez inferior, pues su libertad creadora, la cual puede derivar, en algunos casos, en desconocimiento de derechos fundamentales, queda condicionada al respeto de lo ya dispuesto por tribunales superiores en casos similares, sin que ello se torne incompatible con el principio de autonomía e independencia judicial, pues, en últimas, al igual que la ley, la jurisprudencia es fuente de derecho a la que la actividad del juzgador siempre estará sometida.

También la aplicación del derecho por parte de su legítimo intérprete (jurisprudencia) es fuente de derecho, al igual que se predica de la Ley. Ello encuentra su razón de ser en que de tiempo atrás se ha aclarado que el artículo 230 de la [Constitución Política](#), cuando refiere que el juez sólo está sometido al imperio de la ley, no alude únicamente a la acepción de ley en su sentido formal, esto es, la expedida por el Congreso, sino a todo el ordenamiento jurídico²⁵, en el que se incluyen, por ejemplo, la jurisprudencia, la costumbre, los tratados internacionales, las convenciones colectivas, entre otros.

(...)

Este tema ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional en varias decisiones de tutela y de constitucionalidad, siendo la sentencia hito la C-836 de 2001. Sin embargo, las conclusiones allí plasmadas no fueron del todo novedosas, pues en decisión anterior (sentencia C-252 del 28 de febrero de 2001, mediante la cual se analizó una demanda contra varias normas que regulan la casación en la Ley 600 de 2000) también se

hizo referencia al deber de acatamiento de la jurisprudencia que, junto a la Ley y a la Constitución, se constituye en uno de los “materiales legitimados en los cuales se expresa el derecho”.

En ese pronunciamiento se dijo que, además de la fuerza vinculante de la doctrina constitucional (sentencia C-083 de 1995²⁶), ese poder normativo también se reputa de las decisiones de otras autoridades, como así se precisó en diversas providencias de la Corte Constitucional, entre ellas las decisiones T-123 de 1995, C-447 y la Sentencia de Unificación 049 de 1997. De todo lo anterior se infiere que un sistema fuerte de precedentes no riñe con nuestra tradición de tener a la ley como fuente primigenia y única de derecho, pues la disciplina de la sujeción al precedente es una forma efectiva de materializar el derecho a la igualdad.

(...)

La Sala de Casación Penal también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema²⁷, reconociendo el carácter vinculante de su jurisprudencia, citando justamente la línea que ha trazado la Corte Constitucional, concretamente la sentencia C-836 de 2001.

En este orden de ideas, en la actualidad es difícilmente sostenible, a pesar de nuestra tradición jurídica de corte legalista, afirmar que la jurisprudencia es apenas un criterio auxiliar de la aplicación del derecho y que carece de cualquier poder normativo. La Corporación insiste, al contrario de lo que afirma el apelante, en que las decisiones de las altas Cortes son fuente formal de derecho, pues crean reglas jurídicas acerca de cómo debe interpretarse el ordenamiento, naturaleza que las dota de fuerza vinculante, esto es, del deber de acatamiento por parte de los jueces, sin que se desconozcan los principios de autonomía e independencia, pues de todas formas, por tratarse de un sistema flexible del precedente, existe la posibilidad de apartarse de éste, más no de cualquier manera, de forma arbitraria y sin ningún esfuerzo dialéctico, sino siempre que se cumpla con la carga

argumentativa del modo al que se refiere la sentencia C-[836] de 200128.

Es por ello que la Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad del tipo penal de prevaricato activo, en sentencia C-335-2008 subrayó:

Más recientemente, la Corte en sentencia T-571 de 2007 consideró lo siguiente:

“Los límites a la autonomía. Sin embargo, también ha señalado que la autonomía judicial que se protege, en materia de interpretación, no es del todo absoluta. Existen criterios objetivos que permiten fijar un límite legítimo a la interpretación judicial, en la medida en que orgánicamente establecen premisas generales que no pueden ser libremente desechadas por el fallado[r]. Esos criterios objetivos son: a). El juez de instancia está limitado por el precedente fijado por su superior frente a la aplicación o interpretación de una norma concreta; b) El tribunal de casación en ejercicio de su función de unificación puede revisar la interpretación propuesta por los juzgados y tribunales en un caso concreto, y fijar una doctrina que en principio será un elemento de unificación de la interpretación normativa que se convierte precedente a seguir²⁹. c) Si bien, ese criterio o precedente puede ser refutado o aceptado por el juzgado de instancia, lo claro es que no puede ser desoído abiertamente en casos iguales, sino que debe ser reconocido y/o refutado por el juez de instancia o tribunal, bajo supuestos específico[s]³⁰; d) el precedente, no es el único factor que restringe la autonomía del juez. Criterios como la racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, exigen que los pronunciamientos judiciales sean debidamente fundamentados y compatibles con el marco axiológico, deóntico y el cuerpo normativo y constitucional que compromete el ordenamiento jurídico; e) Finalmente el principio de supremacía de la Constitución obliga a todos los jueces a interpretar el derecho en compatibilidad con la Constitución.³¹ El deber de interpretar de manera que se garantice la efectividad de los principios, derechos y deberes de la constitución, es entonces un límite, si no el más importante, a la autonomía judicial.³²

Y concluyó:

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

Así, la Corte ha puntualizado que para condenar por esta modalidad delictiva “resulta imprescindible comprobar que el autor sabía que actuaba en contra del derecho y que, tras ese conocimiento, voluntariamente decidió vulnerarlo” (CSJ SP, 27 jul. 2011, Rad. 35.656).

De esa forma, al no existir una previsión concreta de tal naturaleza en la redacción del artículo 413 precitado, su configuración se circunscribe a la idónea demostración de que el agente obró con el conocimiento y la voluntad de contrariar palmariamente el orden jurídico a través de la determinación adoptada.

5. Estudio del caso concreto frente al delito de prevaricato por acción

5.1 En este asunto, no cabe duda y tampoco se discute: (i) la identidad del procesado; ii) su calidad de servidor público como Juez Penal del Circuito Especializado de Valledupar para la fecha en que adoptó la decisión cuestionada; iii) haber proferido, el 5 de febrero de 2013, auto mediante cual concedió la libertad provisional a favor de Carlos Alberto Tamara Amaris; iv) la ejecutoria de la resolución de acusación proferida contra Tamara Amaris se produjo el 30 de diciembre de 2011; y v) la captura de dicho ciudadano se efectuó el 19 de junio de 2012.

5.2 Respuesta a la apelación formulada por la defensa respecto a la manifiesta contrariedad de la decisión cuestionada.

5.2.1. La defensa sostiene que el Tribunal se equivocó al considerar que la decisión

adoptada por el funcionario es manifiestamente contraria a la ley. Contrario a ello, afirma que se trató de una disparidad con el criterio jurisprudencial fijado por esta Sala.

5.2.2. Por resultar relevante, corresponde señalar que el numeral 5º del artículo 365 de la Ley 600 de 2000, establece que la libertad provisional procede:

5. Cuando hayan transcurrido más de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, sin que se hubiere celebrado la correspondiente audiencia pública salvo que se hubieren decretado pruebas en el exterior o se esté a la espera de su traslado, caso en el cual, el término se entiende ampliado hasta en seis (6) meses.

No habrá lugar a la libertad provisional cuando la audiencia se hubiere iniciado, y ésta se encuentre suspendida por causa justa o razonable o cuando habiéndose fijado fecha para la celebración de la misma, no se hubiere podido realizar por causa atribuible al sindicado o a su defensor.

Atendiendo que la decisión aquí cuestionada se profirió en un proceso que conocía un juzgado del circuito especializado, resulta necesario indicar que el artículo 15 transitorio de la Ley 600 de 2000 refiere:

ARTICULO 15. En los procesos que conocen los jueces penales de circuito especializados, para que proceda la libertad provisional, los términos previstos en los numerales 4 y 5 del artículo 365 de este Código se duplicarán. La inobservancia de los términos establecidos en este artículo se considerará falta gravísima y se sancionará con la destitución del cargo.

Ahora bien, en cuanto al requisito objetivo descrito, esta Sala en auto proferido el 15 de abril de 1999, dentro del radicado 15003, al estudiar la causal atrás referida (la cual se encontraba igualmente contenida en el Decreto 2700 de 1991) indicó:

2. Tramitándose en la Corte la correspondiente etapa del juicio la acusada, quien se

encuentra privada de libertad purgando la pena de prisión de cinco años que la Sala le impusiera mediante sentencia de octubre 15 de 1.997 en el proceso radicado bajo el No. 12.907 con ponencia del Magistrado Dr. Ricardo Calvete Rangel solicita dentro de este asunto se le conceda la libertad provisional con fundamento en el numeral 5º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal toda vez que ha vencido el término indicado en la citada norma sin celebrarse la audiencia pública.

3. No obstante que a la fecha ha transcurrido el período señalado en la norma invocada por la acusada considerase improcedente la excarcelación que se solicita pues tiene entendido el criterio mayoritario de la Corte (Auto de noviembre 7 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Jorge Córdoba Poveda) que en eventos como el presente el fundamento legal en mención supone que el procesado se encuentre físicamente privado de libertad.

4. En esas condiciones, como la peticionaria no se encuentra privada de libertad por virtud de este proceso, no pensando por tanto en su contra la exigida detención física, colíguese infundada la excarcelación que se reclama la que consecuentemente le será negada.
(Subrayas por fuera del texto original).

Luego, en auto proferido el 25 de noviembre de 1999, dentro del radicado 16023, se expuso:

2. Ahora bien, como el memorialista también solicita la libertad provisional, al respecto se le debe manifestar lo siguiente:

En la sentencia C-846 del 27 de octubre del presente año, en la que la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad (condicionada) del numeral 5 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, en ninguna parte expresó que no se requería la privación la libertad física para poder tener derecho a la libertad provisional a que se contrae dicha disposición, y si bien no avaló expresamente la doctrina de la mayoría de la Sala al respecto, del

contexto de tal providencia sí se infiere que partió del presupuesto de la efectiva privación de la libertad. Así, cuando se refiere a la suspensión de la audiencia, contemplada en el inciso 2º de la norma en cita, señala que “es evidente que la negligencia del juez o las irregularidades que puedan presentarse en el proceso, no pueden aceptarse como razones válidas para suspender la audiencia pública y, por consiguiente, para mantener al procesado en detención. En otras palabras, no es razonable ni proporcionado que éste tenga que soportar una excesiva carga, como lo es la privación de su libertad personal, ‘por la ineficiencia o ineficacia del Estado’”. (subrayas de este Despacho).

3. Por otra parte, los demás argumentos esgrimidos por el peticionario ya fueron motivo de estudio por esta Sala en la misma providencia que trae en comento y que califica de “ilegal”, es decir, la del 7 de noviembre de 1997, adicionalmente ratificados en decisión del 26 de enero de 1998, al resolverse el recurso de reposición interpuesto contra aquella, y confirmados en proveído del 5 de marzo de 1998, ante solicitud de libertad del también procesado Mario Hernando Borbón Molano.

En tales oportunidades se concluyó, por mayoría, y así se expuso amplia y profusamente en su parte motiva, que presupuesto ineludible para la concesión la libertad provisional es el de que se esté efectivamente privado de ella.

Por ello, ante la permanencia del criterio allí expuesto, sin que sea necesario adicionarlo o complementarlo, basta con remitirse a él. (Subrayas por fuera del texto original).

En auto proferido el 13 de enero de 2000, dentro del radicado 7026, esta Corte sostuvo:

... la supresión que la nueva ley hizo de la frase “privación efectiva de la libertad” no significa que se tuvo la intención de eliminar este requisito, sino que es algo ínsito que no había necesidad de especificar, como se desprende del párrafo transitorio del artículo 55 de la Ley 81 de 1993 que en lo pertinente dispuso: “En los procesos por delitos de competencia de los jueces regionales en los que a la entrada en vigencia de la presente ley,

los sindicatos hayan permanecido privados de la libertad efectivamente un tiempo igual o mayor a la mitad del contemplado en el párrafo anterior, el término máximo de detención ... será de seis meses contados a partir de la fecha de su sanción ...

Este párrafo corrobora que las dos causales de excarcelación a las que se ha hecho referencia son de la misma naturaleza y por eso les da igual tratamiento, además que en forma clara y expresa establece que procede la excarcelación del ordinal quinto en mención, sólo cuando se ha cumplido el lapso en privación efectiva de la libertad, pues a pesar de hacer relación a la otrora justicia regional, tal causal en la justicia ordinaria es la misma, salvo los términos que en aquella se duplican y no había audiencia pública. Es la misma ley la que define el asunto y despeja cualquier duda al respecto. (Subrayas por fuera del texto original).

Posteriormente, en auto proferido el 28 de julio de 2004, dentro del radicado 22583, esta Sala refirió:

En vigencia del Decreto 2700 de 1991, numeral 5°, artículo 415, se discutió si la causal de libertad era o no aplicable a los procesados que estuvieran en libertad, pues la norma no hace ninguna distinción al respecto, llegando la Corte a fijar mayoritariamente su alcance al señalar que únicamente procedía para aquellos acusados privados efectivamente de la libertad³³.

Esta línea de pensamiento se ha mantenido frente a la vigencia de la Ley 600 de 2000, con la precisión de que la privación efectiva de la libertad debe entenderse a disposición del proceso en el que se hace la solicitud. Frente a este punto en pronunciamiento que se incorpora a esta decisión, la Corte expresó:

“Desde tiempo atrás la Sala ha sostenido que para que proceda la libertad provisional o desencarcelamiento por vencimiento de términos, es preciso que el acusado esté efectivamente privado de la libertad, que debe entenderse a disposición del proceso en el

que se hace la solicitud”³⁴. (Subrayas por fuera del texto original).

Ha sido reiterado el criterio de la Sala en señalar que para la procedencia de la causal de libertad prevista por el numeral 5º del artículo 365 del Código de Procedimiento Penal, es decir, “cuando han transcurrido más de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, sin que se hubiere celebrado la correspondiente audiencia pública”, es necesario que concurran dos exigencias, una relativa a que el procesado se encuentre físicamente privado de la libertad por cuenta del proceso en el que se formula la petición, independientemente de que la restricción a la libertad la esté cumpliendo en un centro carcelario o en su domicilio, y la segunda, que haya transcurrido el término señalado por la ley desde que cobró ejecutoria la resolución de acusación sin que se hubiere celebrado la audiencia pública.

De lo anterior se colige, que el reconocimiento del derecho a la libertad no es meramente objetivo, es decir, que el sólo transcurso del término de los seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación sin que se haya realizado la audiencia pública permite su consolidación, ya que es necesario que la restricción del derecho a la libertad haya sido efectiva dentro del proceso en el cual se reclama el beneficio, para luego examinar la validez de los motivos que han impedido la realización del debate público.

(...)

De acuerdo con la revisión que se hizo del proceso, se advierte que en la etapa instructiva la Fiscalía al definir la situación jurídica del sindicado le impuso medida de aseguramiento el 11 de marzo de 2002, la que no se hizo efectiva por estar a disposición del proceso radicado con el No. 49.400 a cargo del Tribunal Superior de Barranquilla que lo había condenado el 2 de noviembre de 2000 a la pena de 12 años de prisión por los delitos de prevaricato por acción en concurso homogéneo y estafa.

Y si bien, desde que la resolución de acusación, proferida el 4 de septiembre de 2003,

cobró ejecutoria el pasado 27 de octubre, ha transcurrido ampliamente el lapso de 6 meses señalado por el artículo 365-5 del Código de Procedimiento Penal, lo cierto es que el procesado sólo fue puesto a disposición de estas diligencias el 9 de julio anterior, incluso después de que se elevara la petición de libertad provisional, por lo que hasta la fecha escasamente lleva un mes de privación de la libertad en razón de este proceso, lo cual indica que la exigencia legal de privación de la libertad durante el lapso de seis meses luego de que cobró firmeza el pliego de cargos no se cumple en este caso³⁵. (Subrayas por fuera del texto original).

Finalmente, corresponde señalar que poco antes de que el aquí enjuiciado profiriera la decisión cuestionada, esta Sala señaló:

1. El eje central del pedido del acusado se soporta en la causal 5ª de libertad provisional del artículo 365 de la Ley 600 de 2000. Esta norma señala lo siguiente:

“Art. 365. Además de lo establecido en otras disposiciones, el sindicado tendrá derecho a la libertad provisional garantizada mediante caución prendaria en los siguientes casos:

“...”

“5. Cuando hayan transcurrido más de seis meses contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, sin que se hubiere celebrado la correspondiente audiencia pública salvo que se hubieren decretado pruebas en el exterior o se esté a la espera de su traslado, caso en el cual, el término se entiende ampliado hasta en seis meses.

“No habrá lugar a la libertad provisional cuando la audiencia se hubiere iniciado, y ésta se encuentre suspendida por causa justa o razonable o cuando habiéndose fijado fecha para la celebración de la misma, no se hubiere podido realizar por causa atribuible al sindicado o su defensor.”

La norma transcrita establece que para obtener la libertad provisional por vencimiento de términos en la fase de juzgamiento, se requiere el transcurso de más de seis meses contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación sin que se lleve a cabo la audiencia de juzgamiento, término que se ampliará en seis meses más cuando se hayan decretado pruebas en el exterior.

Por ello, para optar por el beneficio de la libertad provisional, es necesario verificar el cumplimiento del lapso de seis meses efectivos de privación de la libertad, o un año, dependiendo del caso, los cuales se cuentan a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, sin que se le haya dado comienzo a la audiencia pública de juzgamiento, entendiéndose que la finalidad de la norma consiste en evitar que a las personas sometidas a privación física de su libertad se les prolongue en forma injustificada dicha situación³⁶.
(Subrayas por fuera del texto original).

5.2.3. Por su parte, NÉSTOR SEGUNDO PRIMERA RAMÍREZ sustentó la decisión cuestionada así:

Se colige entonces que en los procesos tramitados en los juzgados penales del circuito especializados, los acusados tendrán derecho a la libertad provisional bajo el amparo del numeral 5 del art. 365 del C.P.P., cuando haya transcurrido más de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación; pero igualmente debe analizarse, que si iniciada la audiencia, se encuentre suspendida por causa justa o razonable, o que la misma no se hubiere podido realizar por causa atribuible al sindicado o a su defensor.

En este caso, tal como se desprende de las constancias procesales (folio 126 del cuaderno original 27), la resolución de acusación adquirió ejecutoria material el día 30 de diciembre de 2011, o sea que al día de hoy han transcurrido un (1) año, un (1) mes y 07 días, lo que indica que en efecto el aspecto objetivo establecido en la norma se presentó.

La audiencia ni siquiera se ha iniciado, por lo que mal puede aducirse que se encuentra

suspendida por causa justa o razonable; pero no se ha iniciado porque se han presentado varias circunstancias que lo impidieron, a saber: 1.) aplazamiento de audiencia preparatoria, presentado por el defensor de la procesada IVON AVILA DIAZ, porque apenas ese día (9 de mayo de 2012) había recibido poder y tenía que sustentar solicitud de nulidad del anterior defensor; 2,) Aplazamiento de audiencia de juzgamiento del 30 de agosto de 2012, presentada por el defensor del coprocesado CARLOS ALBERTO MAYO VILLEGAS; y 3.) El cese de actividades que se presentó en la Rama Judicial desde el 12 de octubre hasta el 26 de noviembre del año 2012.

Se aprecia entonces que ninguna de esas tres circunstancias es atribuible al procesado TAMARA AMARIS ni a su defensora, por lo que, habiendo transcurrido más de un (1) año de ejecutoria de la resolución de acusación, entonces procede la libertad provisional solicitada, tal como se ordenará.

5.2.4. Descrito lo anterior, se procederá a efectuar la valoración en punto de la legalidad de lo considerado y decidido por el aquí procesado en el auto anteriormente transcrito.

A juicio de la Sala, en el presente caso no puede afirmarse que al conceder la libertad provisional a favor de Carlos Alberto Tamara Amaris el aquí enjuiciado incurrió en el delito de prevaricato por acción agravado. Ello vista de que dicha decisión no puede catalogarse como manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico (en el que se incluye la jurisprudencia). Veamos:

5.2.4.1. En primer lugar, nótese que la jurisprudencia de esta Sala no estaba consolidada en el sentido de establecer como requisito, a efecto de conceder la libertad provisional de conformidad a lo descrito en el numeral 5º del artículo 365 de la Ley 600 de 2000, la corroboración por parte del funcionario de que el procesado solicitante hubiese permanecido privado de la libertad por el término de 6 o 12 meses (según sea el caso) con posterioridad a que la resolución de acusación cobrara ejecutoria y por virtud del proceso

en el que realizó la petición de libertad provisional.

Observa la Sala, de acuerdo con el recuento jurisprudencial ya expuesto, que en un primer momento esta Corporación dispuso que para la concesión de la libertad provisional constituía un presupuesto ineludible el que el procesado se encontrara jurídica y efectivamente privado de ese derecho, pues de lo contrario resultaba infundada la solicitud de excarcelación.

Posteriormente, se precisó que el concepto de “privación efectiva de la libertad” debía entenderse en el sentido de que el sujeto procesal que solicitara su libertad provisional debía encontrarse a disposición del proceso en el que se hace la solicitud.

Luego, la Sala fijó dos exigencias para conceder la libertad provisional por la causal objeto de estudio, a saber: i) que el procesado se encuentre físicamente privado de la libertad por cuenta del proceso en el que se formula la petición, independientemente de que la restricción a la libertad la esté cumpliendo en un centro carcelario o en su domicilio, y ii) que haya transcurrido el término señalado por la ley desde que cobró ejecutoria la resolución de acusación sin que se hubiere celebrado la audiencia pública.

Por último, se observa que la jurisprudencia proferida poco antes de que el acusado emitiera el auto cuestionado indicó que para optar por el beneficio en comento era necesario verificar el cumplimiento del lapso de 6 o 12 meses efectivos de privación de la libertad.

Sin embargo, lo cierto es que dicha decisión hizo alusión a los eventos consagrados expresamente en el numeral 5° del artículo 365 de la Ley 600 de 2000, esto es, haberse decretado prueba en el exterior o estar a la espera de su traslado, sin que resulte viable afirmar que tal interpretación pueda hacerse extensiva al término consagrado en el artículo 15 transitorio de la misma codificación.

Por ello, a juicio de la Sala la decisión adoptada por el aquí acusado resulta razonable, máxime si se tiene en cuenta que la jurisprudencia no era clara al definir si en los procesos que conocen los jueces penales del circuito especializados también debía verificarse el cumplimiento del término de 12 meses efectivos de privación de la libertad.

Por lo tanto, constata esta Corporación la imposibilidad de extraer de la jurisprudencia un sentido unívoco en cuanto a la interpretación de la causal de libertad objeto de análisis que permita afirmar que PRIMERA RAMÍREZ se apartó abiertamente de la misma, pues como se indicó, no existe una postura clara y definida respecto del cumplimiento del término descrito en el artículo 15 transitorio de la Ley 600 de 2000.

5.2.4.2. Por otra parte, considera la Sala que la decisión cuestionada no refleja una oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, pues se observa que el aquí acusado aplicó de manera exegética el contenido del numeral 5º del artículo 365 de la Ley 600 de 2000, circunstancia que no revela objetivamente que dicha determinación fuese producto del simple capricho o de la exclusiva arbitrariedad.

Lo anterior en razón a que al sustentar la decisión a través de la cual concedió la libertad provisional a favor de Carlos Alberto Tamara Amaris, PRIMERA RAMÍREZ constató que había transcurrido un término superior a 12 meses desde la ejecutoria de la resolución de acusación sin que se hubiere celebrado la correspondiente audiencia pública y que dicha diligencia no se había podido realizar por causa atribuible al sindicado o a su defensor.

Por ello, en este caso no se vislumbra que la simple comparación entre el ordenamiento jurídico con lo expresado en el auto cuestionado muestre incuestionablemente la ilegalidad del último o que se trata de una decisión que sin ninguna reflexión ofrezca conclusiones opuestas al derecho bajo el cual debía resolverse el asunto.

5.2.5. De esta forma, si bien se satisfacen los dos primeros presupuestos que estructuran la conducta punible, esto es, (i) un sujeto activo calificado que ostenta la calidad de

servidor público y, (ii) que el mismo profiera resolución, dictamen o concepto; no sucede lo propio con el tercero que requiere que (iii) dicho pronunciamiento sea manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico, en virtud de lo señalado en precedencia.

Así las cosas, ante la ausencia del ingrediente normativo del tipo penal enrostrado al acusado, comoquiera que no se advierte demostrado que su decisión fuera ostensiblemente ilegal, para tener por acreditada la tipicidad objetiva del prevaricato por acción agravado, porque además ninguna prueba se allegó que delate una actuación maliciosa de su parte o con ánimo corruptor, ya que la fiscalía no desplegó actividad probatoria a fin de evidenciar los datos o hechos indicadores a partir de los cuales podía revelarse que la procesado procedió como lo hizo producto de su simple capricho o arbitrariedad para desconocer, malintencionadamente o con ánimo corruptor, el ordenamiento jurídico, lo procedente será revocar la decisión del a quo y en su lugar absolver a NÉSTOR SEGUNDO PRIMERA RAMÍREZ.

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

RESUELVE:

Primero. – Desestimar la solicitud de nulidad propuesta por la defensa.

Segundo. – Revocar la sentencia dictada el 30 de octubre de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, mediante la cual condenó a NÉSTOR SEGUNDO PRIMERA RAMÍREZ como autor responsable del delito de prevaricato por acción agravado, para en su lugar absolverlo por dicha conducta.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y cúmplase.

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

- 1 Folio 1 Cuaderno Tribunal.
- 2 Folio 82 Cuaderno Tribunal.
- 3 Folios 92, 93 y 94 Cuaderno Tribunal.
- 4 Folios 190, 191 y 192 Cuaderno Tribunal.

5 Récord 02:10:59 y siguientes, segunda parte de la audiencia del 28 de mayo de 2019.

6 Folios 225 y 226 Cuaderno Tribunal.

7 Folios 244 a 302 Cuaderno Tribunal.

8 Refiere el Tribunal la siguiente línea jurisprudencial: “... auto del 9 de marzo de 1999, con ponencia del HM DIDIMO PÁEZ VELANDIA, 15 de abril de 1999, con ponencia del HM GÁLVEZ ARGOTE, 25 de noviembre de 1999, con ponencia del hm JORGE CÓRDOBA POVEDA, y 13 de enero de 2000 con ponencia del HN NILSON PINILLA PINILLA. Y Cfr. Providencias del 15 de marzo de 1999, Rad. 15003; 19 de enero de 2000, Rad. 16023; 21 de marzo de 2000, Rad. 16981; 28 de julio de 2004, Rad. 22583; 13 de agosto de 2004, Rad. 22692”.

9 Folio 319 Cuaderno Tribunal.

10 Folio 317 Cuaderno Tribunal.

11 El proceso Penal. Externado de Colombia, 3ra edición, 1995, págs. 181 a 183.

12 CSJ AP, 9 may. 2018, rad. 52632. Posición reiterada en CSJ SP, 3 feb. 2021, rad. 52400.

13 CSJ SP, 12 dic. 2012, rad. 38512. Posición reiterada en CSJ SP, 24 sep. 2014, rad. 36401 y CSJ AP, 9 may. 2018, rad. 52632.

14 CSJ SP 27 feb. 2013, rad. 37.228. Posición reiterada en CSJ AP, 9 may. 2018 y CSJ SP, 3 feb. 2021, rad. 52400.

15 Récord 00:05:36 y siguientes, primera parte de la audiencia del 28 de mayo de 2019.

16 Folio 193 Cuaderno Tribunal.

17 CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913. Posición reiterada en CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685; CSJ SP, 25 may. 2015, rad. 44287; CSJ SP, 29 jul. 2015, rad. 43855; CSJ SP, 29 sep. 2017, rad. 46965; CSJ SP, 23 sep. 2020; y SP, 10 mar. 2021, rad. 54658.

18 CSJ SP, 13 jun. 2018, rad. 52321. Posición reiterada en CSJ SP, 12 feb. 2020, rad. 54244.

19 Con el aumento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

20 CSJ SP, 23 ene. 2019, Rad. 50.419. Reiterado en: AP 22 mar. 2019, Rad 52.018.

22 CSJ SP, 13 abr. 2016, rad. 44967. Reiterada en CSJ AP, 31 ene. 2018, rad. 51049.

23 CSJ SP, 1º ago. 2018, rad. 48908.

24 CSJ SP, 1º feb. 2012, rad. 34853 y CSJ SP, 10 abr. 2013, rad. 39456. Posición reiterada en CSJ SP, 12 feb. 2020, rad. 54244.

25 Sentencia C-836 de 2001.

26 En esta sentencia se analizó la constitucionalidad del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, por la supuesta infracción de dicho precepto al artículo 230 de la Constitución Política de 1991, declarándose su apego a la Carta en razón a que lo

que hace el artículo 8º es referir a las normas constitucionales como fundamento inmediato de la sentencia, y a la jurisprudencia constitucional, lo cual constituye una exigencia razonable que garantiza la seguridad jurídica y cumple una función integradora.

27 Sentencia de segunda instancia N°. 30571 del 9 de febrero de 2009; auto 30775 del 18 de febrero de 2009; auto del 16 de abril de 2009, rad. 31115; auto del 28 de abril de 2010, rad. 33659; revisión del 19 de mayo de 2010, rad. 32310; sentencia segunda del 6 de mayo de 2010, rad. 33331; auto del 19 de septiembre de 2011, rad. 36973. Más recientemente, en sentencia de casación del 1º de febrero de 2012, rad. 34853.

28 SP, 10 abr. 2013, rad. 39456.

29 Este criterio objetivo se ha desarrollado a través del principio de doctrina probable, el cual constituye también un límite a la autonomía del juez. Este principio supone el respeto de los órganos judiciales hacia la jurisprudencia fijada por el órgano superior, respeto que además de apoyarse en el derecho a la igualdad, emana también del carácter unitario de la nación, y especialmente de la judicatura, que demanda la existencia de instrumentos de unificación de la jurisprudencia nacional (C-836 de 2001 y SU-120 de 2003). Si bien el estado de certeza que crea el respeto por las decisiones judiciales previas no debe ser sacralizado en la medida en que las normas jurídicas requieren de la intervención de los jueces para que las apliquen en situaciones jurídicas cambiantes, la sujeción a la doctrina probable no implica una interpretación inmutable de la ley, sino un respeto a la confianza legítima de los asociados frente a las decisiones jurisprudenciales. Respetar esta doctrina asegura que los cambios jurisprudenciales no sean arbitrarios, que la modificación en la interpretación de las normas no se deba a un hecho del propio fallador, y que sea posible proteger las garantías constitucionales como el derecho a la igualdad, en la

aplicación e interpretación de la ley. (SU-120 de 2003).

30 T-698 de 2004.

31 Corte Constitucional. Sentencia T-688 de 2003.

32 En materia laboral, por ejemplo, la Corte ha señalado que so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. Ver Sentencia T-001/99; T-800/99 y T-688 de 2003.

33 Auto nov.5/97, rad. 13.024, M.P. Jorge E. Córdoba Poveda, reiterado, entre otros, en auto de abril 15 /99, rad. 15.003, M. P. Carlos A. Gálvez Argote.

34 Auto feb.19/02, rad. 18.592, M. P. Jorge E. Córdoba Poveda, entre otros.

35 CSJ AP, 13 ago. 2004, rad. 22692.

36 CSJ AP, 19 dic. 2012, rad. 34282.