

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado ponente

SP13048-2014

Radicación N° 40247

(Aprobado Acta N° 318)

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil catorce (2014).

VISTOS

Se pronuncia la Corte frente al recurso de apelación presentado por el defensor de **HUGO JOSÉ ÁLVAREZ GARCÍA**, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo el 17¹ de octubre de 2012, mediante la cual condenó a este último, a las penas de 94 meses de prisión, 212 salarios mínimos legales mensuales de multa y, 135

¹ Se hace notar que en el fallo se plasmó la fecha del 10 de octubre de 2012, pero realmente, la audiencia de lectura de esa decisión fue el 17 del mismo mes y año.

meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional, pero le otorgó la prisión domiciliaria. Todo lo anterior, al hallarlo responsable del delito de prevaricato por acción en concurso.

HECHOS

En el escrito de acusación, se compendiaron así:

El día 8 de junio de 2009, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Santiago de Tolú, Sucre, cuyo titular es el abogado HUGO JOSE ALVAREZ GARCIA, quien viene ejerciendo sus funciones como Juez desde el primero de Noviembre de 2003 hasta la fecha, un grupo de 23 empleados y empleadas publicas (sic) del Municipio de Santiago de Tolú, con relación laboral, legal y reglamentaria vigente, presentaron una demanda de tutela, a través de apoderado judicial, en donde manifestaban que la administración Municipal en cabeza del señor Alcalde, les venía vulnerando los derechos fundamentales de petición, derecho al trabajo, derecho al mínimo vital, derecho de los menores y el derecho a una vivienda digna, dado que, no les había reconocido, liquidado, ordenado, y cancelado el pago de sus respectivas cesantías parciales, las cuales están regidas por el régimen retroactivo, y cuyas peticiones las habían radicado desde el día 18 de Enero de 2003.

Admitida la Tutela y dado el traslado al señor Alcalde de ese Municipio, este solicitó al Juez Constitucional que declarara improcedente la misma, por tratarse de un asunto estrictamente legal en donde no estaban comprometidos derechos

fundamentales, y los accionantes tenían medios judiciales legales para hacer efectivos dichos derechos; igualmente por que (sic) la petición no cumplía con el principio de la inmediatez, amén de la imposibilidad de la administración de ordenar dichos pagos en virtud de que el Municipio se encontraba en una restructuración de pasivos de conformidad con la ley 550 de 1999.

Mediante sentencia de tutela de fecha 25 de Junio de 2009, el Juez HUGO JOSE ALVAREZ GARCIA amparó de manera **definitiva**, los derechos fundamentales incoados por los accionantes y ordenó al señor Alcalde “que en el término de 48 horas profiriera los actos administrativos mediante los cuales, previa verificación los (sic) requisitos de ley, **reconozca y liquide** las cesantías parciales **debidamente indexadas**, una vez hecho lo anterior, se concede al accionado el término de 15 días con el fin de que haga los trámites presupuestales correspondientes, que permitan el **pago ordenado en esta sentencia**”.

No obstante, esa decisión, donde se ordenaba por vía de tutela el reconocimiento indexado de una acreencia laboral aún no reconocida mediante acto administrativo, y se ordenaba el pago de dichos conceptos; en desarrollo de un incidente de desacato, propuesto por los accionantes, ante el incumplimiento de la administración de proferir dichos actos administrativos, mediante auto de 4 de Diciembre de 2009, el Juez ALVAREZ GARCIA ordena a la fiduciaria donde se administran los dineros del Municipio intervenido por ley 550 “FIDUAGRARIA”, **retener** los dineros que en dicha fiducia tenga bajo administración el Municipio de Tolú por conceptos de regalías en cuantía de **seis mil quinientos millones de pesos (\$6.500.000.000.)**,

advirtiéndoles que dichos dineros no podrán ser usados al pago de ninguna otra obligación por parte del Alcalde, distinto a las acreencias laborales que por el concepto de pago de cesantías parciales estaban solicitando los accionantes, dentro de la mencionada tutela. La anterior medida la había solicitado el apoderado judicial de los accionantes, presentando para ello unas liquidaciones particulares que ascendían a esa millonaria suma.

En desarrollo del incidente de desacato la administración municipal había comunicado e informado al Juez ALVAREZ GARCIA, la proyección o estimativo que por concepto de liquidación de cesantías parciales se le adeudaba a los servidores públicos accionantes, desde que fueron solicitadas hasta la fecha de la sentencia de tutela, y que deducidos algunos pagos anticipados sólo ascendía a la suma de **trescientos treinta y dos millones veintisiete mil setecientos setenta y cuatro pesos (\$ 332.027.774).**

Contraviniendo esa situación el Juez ALVAREZ GARCIA, el día 12 de Enero de 2010, profiere un oficio, que fundamenta en una sentencia inexistente de fecha 13 de Enero de 2009, en donde conmina a la fiducia para **poner** a disposición del Juzgado en la cuenta de deposito (sic) judicial No.708202042002 la aludida suma de seis mil quinientos millones de pesos; procediendo con dicha decisión a embargar por vía judicial dineros del Municipio de Tolú, interviniendo o sometido a una restructuración de pasivos, y venidos de presupuesto público, y por cuya naturaleza resultan inembargables, sin que además, exista titulo (sic) de recaudo válido, es decir, sin que exista una sentencia judicial ejecutoriada, un acto administrativo, una transacción, en la que se reconocieran obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles; y que estuviera sometida a las

reglas de embargabilidad de que trata el artículo (sic) 177 del Código Contencioso Administrativo.

Frente a ese requerimiento, la fiduciaria, como lo había venido haciendo la administración Municipal, le advierte al Juez ALVAREZ GARCIA el privilegio de la inembargabilidad de los dineros embargados por su despacho y la necesidad de someter dichos créditos a la aplicación de la ley de intervención económica; recibíendose como respuesta del señor Juez reiteradas comunicaciones para que hicieran efectivo el embargo, las cuales se producen los días 10 de Marzo de 2010, 25 de Marzo de 2010, 30 de Abril de 2010, 23 de Abril de 2010, 4 de Mayo de 2010; para finalmente mediante auto de 03 de Junio de 2010, reducir la cuantía embargada **a cuatro mil quinientos millones de pesos (\$ 4.500.000.000)**, cuantía que en últimas fueron entregadas a los 23 accionantes por la administración Municipal, según consta en la resolución 1057 del 30 de Septiembre de 2010, mediante la cual el Municipio de Santiago de Tolú, le da cumplimiento al fallo de tutela en cuestión.

Todo lo anterior, muy a pesar de que la administración Municipal con fecha del 14 de Diciembre de 2009, había celebrado un acuerdo de pago con los accionantes, en donde se reconocía, liquidaba y pagaba previo trámite de los mecanismos del plan de restructuración de pasivos, la cuantía de \$332.027.774 pesos, como obligación pendiente por el pago debido a la liquidación de cesantías parciales objeto de la tutela, y se acordaba supeditarse a lo decidido por el Juez en dicha tutela; igualmente a que con fecha 29 de Marzo de 2010, la administración había proferido los actos administrativos de reconocimiento y liquidación de las cesantías parciales a todos los accionantes en la suma de \$ 332.027.774, luego de haber

hecho las deducciones y aplicado los procedimientos legales propios del régimen de cesantías con retroactividad.

Además de utilizar la tutela para viabilizar el ejercicio de derechos de estirpe estrictamente legal, como son el reconocimiento, liquidación y pago de cesantías parciales sometidas al régimen de la retroactividad, sin conexión alguna con derecho fundamental que hubiera sido vulnerado, y el haber ordenado embargo judicial de dineros del presupuesto público, por su naturaleza inembargables (sic) de propiedad de un Municipio sometido al régimen de la restructuración de pasivos en virtud de la ley de intervención económica 550 de 1999, sin que para ello se tuviese título de ejecución válido que expresara una obligación clara, expresa y actualmente exigible, y pretermitiendo los procedimientos para la ejecución de obligaciones a cargo del Estado de conformidad al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, el Juez HUGO ALVAREZ GARCIA se empecinó en hacer efectivas sus ordenes (sic), manifiestamente contrarias a derecho, profiriendo el auto de fecha 3 de Junio de 2010, en donde ahora condiciona el reconocimiento de las controvertidas acreencias laborales en que se debían liquidar, no solamente indexadas, sino que además se debía reconocer a los solicitantes un interés anual del 12%, aspectos que son propios del régimen de cesantías anualizados y no del régimen retroactivo de las cesantías. En igual sentido profiere el auto 9 (sic) de Junio de 2010, mediante el cual ratifica el reconocimiento del 12% anual o por fracción de años a pagar en las cesantías a liquidar por el régimen retroactivo.

Mediante auto de Mayo 14 de 2010, el Juez HUGO ALVAREZ GARCIA, confirma que la retención de los dineros del Municipio de Tolú, por la vía del embargo se profirió para garantizar el

pago de las cesantías parciales a los tutelantes y por la negativa de la administración municipal de expedir los actos administrativos de reconocimiento; razón por la cual niega la solicitud del levantamiento del embargo por el acuerdo suscrito entre la administración y los tutelantes, y desconoce la expedición de los actos administrativos de liquidación de las cesantías, alegando para ello que las partes de común acuerdo le solicitaron se practicara la liquidación de las cesantías parciales a ese despacho judicial, lo que en su sentir no puede ser desconocido en forma unilateral por el municipio de Santiago de Tolú.-

De la anterior guisa se desprende la realización de un concurso de decisiones manifiestamente contrarias a derecho, constitutivas del delito de prevaricato por acción, realizadas de manera dolosa por parte del Juez HUGO JOSE ALVAREZ GARCIA, que lesionan de manera efectiva el bien jurídico de la administración pública, teniendo la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de autorregularse de acuerdo (sic) a esa comprensión y estando en la posibilidad de adecuar su conducta al ordenamiento jurídico, el cual juró cumplir fielmente; comportamientos estos que quedan evidenciados con el proferimiento de la sentencia de tutela de fecha 25 de Junio de 2009; el auto de fecha 4 de Diciembre de 2009, los oficios de fecha 12 de Enero de 2010, y los requerimientos realizados los días 10 de Marzo de 2010, 25 de Marzo de 2010, 30 de Abril de 2010, 23 de Abril de 2010, 4 de Mayo de 2010 y 3 de Junio de 2010; así como el auto proferido el día 3 de Junio de 2010; el auto proferido el 9 de Junio de 2010; y el proferido el 14 de mayo de 2010.-

LO ACTUADO

El 28 de marzo de 2011, la Fiscalía Única Delegada ante el Tribunal Superior de Sincelejo le formuló imputación al doctor **HUGO JOSÉ ÁLVAREZ GARCÍA**, por el delito de prevaricato por acción en concurso homogéneo. Esa diligencia, la llevó a cabo en el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de la Unidad Judicial de Tolú-Coveñas.

El 26 de junio siguiente se presentó el escrito de acusación y, una vez se superó el trámite relativo al impedimento de la Magistrada LUCY BEJARANO MATURANA y de conformarse la Sala de Decisión con un Conjuez, el 10 de junio de la misma anualidad, tuvo lugar el respectivo acto oral en el Tribunal Superior de Sincelejo, en donde la Fiscalía le formuló acusación al doctor **ÁLVAREZ GARCÍA**, por el reato concursal anteriormente mencionado.

El 9 de agosto de 2011, se realizó la vista preparatoria; posterior a ella, fue recusado por la defensa el Magistrado LEANDRO CASTRILLÓN RUÍZ y, él mismo, luego se declaró impedido por ser demandante de la Rama Judicial, ya reconocida como víctima en la actuación. En vista de que nada de lo anterior prosperó, el juicio quedó instalado el 24 de julio de 2012 y continuó el 25, 31 del mismo mes; 1, 17 y 22 de agosto del mismo año, cuando se anunció el sentido del fallo condenatorio.

DECISIÓN APELADA

El Tribunal, examina una a una las decisiones objeto de reproche, así:

Sentencia de tutela proferida el 25 de junio de 2009.

Señala que la misma ningún cuestionamiento debe enfrentar porque haya reconocido como derechos fundamentales, los referentes a las cesantías, ni al ordenar que se pagaran indexadas. Es la falta absoluta o precaria motivación de que adolece, la que se tiene en cuenta como quebrantadora del artículo 55 de la Ley 270 de 1996 y refleja el capricho del funcionario al emitirla.

Cuestiona el Tribunal, que no explicara la razón por la cual amparaba el derecho de petición dentro de un caso en el que no se configuraba el principio de inmediatez, ni en donde podía afirmarse que aquel afrontaba una vulneración crónica, permanente y actual.

Observa que le hizo el quite, igualmente, a la exposición de las razones para tutelar respecto de 23 accionantes, obviando que 6 de ellos ningún derecho de petición habían presentado y, en pos de desatender, que el alcalde de Tolú, al descorrer el traslado de la demanda le

hizo ver esos detalles, remarcándole, asimismo, la no concurrencia del requisito de subsidiaridad.

Manifiesta el *a quo*, que el acusado protegió el derecho a la vivienda digna, apenas con un argumento ligero y facilista, consistente en que los interesados estaban urgidos de vivienda, situación probada con los diseños que proyectaron unos arquitectos, sin nada que indicara el riesgo de perder sus casas o que se fueran a derrumbar y peligrara la vida de los residente. Que dejó de verificar las circunstancias en que se convino respecto de esos planos y nada expuso frente al hecho de que, otra parte de los accionantes, presentara promesa de compraventa de inmuebles sin el lleno de los requisitos, ni en relación con que 9 de esos pactos, tuvieran la misma fecha, como si las respectivas personas hubieran conseguido el mismo día, el lote y un vendedor y procedieran a suscribir el compromiso.

De la misma manera dio por descontado que todos los demandantes obedecían a hombres y mujeres cabeza de familia, cuando la mayoría no reunían los requisitos de la Ley 82 de 1993, concluyéndose ello, de las declaraciones que presentaron, pues aunque tenían a su cargo a alguno de sus progenitores o, a ambos, también al cónyuge, pareja o hijos, ese hecho por sí solo, no los dota de la condición reclamada.

Igual proceder, se destaca en el fallo impugnado, asumió al contemplar los derechos de los niños, ya que su decisión muestra que dejó de aclarar cómo es que los derechos fundamentales de los hijos de los trabajadores del municipio en cuestión, se ven afectados por la insatisfacción de dicha parte del salario.

Crítica el hecho de haberse concedido el amparo de manera definitiva, a pesar de que en las consideraciones del fallo tildado de ilegal, el acusado dijera que lo haría transitoriamente.

Sugiere la primera instancia, que el procesado violó directamente el artículo 58.13 de la Ley 550 de 1999, lo cual se vio reflejado al ordenarle al alcalde accionado, que en el término de 48 horas expidiera los actos administrativos de reconocimiento, liquidación e indexación de las prestaciones reclamadas y, para que las pagara, le señaló el plazo de 15 días, situación constitutiva de un verdadero mandamiento ejecutivo que, como juez constitucional u ordinario, mal podía adoptar porque la entidad demandada estaba sometida a acuerdo de reestructuración de pasivos.

Auto del 4 de diciembre de 2009.

Refiere el juez colegiado, que es ilegal porque a través del mismo ordenó el embargo por valor de \$6.500'000.000.oo producto de las regalías que Fiduagraria

le administraba al municipio de Tolú; desconoció de tal manera, el artículo 21 del Decreto 028 de 1968 sobre inembargabilidad de los recursos del sistema general de participaciones y, pasó por alto, que la Ley 1151 de 2007, establece que el destino de las regalías se contrae a la solución de necesidades básicas y las cesantías de los trabajadores corresponden al rubro de gastos corrientes, de manera que mal podía aplicarse aquel rubro para cancelar la referida prestación laboral.

Conviene en que el principio de la inembargabilidad de los recursos públicos no es absoluto, por tanto, le caben excepciones, tal y como quedó clarificado en las sentencias C-546 de 1992, C-354 de 1997 y 103 de 1994 de la Corte Constitucional, en donde además, se hizo precisión acerca de que pueden ser embargados siempre que hayan transcurrido 18 meses contados a partir de que se haga exigible la obligación. A pesar de ello, la situación que ocupó al implicado de ninguna manera encaja en las causales exceptivas ya dichas y, aparte de todo, desatendió el mandato referido a dicha temporalidad, dado que afectó el erario oficial el 4 de diciembre de 2009, o sea, 4 meses luego de la ejecutoria del fallo de tutela que ocurrió el 6 de agosto del mismo año.

En la sentencia de primer nivel se aduce que para profundizar aún más en el ilícito, mediante autos del 3 y 9 de junio de 2010, el acusado insistió en la retención o

embargo de dichos dineros y, redujo aquel, a \$4.458.343.135.00.

Auto del 3 de junio de 2010.

Por medio de dicho proveído, el acusado dispuso el pago del 12% de intereses a las cesantías de los accionantes, decisión insólita, dice el *a quo*, en razón a que, de esa manera, resultó reformando la sentencia de tutela, aun estando prohibido, dado que allí ninguna orden dio al respecto, y, también, porque varió el criterio expuesto en el auto que dictó en el mismo asunto, el 3 de mayo de 2010, basado en la sentencia SU-400 de 1997 y que apunta a revelar que, en principio, los intereses moratorios bajo ningún argumento deben controvertirse por vía de tutela; más bien, reclamarse mediante las acciones ordinarias.

La misma decisión es opuesta a las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, pues éstas estipulan la improcedencia de ese redito cuando se trata de cesantías y, en el mismo sentido, lo dejó precisado la doctrina antes enunciada.

En sentir del Tribunal, las 3 decisiones son manifiestamente ilegales. Ellas no reflejan que se hubiese presentado una controversia al interpretar la ley o, que de esto, surgiese un criterio diverso. Igualmente, nada permite concluir que la valoración probatoria hubiese arrojado como posible esas determinaciones.

Acerca del elemento subjetivo.

El fallador de primer nivel, argumenta que el procesado actuó con dolo y basa su prédica en lo siguiente:

La experiencia de 12 años como funcionario judicial, le permitía conocer su deber de motivar las decisiones, llevar a cabo la valoración probatoria debida y, en materia de acciones de tutela, observar los principios de inmediatez y subsidiaridad.

Le atribuye, igualmente, ser consciente a cabalidad, de las restricciones a la reforma de la sentencia por parte del mismo juez que la profirió, del pago de intereses sobre las cesantías y acerca de los embargos a los recursos fruto de las regalías.

Argumenta el Tribunal, aludiendo al procesado, que si no sustentó su decisión en debida forma; prefirió ignorar que las acreencias reclamadas mal podían satisfacerse con dinero de las regalías; dejó de lado las pruebas, incluso las advertencias del alcalde accionado referentes a que la situación a decidir se encontraba huérfana de los principios que modulan la acción de tutela, es porque quiso obrar de esa manera y con ello “*sembraba la semilla de lo que sería su torcido proceder ulterior*”.

Acorde con esos estimativos, el Tribunal encontró al acusado responsable del concurso delictual de prevaricato por acción y, consecuentemente, le impuso las penas ya reseñadas. Añadió a esas decisiones, las de compulsar copias para investigarlo disciplinariamente, lo mismo que al abogado HERNÁN ARRÁZOLA ESPITIA, apoderado de los demandantes, quien, de la misma manera, deberá afrontar acción penal, al igual que quienes se beneficiaron de sus millonarias cesiones de crédito, fines para los cuales ofició lo pertinente.

EL RECURSO

El representante judicial del acusado, fundamenta su recurso así:

Censura la incongruencia existente entre la acusación y el fallo, pues en éste se condenó por hechos no considerados en aquella y, esa situación, demostrativa de la parcialidad del fallador, le mermó posibilidades de defensa al doctor **HUGO JOSÉ ÁLVAREZ GARCÍA** y conlleva, imperiosamente, a revocar la decisión del *a quo* y, en su lugar, absolver a su representado.

Un primer hecho demostrativo de esa irregularidad, se sustenta en la percepción de la Fiscalía al acusar, puesto que lo hizo porque en la sentencia del 25 de junio de 2009,

su asesorado utilizó la acción de tutela, en pos de reconocer derechos de estirpe legal, gama a la que pertenecen las cesantías retroactivas, al paso que en el fallo de primer nivel se condena porque los que amparó, sí son verdaderos derechos fundamentales como el de petición, los de los niños y mujeres cabeza de familia y los de los salarios de los trabajadores, en donde encaja la prestación antes dicha.

Expresa que, mientras la acusación por ningún lado contempla que su asistido desatendió el deber de motivar el fallo, panorama consonante con los alegatos de la Fiscalía, sorprendentemente la sentencia del Tribunal sí lo hace, claro que yerra al echar de menos dicha fundamentación, toda vez que está colmada de un conjunto de razones que encuentra apoyo en la jurisprudencia.

Acontece que, el juez colegiado esperaba de su procurado, todo un tratado sobre las materias que analizó en la sentencia y, además, le reservara allí un capítulo al principio de inmediatez, exigencia carente de cimiento legal.

De otra parte y, valiéndose de jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Sala, refiere que cuando las materias objeto de ser dilucidadas por parte del funcionario judicial se sugieren complejas, no puede calificarse la respectiva decisión de manifiestamente contraria a la ley y agrega: *“No se puede considerar que el señor Juez Segundo Promiscuo Municipal de Tolú procedió con falta de sindéresis y sin ninguna*

reflexión ante hechos claros que ameritaran una resolución distinta, en pocas palabras si hay violación de la ley, lo que acepto en gracia de discusión, la violación no es evidente o manifiesta”

En punto del auto del 4 de diciembre de 2010, mediante el cual **ÁLVAREZ GARCÍA** le ordenó a Fiduagraria retener los dineros del municipio de Tolú, señala que no enmarca una conducta prevaricadora, puesto que es evidente su consistencia, la cual dimana del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, cuyos supuestos habían aflorado al resistirse el alcalde demandado a cumplir el fallo de tutela.

Así, urgía adoptar los correctivos pertinentes como el inicio del incidente de desacato y embargo de los 8.000 millones de pesos, según petición del abogado HERNÁN ARRÁZOLA apoderado de los accionantes, en aras de cancelar las cesantías, evitando que los recursos fueran asignados para otros menesteres. Por eso, las medidas que determinó su representado no fueron ilegales.

Insiste en la atipicidad de la conducta en razón del proveído que se repasa, dado que el monto del embargo tampoco reviste reproche y no es cierto, como lo asegura la primera instancia, que deje de consultar la cantidad adeudada, equivalente a \$332´027,774, que demandantes y demandado habían acordado, habiendo dejado por fuera de ese arreglo los intereses, la indexación y los pagos que la alcaldía les adelantó a sus asesorados por concepto de

cesantías, aspectos respecto de los cuales convinieron estarse a lo que el juez de tutela dispusiera.

Repara nuevamente en el fallo de tutela en pos de concluir que no fue el determinante de la expulsión del sistema de reestructuración de pasivos que afrontó el municipio de Tolú como en total ausencia de prueba lo asume el fallador de primer nivel, pues, cuando se hizo el pago de las cesantías a los demandantes, explica, dicho régimen había dejado de cobijarlo. Por esa razón y, además, porque Fiduagraria la administradora de sus recursos, ninguna atención prestó a las órdenes que de cumplimiento del embargo le dio **ÁLVAREZ GARCÍA**, la entidad territorial en nada se vio afectada.

Asegura que ninguna injerencia tuvo su defendido en la liquidación de las sumas que ordenó pagarle a los accionantes, ya que ese trabajo se adelantó conforme a los parámetros establecidos por la Corte Constitucional y así lo afirmó el doctor ANGEL CAMARGO, asesor económico del municipio demandado.

El letrado que vela por los intereses del doctor **HUGO JOSÉ ÁLVAREZ GARCÍA**, sostiene que éste no actúo con dolo, elemento que mal puede deducirse de los estudios que realizó, ni de la experiencia como funcionario judicial, pues esta Sala (CSJ SP 3 Jun. 2009, Rad. 31118) ha sido muy clara al establecer la improcedencia de acreditar ese

ingrediente a partir de dichos tópicos, en tal sentido, arguye el libelista, la conducta es atípica

Termina su discurso pidiendo que el mismo se tenga en cuenta en lo atinente al auto del 3 de junio de 2010, y, que, en definitiva, se revoque la sentencia impugnada y proceda a absolverse a su representado.

CONSIDERACIONES

La Corte es competente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 32.3 de la Ley 906 de 2004, para desatar el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo.

La primera instancia sentenció al doctor **HUGO JOSÉ ÁLVAREZ GARCÍA**, por el concurso delictual de prevaricato activo, materializado en la sentencia de tutela del 25 de junio de 2009 y los autos del 4 de diciembre del mismo año y, 3 de junio de 2010; la acusación tomó en cuenta esos proferimientos, que no fueron los únicos, lo mismo que unos oficios, actuaciones que a la final, recoge el proceso en donde se tramitó el mecanismo constitucional en cuestión iniciado por el apoderado de, entre otros, **DINORA ZÚÑIGA MELÉNDEZ** contra el municipio de Tolú.

La apelación se endereza a evidenciar el desconocimiento del principio de congruencia que comporta el referido fallo y, visto que esa no es la única censura pero la que debe acometerse primordialmente, la Sala se sujetará a esa lógica en punto de resolver el recurso.

Del principio de congruencia.

El componente axiológico encuentra regulación legal en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, de la siguiente forma:

“El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado su condena”.

Por ende, se trasgrede la normativa cuando la sentencia varía el componente fáctico de la acusación o, simplemente, se incrementa; mas esa no es la única forma de ir en contravía del principio de congruencia; igual sucede cuando en el fallo se pasan desapercibidos los aspectos jurídicos planteados tanto allá como en los alegatos de la Fiscalía.

Al contrario, ese desacierto en ningún grado tiene lugar en situaciones avizoradoras de simples disimilitudes entre la ponderación de hechos y preceptos contenidos en la propuesta acusatoria con la que impera en la decisión culminativa de la instancia, pues ello ningún desequilibrio relevante entre dichos factores estructurales del proceso

acusatorio, encierra; apenas obedecen a apreciaciones permitidas dentro del margen dispuesto en orden a mantener intacta la realidad respecto del evento apreciado; que en este obedece a la imputación fáctica y jurídica acogida al acusar al doctor **HUGO JOSÉ ÁLVAREZ GARCÍA**

Es bajo ese enfoque que se entiende a la Fiscalía cuando en la acusación plantea que se trataba de una falacia la alegada vulneración de los derechos fundamentales enunciados por el apoderado de los interesados. Por tanto, siempre trabajó –entiéndase acusó y alegó– sobre la concepción de derechos de estirpe legal, haciendo ver que a esa naturaleza corresponden los que reconoció el procesado, sabiendo que la acción de tutela solo permitía promover los de entidad fundamental.

Por su parte, el fallador tuvo en cuenta que el libelo de tutela frente al cual se pronunció el implicado, aludía expresamente a los derechos de petición, del pago oportuno de los salarios de los trabajadores, de las mujeres cabeza de familia y de los niños, indiferentemente que hubiesen experimentado desmejora alguna. De ahí, su colofón referido a denotar que el evento fallado por el acusado, contrario al pensamiento de la parte acusadora, sí concentraba derechos fundamentales.

A pesar de todo, no hay que perder de vista que el fallador de primer grado también aprovechó el espacio para

razonar acerca de algunos extremos de la controversia, como lo son los intereses de las cesantías, indicando que su tratamiento debe darse por las vías ordinarias, dado que, por responder a asuntos meramente legales, escapaban a la consideración de derechos fundamentales y, por ende, respecto de los mismos el amparo constitucional se encaminaba inviable.

Así, para la acusación se ofrecía definitivo en orden a calificar que las situaciones expuestas por el peticionario de la protección supralegal comportaban relación con derechos fundamentales, que más que escasa enunciación de éstos, pues a ello obedece la forma en que se hizo la presentación en el respectivo memorial, se probara que, en el caso concreto, cada uno de ellos había sufrido mengua.

Empero, la postura del sentenciador de primer grado, consistió en que, dada la referencia que en la demanda se hizo a esa clase de derechos, el tratamiento mal podía ser diferente, aun cuando estaba pendiente el análisis orientado a establecer su quebrantamiento.

Como se ve, ninguna trascendencia abriga lo detectado por el recurrente, quien omite reconocer que ambas vertientes a la final coincidieron en que **ÁLVAREZ GARCÍA** pudo tomar la decisión cuestionada merced a esquivar la motivación que le era exigida, para lo cual debía conciliar las normas que correctamente le despejaban el panorama

con los elementos de convicción obrantes en el diligenciamiento, lo cual lo llevaría a negar el quebranto denunciado por el accionante y, de contera, el amparo deprecado.

En ese orden, resulta inadmisibles que el censor reniegue del manejo dado al principio de congruencia o correlación entre la acusación y la sentencia.

Del prevaricato por acción.

Respecto de esta modalidad delictiva, y, en torno a las vías por medio de las cuales se puede llegar a emitir un pronunciamiento rutilantemente desentendido de la ley, la Corte ha sostenido:

“En ese sentido, la experiencia indica que el acto ilegal suele surgir como consecuencia de una amañada hermenéutica, o por la torcida manipulación de los medios de prueba con el fin de ocultar la aplicación indebida de una disposición de derecho a un caso concreto. En ambos casos, por supuesto, la decisión debe ser abierta y ostensiblemente contraria al orden jurídico y no simplemente una disfunción producto de equivocaciones judiciales sin trascendencia jurídico penal, que pueden y suelen ser corregidas por medios que el mismo ordenamiento dispensa. (CSJ SP, 12 Mar. 2014, Rad. 41480)

De esa forma, cobra importancia entender que la decisión manifiestamente ilegal, no solo es aquella producto

de contrariar el precepto a aplicar o ignorarlo, sino también, la que se erige a partir de una habilidosa lectura o resuelta desarticulación de las piezas probatorias, siendo esos matices los que la hacen susceptible de enfrentar el *ius puniendi*. Por el contrario, el derecho penal le resta importancia a la decisión que carece de los mencionados factores negativos y, por ende, se aviene claramente a aquellas apenas catalogadas de equivocadas, puesto que antes que denotar mala fe del funcionario que la adoptó, evidencian su vocación por encontrar, desde diferente prisma, una respuesta novedosa y certera para el caso concreto.

Del tipo objetivo.

Se impone entonces, el cometido de verificar si las decisiones emitidas por el doctor HUGO JOSÉ ÁLVAREZ GARCÍA, encierran el calificativo de manifiestamente ilegales, lo cual descarta por completo el abogado defensor y prevalido de esa percepción, asume que la conducta de su representado es atípica.

Sentencia del 25 de junio de 2009.

En el desempeño del cargo como Juez Segundo Promiscuo Municipal de Santiago de Tolú, **ÁLVAREZ GARCÍA**, profirió dicho fallo.

Dispuso tutelar “*los derechos constitucionales fundamentales del DERECHO DE PETICION (sic), DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA, DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS Y DERECHO A UNA REMUNERACIÓN MINIMA (sic), VITAL Y MOVIL (sic) alegados por los accionantes DINORA ZUÑIGA MELENDEZ...*”².

Adicionalmente, ordenó “*al doctor ADOLFO GONZALEZ GONZALEZ, en su calidad de alcalde del municipio de Santiago de Tolú, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, profiera los actos administrativos mediante los cuales, previa verificación los (sic) requisitos de ley, reconozca y liquide las cesantías parciales debidamente indexados (sic). Una vez hecho lo anterior, se concede al accionado el término de quince (15) días con el fin de que haga los trámites presupuestales correspondientes, que permitan el pago ordenado en esta sentencia*”.

El evidente apartamiento de la decisión que se analiza con la ley se predica, como bien lo apuntó la primera instancia, de la nula incidencia que tuvo en ella el material probatorio aportado al expediente de tutela. Allí, se renunció al mínimo análisis de la información que suministraron el demandante y la autoridad accionada, lo cual surgía como válidamente necesario en pro de la decisión, pues nada excusa que un pronunciamiento acerca de la tutela reclamada esté precedido de enunciados genéricos, sin optar por un método que garantice la utilización de las pruebas y,

² También, esos mismos derechos los amparó a Bernardo Álvarez Garay, Manuel González Romero, Edith Viloría Garay, Isabel Medina Salgado, Cristina Colón Bonilla, Elizabeth Cárdenas Ramírez, Yomaira Ortega Salgado, Ruth Villalobos Sotomayor, Rosa Ana Pérez Ricardo, Feliciano Herazo Munzon, Nadis Munzon Barragán, Mónica Castelar Alviz, Jaider Álvarez Román, Martha López Carrascal, Valentín Morelo Bello, Cecilia Rubio Vergara, Feliciano Herazo Pérez, Juventina Villalobos Vertél, Isabel Peinado Carvajalino, Julia Mary Agresoth Marimon, Luz Victoria Morelo Ricardo y Nancy Deulofeuth Álvarez.

desde luego, su dedicada ponderación, en aras de constatar si los presupuestos del instrumento constitucional, se avienen al caso en estudio.

Así, el procesado concedió el amparo del derecho de petición, pasando por alto que las solicitudes de cesantías dirigidas a la alcaldía de Tolú, en manera alguna podían considerarse recientes, dado que fueron radicadas por los accionantes, en el período comprendido entre 2001 y 2008, la menor parte, en este último año.

La nota llamativa que se deriva de ese plural amparo, es que el acusado subestimó que, en el caso de FELICIANA HERAZO MUNZÓN, JAIDER ÁLVAREZ ROMÁN Y LUZ VICTORIA MORELO RICARDO, ninguna petición reposa y así lo constató la Corte. Ahora, si bien están cobijados por la que en bloque y sin justificaciones individuales de cada situación, presentó la presidenta del sindicato al que pertenecen, ello requería de una consideración especial en el fallo de tutela para ver si se les tenía como verdaderos legitimados, dado que nada aparece, en cuanto a facultades concedidas a dicha peticionaria.

Resulta plausible hacer un alto en aras de expresar lo inadmisibles que se ofrece el proceder de la defensa concretado en utilizar el recurso para la aducción de pruebas, como lo hizo con una certificación para respaldar su embate contra la materia tratada en el precedente

acápites, cuando bien sabe que la sustentación de la impugnación no es escenario para aportar piezas suasorias.

El artículo 86 de la Constitución Política, dispone que la acción de tutela procede de manera inmediata cuando los derechos fundamentales de la persona resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

De manera que al decidir una cuestión de dicha índole, el funcionario queda atado a la tarea de revisar las diligencias a fin de verificar si aquella precisa de inmediatez, caso en el cual abordará el estudio de los derechos fundamentales que se dicen afectados o inminentemente amenazados en procura de conceder la tutela.

Ahora, si el asunto refleja la posible producción de un perjuicio irremediable, constatado el mismo, pese a la existencia de otro medio alternativo de defensa judicial, debe reconocerse la procedencia del amparo, aclarando eso sí, que la protección se brinda de forma transitoria.

Verdaderamente, ningún juicio de valor hizo el implicado en torno a dichas materias, puesto que, en cuanto al derecho de petición, se trataba de una inmediatez, si acaso, caduca, dado que las solicitudes sobre liquidación y pago de cesantías parciales que los interesados –ya se dijo que una parcialidad de todos los beneficiados con el fallo, se

habían constituido en solicitantes- pasaron a la administración municipal de Tolú, acarreaban tanta antigüedad, según se desprende de la información aportada a este proceso, que representaba un sofisma afirmar que la protección del derecho fundamental involucrado reclamaba inmediata protección.

La violación del derecho a la vivienda digna y, de contera, la imperiosa prioridad de ampararlo ordenando el pago de las prestaciones reclamadas, lo dio por sentado el fallador procesado con los proyectos de diseños realizados por arquitectos, anexados al memorial de tutela.

Entonces, es cierta la carencia de sustento de la decisión, en tanto que unos documentos relativos a diseños arquitectónicos sobre mejora de vivienda, o compraventa de lotes o casas –estos últimos dejaron de ser tan siquiera, mencionados en la providencia- mal pueden convertirse en prueba de quebrantamiento de un derecho y, menos, del perjuicio irremediable, cuya solvencia es tan copiosa que puede llegar a contrarrestar, en un caso concreto, la de algunos principios determinantes de la procedencia del amparo constitucional.

Al sentenciado no le mereció ninguna importancia mirar que los proyectos de mejora de vivienda; igual, los otros documentos, se quedaban cortos a la hora de acreditar que las mismas amenazaban ruina y, por lo tanto, la vida e

integridad de sus ocupantes se ponía en riesgo y, en el mejor de los casos, quedarían a la intemperie o, cuando menos, que sin esas reparaciones el anhelo de habitarlas dignamente podría esfumarse, para de esa manera, justificar el perjuicio irremediable y, de paso, su pronunciamiento.

El haber esquivado esa carga funcional, ninguna causalidad habría configurado si al menos, por otro lado, hubiera auscultado las compraventa de inmuebles en punto de confirmar las declaraciones de verdad impresas allí, pues ese ámbito también denotaba extrañeza, precisamente, porque, acorde con lo dilucidado por el *a quo*, en casi todos esos documentos coincidían las fechas en que se realizó el negocio.

Para ello es suficiente traer a colación, los que fueron suscritos por DINORA ZÚÑIGA MELÉNDEZ, ELIZABETH CÁRDENAS RAMÍREZ, RUTH VILLALOBOS SOTOMAYOR, FELICIANA HERAZO MUNZÓN MÓNICA CASTELLAR ALVIZ Y CECILIA RUBIO VERGARA; todas ellas pactaron el 4 de junio de 2009, muy pocos días antes de que se interpusiera la acción de tutela. Extraño también, se sugiere, que los vendedores dejaran de prescribir un plazo cierto para que les satisficieran la obligación, pues se estipuló que se haría cuando a los compradores les fueran canceladas las cesantías.

Es indudable la carencia de fundamento probatorio de las condiciones y situaciones que estimó acreditadas el acusado, con miras a las concesiones que hizo.

De cara al amparo de los derechos de los niños y de las madres cabeza de familia o, para ser menos restrictivos, la de hombres y mujeres cabeza de hogar, ínsito en la sentencia tachada de ilegal, la Corte debe revelar que al respecto ninguna reflexión enderezada a dar por cierto que hombres como mujeres que así se reputaron en el trámite constitucional, realmente lo fueran, se plasmó. Se ignora, cómo entonces, fue que **ÁLVAREZ GARCÍA** concluyó esa condición, indispensable a la hora de reconocer el quebranto a sus derechos fundamentales, ya que a nadie carente de la misma, se le pueden tutelar, simplemente, porque no es titular.

A la actuación de tutela se anexaron infinidad de declaraciones que rindieron los demandantes ante notario, y el juez constitucional, pese a que debía probar sus asertos, nada hace ver que se ocupara de examinarlas, ni siquiera, superficialmente. Esa labor, se ofrecía inaplazable, tanto por el gran número de personas que se dijeron afectadas como por el alto valor reclamado, incluso, porque el dinero saldría del erario público.

Así como asomaba inusual que tantas personas interesadas en un mismo trámite judicial y ávidas de

pruebas para apalancar sus pretensiones coincidieran en la fecha en que se produjeron las mismas, como aconteció con las compraventas de terrenos, según ya se señaló, refulgía enteramente particular y, por tanto, digno de averiguación lo atinente a los documentos aducidos por los demandantes con miras a probar que respondían a hombres y mujeres cabeza de hogar.

Se hace referencia a las declaraciones que los accionantes rindieron ante notario centradas en que tenían personas a cargo, en donde, si mucho, anotaron de quién se trataba, omitiendo por completo todas las circunstancias que merecían ser detalladas con el fin de propiciar detenidos análisis y la conclusión acerca de la viabilidad del reconocimiento por el que abogaban.

ÁLVAREZ GARCÍA desestimó que el respectivo acopio probatorio estuviese vacío de tan necesaria información, pero a la vez, de la testificación ante notario hecha en el momento en que se convirtieron en cabeza de familia, conforme lo estipula el parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993, en el sentido de que esa condición y su desaparición debe ser declarada ante notario desde la ocurrencia del respectivo evento.

El fallo que soporta el calificativo de prevaricador, precisa insuficiencia frente a las exigencias de mostrar razonadamente, en cuáles de las previsiones del canon 2 de

la Ley 82 de 1993, se encontraban cada uno de los demandantes, eso sí, ofreciendo individualmente, los elementos de convicción, a lo cual no atienden, por supuesto, las ineficaces declaraciones extrajuicio que le presentaron al juez de tutela.

Las anteriores falencias y críticas, encuentran adecuación para los otros derechos que amparó **ÁLVAREZ GARCÍA**, ya que su motivación es totalmente invisible; tácitamente se refirió a los de los niños y al mínimo vital y con esa forma de motivar, abandonó el examen probatorio.

Aparejada a las anteriores irregularidades, se encuentra la desatención a la prohibición de ordenar pagos a las entidades territoriales que han suscrito acuerdo de reestructuración, inserta en el canon 58.13 de la Ley 550 de 1999, la cual le fue recordada por el alcalde de Tolú al informarle que su municipio se encontraba en un proceso de esa naturaleza y por ello, de ninguna manera, procedía la tutela, ocasión en la que le advirtió que tampoco se reunían los presupuestos de la acción constitucional.

Autos del 4 de diciembre de 2009 y 3 de junio de 2010.

La primera decisión la adoptó el juez dentro del incidente de desacato originado por el incumplimiento al

fallo de tutela del 25 de junio de 2009. Se contrajo entonces, a: *“acceder a la petición el doctor HERNAN ARRAZOLA ESPITIA, apoderado judicial de los tutelantes, en consecuencia se ordenará a FIDUAGRARIA que retenga de los dineros que administra por concepto de regalías que corresponden al municipio de Santiago de Tolú, la suma de \$6.500.000.000,°°, en sus cuentas, los cuales no podrá utilizar para el pago de ninguna otra obligación ordenada por el señor Alcalde Municipal de Santiago de Tolú ...”*

La misma fue el soporte de otro pronunciamiento, fechado marzo 23 de 2010, en donde se ordena a Fiduagraria poner a disposición de la cuenta bancaria del juzgado, los dineros objeto de embargo y retención al municipio de Tolú.

Mediante los oficios 0303 y 0392 del 25 de marzo y 23 de abril de 2010, el despacho judicial materializó la anterior determinación.

Pese a que el auto del 4 de diciembre de 2009 tiene relación con el mismo asunto constitucional, lo cierto es que se considera independiente para el juicio de legalidad, conforme a las normas penales; se trata de una decisión reveladoramente ilegal. Del numeral 13 del artículo 58 de la Ley 550 de 1999, con facilidad se advierte que durante la negociación y ejecución del acuerdo de reestructuración no habrá lugar a embargos de los activos y recursos de la entidad territorial.

Es un hecho cierto que el municipio de Tolú, se encontraba en ese proceso desde el 2 de agosto de 2002 y, lo dieron por terminado las partes, el 28 de octubre de 2010. Así que, para el 4 de diciembre de 2009, fecha en la cual se tomó la decisión de embargar los recursos, la prohibición estaba en completo vigor y ninguna razón compatible con la ley, existía para desconocerla. Antes bien, se perseveró con tanto celo en el mandato proscrito, que fueron librados sendos oficios para aligerar su cumplimiento.

Sin duda que, no solo esa norma, se oponía a las intenciones de doctor **ÁLVAREZ GARCÍA**. Nótese que, por ejemplo, por tratarse de dineros que tenían origen en las regalías que recibía el municipio de Tolú, ningún funcionario estaba llamado a embargarlos antes de que transcurrieran 18 meses, a partir de quedar ejecutoriada la decisión que reconocía las acreencias laborales, según mandato contenido en el canon 21 del Decreto 028 de 2008, cuya exequibilidad condicionada, que consistió en fijar dicho lapso, la declaró la Corte Constitucional en sentencia C-1154 de 2008, terminó desobedecido además, en tanto que se materializó la “ejecución” del ente territorial accionado, apenas transcurridos 4 meses de haberse consolidado el fallo de tutela.

La conclusión respecto del auto del 3 de junio de 2010, es la misma y, lo es, porque por cuyo medio se le reconocieron intereses del 12% a las cesantías de los

accionantes. Desde luego que, tanto el proveído que se examina como el del 4 de diciembre de 2009, obedecen a situaciones que tuvieron su origen en el reprochado sentenciamiento.

Debe dejarse en claro que esta otra determinación hizo parte del conjunto de pronunciamientos emitidos por el acusado dentro del incidente de desacato, pero, de ninguna manera, desarrolla el fallo de tutela, toda vez que allí tampoco fue ordenado el pago intereses. Todo lo contrario, en la parte motiva se consignó que solo habría de ordenar la indexación de las cesantías, por cuanto, que, si a ello le sumaba la sanción moratoria, se estaría condenando dos veces al municipio por el mismo hecho.

Se destaca que fue totalmente irregular utilizar ese trámite accesorio con miras a tomar decisiones, nunca orientadas a hacer cumplir la de fondo, o sea, el fallo de tutela, sino para hacer más concesiones, como si en verdad se tratara de una nueva sentencia disimulada de auto y aprovechando para ello, la ritualidad del desacato. Ello es así, porque a éste se la concibe como el escenario procesal en donde tiene lugar el debate acerca del obedecimiento o no, por parte de la autoridad accionada, de la decisión culminativa del asunto constitucional.

En tal sentido, dentro del citado incidente y, con el fin de hacer cumplir la sentencia que ampara los derechos

fundamentales, el juez debe tomar las decisiones que el material probatorio y las respectivas normas constitucionales y legales le promocionen, jamás adicionarle otros amparos u órdenes. Lamentablemente, el acusado invirtió esas premisas, en tanto que, siendo sorpresivo, dentro de ese procedimiento accesorio decidió emitir órdenes de embargo y como gracia adicional concedida a los demandantes se destaca la relativa a los intereses.

Si al interlocutorio datado 3 de junio de 2010, lo convierte en manifiestamente ilegal, el hecho de “conceder” gracias de las cuales no se tenía conocimiento en el fallo de tutela, es decir, nuevos; así mismo lo constituye, el amparo propiamente concedido.

Justamente, tras negar la objeción propuesta por el alcalde de Tolú a la liquidación presentada por JAIRO LUIS BUELVAS DE LA ESPRIELLA, perito que designó el justiciable, éste mediante ese auto, no hizo menos que reconocer intereses del 12% a las cesantías de los demandantes, dado que el auxiliar de la justicia en mención, los incluyó al cuantificar esa prestación. Basó su resolución, en que, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, contempla y, en tal cuantía, la sanción que impuso.

La abierta contradicción de esa providencia con el ordenamiento jurídico, adicionalmente estriba en haber ordenado el pago de intereses sin existir fundamento legal

para ello, pues la norma acabada de enunciar y en que se apoyó el acusado, los contempla solo para las cesantías del régimen anualizado y los demandantes pertenecían a otro, es decir, al retroactivo y, así, se lo hizo saber, el alcalde de Tolú.

Esa decisión se deslegitima mayormente al compararse con el auto del 3 de mayo de 2010, en donde **ÁLVAREZ GARCÍA** había reconocido no ser el llamado a disponer el pago de intereses a las cesantías porque la jurisprudencia constitucional le enerva esa facultad al juez de tutela, mas en esta ocasión, simulando, porque al fin y al cabo la distorsionó, tomar como apoyo la doctrina contenida en la sentencia SU-400 de 1997, consistente en que aquella sanción en lo más mínimo se compadecía con las cesantías y, por ello, solo había lugar a la indexación, proveyó tal cual se le cuestiona.

La Corte, en ese mismo momento, apreció que dilucidar si hay lugar a intereses, no es un cometido que le corresponda asumir al juez de tutela cuando simultáneamente verifica si hubo violación de derechos fundamentales, puesto que ello le incumbe a los jueces ordinarios en cada caso concreto, toda vez que así podrán detallar cuándo se ha causado un daño que revista ser resarcido de dicha manera, o sea, mediante el pago de intereses. Esa es la sinopsis de la doctrina que, variándole el sentido, el acusado utilizó a su conveniencia.

Se sigue de lo dicho y a riesgo de ser reiterativo que, por conducto de la mendacidad, el acusado resultó colocando en dicha jurisprudencia una *ratio decidendi* que total, ni parcialmente le corresponde. Lo propio se deduce de la afirmación concretada en que autorizó en su fallo, el pago de dichos intereses, cuando, como ya se advirtió, esa temática pasó desapercibida en dicha ocasión.

Es innegable que el juez constitucional tiene la facultad de establecer los demás efectos del fallo que concede la tutela, puesto que expresamente el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 así lo contempla, pero no por eso puede llegar, como lo insinúa la defensa, a desconocer flagrantemente el ordenamiento jurídico.

Es decir, la acción de tutela es una herramienta bien importante para encausar la conducta de las autoridades públicas cuando han irrespetado los derechos fundamentales y de ella dimanen exclusivos poderes que el funcionario judicial puede utilizar en orden a que, esencialmente, los funcionarios estatales le presten atención esmerada a esa clase de derechos. Empero, deben ser utilizados dentro de una concepción racional y desapartada de cualquier asomo de arbitrariedad.

Si se acepta esa máxima, el juez so pretexto de hacer prevalecer los más importantes derechos del individuo, mal puede desquiciar la normatividad vigente, lo cual, sin duda

alguna, se propuso y consiguió el doctor **ÁLVAREZ GARCÍA** al expedir, con todo el conocimiento jurídico que le asistía, tal y como lo denotan la variedad de pronunciamientos que adoptó en los trámites principal y accesorio de tutela, pero además, del hecho de haber distorsionado los criterios de autoridad, incluso, de valerse de la mentira, las tres decisiones que, a raíz de los análisis llevados a cabo, se concibieron manifiestamente ilegales.

Del tipo subjetivo.

La Corte se distancia del criterio del recurrente, en el sentido de que el *a quo* tuvo en cuenta para establecer el dolo en la conducta de su prohijado, solo su experiencia judicial y preparación académica.

La Sala, como bien lo recuerda el apelante, aclaró (ver CSJ SP 3 Jun. 2009, Rad. 31118) que no es válido atender, de manera insular a esos factores, para asumir o dar por sentado el conocimiento y la voluntad de infringir la ley y, la sentencia impugnada tiene vocación de acatar ese criterio.

Así como se evidencia que el fallo de instancia ancló los tópicos cognitivo y volitivo de la tipicidad en la superación intelectual y la trayectoria judicial que por más de dos lustros le figura al acusado, lo propio hizo en ámbitos relacionados con el estudio que de la jurisprudencia y la ley

llevó a cabo con miras a definir el asunto y a efecto de emitir otras decisiones; con las advertencias del alcalde accionado centradas en la improcedencia del amparo, puesto que los requisitos de subsidiaridad e inmediatez no concurrían y acerca de la inviabilidad del reconocimiento de intereses a las cesantías, ya que los interesados asistían al sistema retroactivo. Conjuntamente, con la circunstancia de despachar desde el mismo municipio accionado. Por tanto, debía saber que la entidad territorial estaba inmersa en un acuerdo de reestructuración de pasivos y, a partir, también, del aspecto relacionado con la experiencia de **ÁLVAREZ GARCÍA** como funcionario judicial encargado de tramitar procesos ejecutivos.

De manera que, en ningún grado, le asiste razón al impugnante, al petitionar la declaratoria de atipicidad de la conducta de su asistido.

En síntesis, no se accederá a las súplicas del apelante y, en consecuencia, se impartirá confirmación al fallo de instancia.

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 de fecha 17 de octubre de 2012, mediante la cual el Tribunal Superior de Sincelejo, condenó al doctor **HUGO JOSÉ ÁLVAREZ GARCÍA**, por el delito de prevaricato por acción en concurso.

Segundo. Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria