



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Magistrado Ponente

SP16574-2016
Radicación 46884
(Aprobado Acta No. 360)

Bogotá D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa del doctor ARMANDO JOSÉ ORLANDO RINCÓN contra la sentencia del Tribunal Superior de

Montería del 7 de septiembre de 2015, que lo condenó como autor responsable de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación en favor de terceros.

HECHOS:

El 5 de junio de 2009 la abogada Stefanie Córdoba Almentero radicó acción de tutela para obtener el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, debido proceso, asociación sindical, entre otros, de doce ex trabajadores de TELECOM desvinculados el 31 de enero de 2006 a raíz de la liquidación de esta empresa.

El trámite le correspondió al Juzgado Quinto Civil Municipal de Montería, dirigido por el doctor ARMANDO JOSÉ ORLANDO RINCÓN, quien el mismo día admitió la tutela de la cual corrió traslado al Patrimonio Autónomo de Remanentes «PAR», empresa encargada de realizar la liquidación de la citada entidad.

Mediante sentencia del 16 de junio siguiente, complementada el día 19 del mismo mes y año, el funcionario amparó los derechos invocados y ordenó el embargo de las cuentas de la demandada. El 30 de junio siguiente dispuso la entrega a la apoderada de los accionantes de un título judicial por valor de \$4.621.627.181,00.

Propuesta la impugnación por la entidad accionada, la decisión fue revocada el 27 de julio de 2009 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Montería.

El 19 de septiembre de 2011 la apoderada del Patrimonio Autónomo de Remanentes denunció al doctor ARMANDO JOSÉ ORLANDO RINCÓN con ocasión del fallo proferido dentro del citado trámite de tutela, bajo el argumento de que se apartó ostensiblemente del ordenamiento legal y propició la pérdida de cuantiosos recursos estatales.

ACTUACION PROCESAL:

1. En audiencia celebrada el 19 de julio de 2013 la Fiscalía imputó al doctor ARMANDO JOSÉ ORLANDO RINCÓN los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación en favor de terceros, cargos que no fueron aceptados.

2. Presentado el escrito de acusación, la consiguiente audiencia de formulación se llevó a cabo el 28 de enero de 2014 ante el Tribunal Superior de Montería, autoridad que también adelantó la etapa preparatoria y el juicio oral. Cumplida dicha fase procesal, anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio.

3. La sentencia que declaró penalmente responsable al doctor ARMANDO JOSÉ ORLANDO RINCÓN se profirió el 7 de septiembre de 2015, oportunidad en la cual fijó las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de

derechos y funciones públicas en 10 años y la multa en \$4.621.627.181,00. No concedió la suspensión condicional de la pena ni la prisión domiciliaria.

4. Inconforme con la decisión, la defensa radicó y sustentó la apelación que ahora resuelve la Sala.

SENTENCIA IMPUGNADA:

Luego de recordar el contenido del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, el Tribunal coligió que las pruebas acopiadas en el juicio otorgan certeza sobre la configuración de los delitos atribuidos al procesado, dada la irrazonable decisión que adoptó, pues nada justificaba que los accionantes hubiesen dejado transcurrir más de tres años para promover el amparo.

Con mayor razón cuando el funcionario ordenó el pago de acreencias laborales superiores a cuatro mil millones de pesos sin realizar ninguna labor orientada a corroborar la afectación de la subsistencia de los accionantes, verificación indispensable porque los interesados no adujeron la condición de padres cabeza de familia, un perjuicio irremediable o la inexistencia de otros mecanismos de defensa judicial.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, recordó el Tribunal, exige atender el principio de inmediatez y demostrar la afectación real del mínimo vital como condición para ordenar su amparo. Contrariando dichas

pautas, el procesado tuteló los derechos invocados sin que se acreditara su vulneración.

Desconoció también el acusado que las órdenes de embargo son ajenas a los procesos de tutela porque esa acción no persigue propósitos patrimoniales, como se precisó en la sentencia SU 377 de 2014.

La amplia experiencia profesional, agregó la primera instancia, le permitía al procesado conocer las características de la tutela y le obligaba a establecer las razones por las cuales los accionantes tardaron tres años y cinco meses en instaurar tal mecanismo.

Tampoco podía desconocer el juez que los ex trabajadores fueron retirados de TELECOM por la liquidación de la empresa, en razón de lo cual recibieron millonarias indemnizaciones, situación informada en la contestación de la demanda que lo alertaba sobre la improbabilidad de la afectación del mínimo vital. Sin embargo, ningún pronunciamiento efectuó sobre dicho aspecto en la tutela censurada.

Con ese proceder, dijo el Tribunal, el procesado posibilitó que terceras personas se apropiaran de dineros públicos, cuyo embargo ordenó en cuantía superior a cuatro mil seiscientos millones de pesos, pues sin esa decisión no se habría concretado el apoderamiento de los recursos estatales.

LA IMPUGNACIÓN:

El defensor atribuyó a la sentencia errores de apreciación probatoria bajo el argumento de que la evidencia indica que el procesado no actuó con dolo o, a lo sumo, *«que en su caso surge la duda...y en virtud de ella lo hubiese absuelto»*.

Agregó que el fallo desconoció que cuando dirigía el Juzgado Primero Civil Municipal de Montería, en sentencia del 23 de noviembre de 2009, el procesado atendió el precedente sobre el principio de inmediatez expuesto en la T-551 del 6 de agosto de 2009, pues sólo en ese momento se clarificó el tema.

También cuestionó que el Tribunal dedujera el compromiso penal del doctor ORLANDO RINCÓN por desatender las reglas establecidas en la sentencia SU-377 de 2014, en tanto esa determinación se profirió cinco años después de emitida la decisión censurada.

Destacó que el acusado, en su condición de juez encargado, conoció el proceso por reparto y no por distribución caprichosa o manipulación en la asignación de procesos, situación que descarta cualquier interés en el resultado del proceso, máxime cuando no conocía a los accionantes ni a su apoderada.

Explicó que el funcionario decretó el embargo, no por iniciativa propia, sino a solicitud de la parte interesada,

petición que sólo acogió en la sentencia, lo cual constituye otro indicio de buena fe. Y aunque la accionada contestó oportunamente, no cuestionó las liquidaciones adosadas con la tutela, motivo por el cual el procesado debió aprobarlas.

Resaltó que el acusado negó la nulidad propuesta por el Patrimonio Autónomo de Remanentes porque si bien los ex trabajadores no prestaron sus servicios en Montería, afirmaron que residían en esa ciudad, situación que le llevó a creer que tenía competencia para decidir, pues aún no se había expedido el Auto 280 A del 24 de septiembre de 2009 con la indicación de que la acción debe presentarse en el lugar donde finalizó el contrato laboral.

Con apoyo en ese argumento coligió que el acusado incurrió en error invencible por la inexistencia de claridad sobre la competencia, con mayor razón cuando la accionada no informó que el domicilio de los ex trabajadores no estaba en Montería. De haberlo sabido, agregó el defensor, el funcionario habría enviado el proceso al juzgado pertinente.

Aunque el juez no citó ningún precedente para explicar la admisión de la tutela a pesar de haber transcurrido varios años de la afectación de derechos, sí indicó que ésta continuaba, situación que encaja dentro de las excepciones al principio de inmediatez previstas en la T-187 del 9 de marzo de 2012.

Afirmó que el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991 no es claro sobre las medidas cautelares susceptibles de ser ordenadas en la acción de tutela y como no existía ningún precedente sobre la materia ni estaba prohibido el embargo, era posible que el funcionario lo decretara para no hacer ilusorio el fallo, pues la jurisprudencia permite el pago de salarios y acreencias laborales a través de este mecanismo de amparo.

Destacó que la complejidad del asunto —tutela presentada como mecanismo transitorio, con 462 folios de difícil comprensión por versar sobre fuero sindical— le demandó al procesado el estudio de múltiples normas y la lectura de 43 sentencias. Esa circunstancia demuestra la ausencia de dolo y la atipicidad de la conducta y, por ello, solicitó la absolución, previa revocatoria del fallo de primer grado.

Por último, de manera subsidiaria, pidió modificar la tasación punitiva para fijarla en 7 años de prisión.

LAS PARTES NO RECURRENTE:

1. El apoderado del Patrimonio Autónomo de Remanentes, en su calidad de víctima, afirmó que el Tribunal sí valoró todo el material probatorio, ejercicio a partir del cual halló que la decisión suscrita por el acusado es manifiestamente contraria a la ley y, además, generó la apropiación indebida de más de cuatro mil millones de

pesos por parte de terceros, suma que ha sido imposible recuperar.

Encontró presente el dolo en la conducta del procesado porque desconoció el principio de inmediatez y amparó derechos que no estaban en riesgo. En tal sentido, resaltó que la contestación de la demanda suministró suficientes elementos de juicio al juez para declarar improcedente el amparo, pues le informó del levantamiento del fuero sindical de los accionantes y de la cancelación de prestaciones sociales e indemnizaciones correspondientes.

Resaltó que antes de la expedición de la sentencia, existían múltiples precedentes sobre el principio de inmediatez y la obligación de demostrar la afectación del mínimo vital, resultando insustancial el argumento defensivo relativo a la falta de claridad sobre el tema.

Precisó finalmente que la mención de la sentencia SU-377 de 2014 obedeció a la necesidad del Tribunal de reiterar la línea jurisprudencial sobre las acciones de tutela radicadas contra el Patrimonio Autónomo de Remanentes.

2. La Fiscalía manifestó que la inexistencia de la tutela T-551 de 2006 no justifica la decisión adoptada por el procesado ni prueba la falta de dolo porque la accionada le hizo ver al procesado la ausencia de inmediatez y le puso de presente varios precedentes sobre la necesidad de verificar tal requisito.

La cita de la sentencia SU 377 de 2014, en su opinión tuvo como finalidad mostrar la unidad en la línea jurisprudencial respecto de las acciones contra la entidad accionada, aún antes de junio de 2009 cuando el juez emitió la sentencia cuestionada.

La falta de prueba de la manipulación del reparto pregonada por la defensa se contrapone con el empeño del funcionario por conocer de la tutela pese a que carecía de competencia territorial, circunstancia objetiva de la cual bien puede inferirse su actuación dolosa. Ello porque los accionantes prestaron sus servicios en municipios diferentes a Montería, hecho informado en la contestación de la demanda.

Convino en que para el año 2009 se exceptuaba de la inmediatez la afectación permanente de los derechos fundamentales. Sin embargo, indicó que la sentencia suscrita por el procesado no expresó las razones por las cuales consideraba que la vulneración continuaba vigente, como debía hacerlo si pretendía aplicar la excepción mencionada.

Y aunque es posible ordenar el pago de salarios y prestaciones a través del amparo constitucional, en este caso no era procedente hacerlo porque los demandantes habían iniciado la correspondiente acción de reintegro, la cual había sido fallada negativamente respecto de algunos y estaba en curso en relación con otros.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. La Sala es competente para resolver la alzada de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, pues la acción penal es ejercida contra un ex juez, juzgado en primera instancia por el Tribunal Superior de Montería, por actos realizados con ocasión del cargo desempeñado.

2. El Tribunal fundó la condena en que la sentencia del 16 de junio de 2009, suscrita por el doctor ARMANDO JOSÉ ORLANDO RINCÓN, se alejó ostensiblemente de la ley porque el tiempo transcurrido entre la supuesta afectación de derechos y la presentación de la demanda, señalaba que no se hacía necesaria la intervención del juez constitucional —principio de inmediatez—, con mayor razón cuando no existía evidencia de la afectación del mínimo vital. Al conceder el amparo, posibilitó la apropiación de \$4.621.627.181,00 de recursos estatales por parte de terceros, dineros que no fue posible recuperar.

3. Por su parte el defensor señaló que el procesado actuó sin dolo o, a lo sumo, que hay duda sobre ese aspecto, circunstancia que impedía emitir fallo de condena. Destacó la ausencia de criterio jurisprudencial consolidado en torno a la inmediatez y a la competencia en las acciones de tutela instauradas contra el Patrimonio Autónomo de Remanentes. Pregonó la buena fe con que actuó, pues no se demostró manipulación del reparto, sólo en la sentencia —a petición de la abogada demandante— decretó la medida

cautelar y garantizó el derecho de contradicción de la accionada.

Y aunque admitió la tutela luego de más de tres años de ocurrido el hecho generador del daño, ello obedeció a la continuidad en la afectación del derecho, situación que lo obligó a ordenar el embargo de las cuentas para no hacer ilusorio el amparo. Destacó igualmente la complejidad del asunto —fuero sindical— y la cantidad normas y precedentes que debió analizar.

4. La ausencia de dolo en el proceder del doctor ORLANDO RINCÓN, pregonada por el defensor, no encuentra respaldo probatorio porque la evaluación de las circunstancias que rodearon la toma de la decisión y las motivaciones expuestas en la misma indican que el procesado conoció y quiso proferir una determinación manifiestamente contraria a la ley.

Esta convicción se obtiene del análisis contextual de todas las aristas de la decisión porque fueron varias las exigencias pretermitidas por el funcionario, las cuales no se explican en la ignorancia o la inexperiencia, pues cuando la emitió llevaba más de 8 años vinculado a la rama judicial en diferentes cargos —secretario nominado y juez encargado de diversos despachos del orden civil municipal—, según estipularon las partes. Además, el lenguaje jurídico utilizado y la cita de múltiples precedentes

jurisprudenciales evidencian que era conocedor del tema y estaba al tanto de sus variables.

Fueron varios los elementos de la acción de tutela desconocidos por el funcionario sin explicación atendible. No sólo pretermitió el principio de inmediatez sino que también obvió verificar, como era su deber, la afectación real del mínimo vital aducida. Ignoró igualmente los precedentes sobre la competencia para adelantar el amparo constitucional y dispuso, sin ser procedente, el embargo de los recursos de la entidad demandada, los cuales entregó inmediatamente a la apoderada —no a los accionantes—.

5. La acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial al que puede acudir toda persona para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale la ley. Es de carácter subsidiario y residual, pues sólo procede cuando el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo, se presente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por regla general procede cuando se presenta la afectación o amenaza en tanto fue instituida para la protección urgente e integral de un derecho fundamental. Sin embargo, en algunos eventos es posible atender solicitudes de amparo presentadas con posterioridad, siempre y cuando las circunstancias particulares del caso

justifiquen con suficiencia la tardanza en la interposición de la acción.

Se adujo que el procesado actuó movido por un error invencible por cuanto en el año 2009 no existían precedentes consolidados sobre el principio de inmediatez, explicación infundada porque desde el año 1991 la Corte Constitucional exigió la oportuna presentación del amparo, so pena de decretar su improcedencia.

El principio de inmediatez, entendido como la necesidad de presentar la tutela en un plazo razonable, surgió en la sentencia SU 961 de 1991. Allí se expresó que si la acción se interpone tardíamente, sin explicación o justificación, el amparo resulta improcedente porque no hay actualidad en el agravio y, por ello, no se requiere la protección urgente e integral del derecho invocado, debiendo acudir a las instancias ordinarias.

La tesis de la continuidad de la afectación de derechos con que la defensa trata de justificar la admisión de la tutela tres años y cinco meses después de la supuesta vulneración, en este particular evento, carece de soporte porque la abogada de los accionantes no entregó ninguna explicación sobre la razón por la cual los afectados dejaron transcurrir tan significativo lapso sin reclamar su protección.

Con mayor razón cuando en la contestación de la demanda se informó que la entidad accionada inició proceso

para levantar el fuero sindical y, para tal efecto, aportó copia de las decisiones judiciales correspondientes. Adicionalmente, relacionó y entregó copia de los procesos de reintegro instaurados por los accionantes, algunos de ellos con sentencia en firme en la que se absolvió a la parte demandada.

No resultaba razonable, entonces, dejar trascurrir tanto tiempo para reclamar prestaciones patrimoniales, como ocurrió en este caso, máxime cuando no se adujeron condiciones de vulnerabilidad de los accionantes ni se explicó la mora en solicitar el amparo. Esa situación, a no dudarlo, demandaba del funcionario indagar por los motivos de la tardanza y alertaba sobre la improcedencia de la intervención constitucional porque los interesados ya habían ejercido los mecanismos judiciales ordinarios para obtener respuesta a sus pretensiones.

Por demás, los precedentes jurisprudenciales ya habían establecido en el año 2009 la improcedencia de la tutela respecto de la desvinculación de aforados sindicales, excepto cuando se configura la violación de otros derechos fundamentales que ocasionen un perjuicio irremediable. Lo anterior porque los aforados sindicales cuentan con la acción de reintegro que, por regla general, es efectiva para su protección por el procedimiento expedito que la caracteriza, el cual incluye la posibilidad de ordenar el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones en caso de comprobarse la vulneración (T-845 de 2008).

Sólo cuando con ocasión del desconocimiento del derecho sindical se aduce la afectación de otros derechos fundamentales, como el mínimo vital, procede la acción constitucional, siempre que se demuestre su violación o amenaza. No basta, por tanto, con afirmar que está en peligro la subsistencia de la persona. Adicionalmente se deben aportar pruebas concretas de ese hecho.

Pues bien, nada se manifestó en la tutela examinada sobre la real afectación de los derechos de los accionantes ni se aportaron pruebas del hecho.

En la sentencia tampoco se hizo alusión a este fundamental elemento, necesario para evaluar la procedencia del amparo solicitado. La decisión se limitó a señalar las características de la acción constitucional, su pertinencia para ordenar el pago de salarios y prestaciones sociales, así como a negar la validez del principio de inmediatez, en apoyo de lo cual transcribió algunos fragmentos jurisprudenciales. Sin embargo, nunca descendió al examen del caso concreto.

Elaboró entonces el procesado un estudio teórico sin concatenarlo con la situación de cada accionante, olvidando que la tutela necesariamente debe resolverse frente a las circunstancias planteadas en la demanda.

Aún más, la entidad accionada aportó copia del estado de afiliación de los reclamantes con los cuales evidenció que

todos se encontraban registrados en FOSYGA cotizando en el sistema de salud como trabajadores dependientes, resultando probable que hubiesen iniciado nuevos vínculos laborales, desestimándose con ello la afectación del mínimo vital pregonada en la demanda.

6. Acorde con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser promovida en todo lugar del territorio nacional. Sin embargo, allí mismo se establecen reglas de competencia en virtud de las cuales las solicitudes de amparo por el factor territorial deben ser conocidas, a prevención, por el juez o tribunal del lugar donde se presentan la amenaza o la violación del derecho fundamental, o los efectos de las mismas.

Dicho criterio legal fue omitido por el procesado en la medida que ninguno de los accionantes laboró en la ciudad de Montería, según indican las certificaciones laborales adosadas a la tutela, pues prestaron sus servicios en Cartagena, San Andrés, Riohacha, y San Juan del Cesar.

Y aunque el defensor sostuvo que el juez tramitó la tutela porque los accionantes afirmaron bajo la gravedad del juramento que residían en la capital cordobesa, tal explicación no se ajusta a la realidad porque en la demanda no se hizo esa manifestación. Ni siquiera se informó la dirección de cada uno de ellos. Sólo se suministraron los datos de ubicación de la abogada accionante.

Ninguna razón existía entonces para que el Juzgado Quinto Civil Municipal de Montería, a cargo del acusado, tramitara y fallara la tutela en tanto la amenaza o la violación del derecho fundamental, o sus efectos, no se concretaron en esa ciudad. Aún más, las diligencias de presentación personal de los poderes fueron realizadas en municipios diferentes a esa capital, lo que ratifica la falta de competencia del procesado para tramitar la acción constitucional.

La citada pauta de competencia era clara en la época en que se profirió la determinación cuestionada (T-080 de 1995, A-085 de 2006, A-143 de 2008, entre otros). Por ello, no es cierta la tesis de la defensa orientada a que el tema sólo se dilucidó con el auto 280 A del 24 de septiembre de 2004. Esa decisión no modificó los citados criterios sino que los ratificó y, adicionalmente, precisó que la acción contra entidades liquidadas debe presentarse en el lugar donde *«finalizó el contrato laboral»*.

7. A partir de las liquidaciones elaboradas por la parte interesada, el procesado embargó \$4.621.627.181,00 de las cuentas del Patrimonio Autónomo de Remanentes, suma que inmediatamente entregó a la apoderada de los accionantes sin considerar que no tenía competencia para decidir y que la intervención constitucional no era necesaria por ausencia de actualidad de la afectación aducida.

En el proceso de tutela es posible adoptar diversas medidas cautelares en orden a prevenir o remediar la vulneración de los derechos fundamentales, pero esa facultad no es ilimitada. Debe utilizarse de manera razonada y proporcionada en situaciones realmente urgentes. En ese orden, no puede usarse esa prerrogativa para embargar y ordenar el pago de acreencias laborales inexistentes o, por lo menos, discutibles.

Es cierto, como afirmó el defensor, que el ordenamiento jurídico nacional no niega la posibilidad de que en el proceso de tutela se puedan embargar sumas dinerarias. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha destacado su carácter absolutamente limitado:

Una orden de embargo —señaló la Corte Constitucional— habría podido tener el propósito admisible de contribuir al cumplimiento de las demás órdenes de protección. Pero eso no es suficiente para juzgarlas aceptables en el marco de principios dentro de los cuales debe obrar el juez de tutela. En su jurisprudencia, esta Corte no ha procedido de ese modo. No lo ha hecho por varias razones, que se exponen a continuación.

65. Primero, porque el adelantamiento de liquidaciones en materia prestacionales es impropio de un proceso de tutela, el cual no posee propósitos exclusiva o primordialmente patrimoniales o dinerarios. El contexto

procedimental del amparo no está además previsto para adelantar una discusión probatoria lo suficientemente amplia como para proceder a una liquidación apropiada de prestaciones económicas. Segundo, porque en principio es válido presumir la buena fe del destinatario de las órdenes y, en ese sentido, asumir de antemano que tiene vocación de cumplirlas (CP art. 83). Con lo cual, el embargo resulta injustificado a menos que se pruebe un temor fundado de incumplimiento frente a las resoluciones del juez. Tercero, porque una orden así resulta prima facie innecesaria, en vista de que hay instrumentos para asegurar el cumplimiento o perseguir el desacato a las órdenes del juez, tales como los incidentes de cumplimiento o desacato (Dcto 2591 de 1991 arts. 27, 52 y ss). Finalmente, es desproporcionado embargar sumas de un patrimonio autónomo de remanentes que debe responder por obligaciones pendientes. El congelamiento de sus recursos limitados, puede obstaculizar la satisfacción de obligaciones, de las cuales podría a su turno depender el goce efectivo de derechos incluso fundamentales de terceros. (SU-377 de 2014).

Y aunque para el año 2009 no existían precedentes sobre el tema, los jueces de tutela no acudían a esa medida porque las órdenes dirigidas a las entidades accionadas eran suficientes para garantizar el cumplimiento de las decisiones. La utilización de una medida cautelar extrema, excluida de las prácticas rutinarias de los jueces de tutela,

devela el propósito del procesado de conceder el amparo a pesar de su improcedencia.

8. Como el dolo es la manifestación del fuero interno del sujeto activo de la conducta punible, sólo puede ser conocido a través de las manifestaciones externas de esa voluntad, como las ya señaladas: afirmar falazmente que los accionantes manifestaron que su domicilio se encontraba en la ciudad de Montería, obviar las reglas de competencia, desconocer el principio de inmediatez, conceder el amparo sin que el mínimo vital aducido estuviese realmente afectado, embargar cuantiosos recursos para amparar derechos inciertos.

9. Es verdad que cuando dirigía el Juzgado Primero Civil Municipal de Montería el procesado negó una acción de tutela presentada en similares condiciones a la aquí investigada¹, pero ello no obedeció, como pregonaba la defensa, a su buena fe sino a que en ese momento se desató el escándalo mediático del «*cartel de las tucson*»² denunciado por el Ministerio de Comunicaciones. Así mismo, a que la Corte Constitucional en diversos fallos — T-551 y T-538 del 6 de agosto de 2009 — revocó las tutelas que revisó y compulsó copias para investigar penal y disciplinariamente a los abogados y funcionarios que las tramitaron.

¹ Sentencia del 23 de noviembre de 2009.

² Se llamó así porque la mayoría de funcionarios y abogados que intervinieron en las tutelas presentadas en diversos municipios del departamento de Córdoba contra PAR TELECOM, adquirieron esa clase de vehículos.

La anterior situación generó que el Patrimonio Autónomo de Remanentes demandara a la Rama Judicial por más de 9 mil millones de pesos, solicitando la reparación directa por los perjuicios causados con las múltiples decisiones judiciales que lo afectaron.

10. La afirmación del recurrente acorde con la cual la condena se fundó en la desatención de criterios jurisprudenciales inexistentes —SU 377 de 2014— también se aparta de la realidad porque la primera instancia citó ese fallo para resaltar la línea jurisprudencial respecto de las acciones de tutela contra el Patrimonio Autónomo de Remanentes y destacar la improcedencia del embargo. En otras palabras, no tuvo como finalidad fincar en ese precedente la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado.

11. La acción sometida a estudio del procesado no tenía la complejidad asignada por el defensor, pues ya existían precedentes sobre fuero sindical (T-203/04, T-699/06, T-1079/06, T-360/07, T-046/09, entre otras) y el asunto requería el análisis de temas conocidos que contaban con amplio respaldo jurisprudencial como la competencia, la inmediatez y el mínimo vital.

La ausencia de manipulación del reparto, tema sobre el cual no versó la investigación ni el debate probatorio, tampoco desvirtúa el proceder doloso del funcionario porque no se relaciona con el cargo formulado. Con mayor razón cuando la demostración del dolo en este delito no

demanda acreditar ingredientes adicionales como el «*interés*» o «*móvil*» del funcionario o la «*simpatía*» o «*animadversión*» hacia una de las partes. Solo exige que el procesado tenga conciencia de que el pronunciamiento se aparta ostensiblemente del derecho, sin importar sus motivos para actuar así, tal como se evidenció en este caso.

12. En fin, el impugnante no otorgó argumentos sólidos que desvirtúen las razones suministradas por el Tribunal Superior de Montería para condenar al doctor ARMANDO JOSÉ ORLANDO RINCÓN y, por ello, la Corte confirmará el fallo impugnado.

13. En forma subsidiaria solicitó el recurrente modificar la tasación punitiva por cuanto los criterios utilizados por la primera instancia no se ajustan a la normatividad. Al efecto realizó su propio trabajo de dosificación en el que consideró para el peculado por apropiación la pena de 6 a 15 años. Enseguida se ubicó en el mínimo de esa sanción y le agregó 12 meses por el concurso con el prevaricato por acción, para un total de 7 años de prisión.

No asiste razón al recurrente porque la pena que regula los hechos delictivos juzgados es la establecida en la Ley 890 de 2004, que introdujo un aumento punitivo general aplicable a los delitos cometidos en vigencia del sistema penal acusatorio, hipótesis que se configura en este caso porque dicho diseño procesal empezó a regir en el

departamento de Córdoba en el año 2008 y los sucesos materia del proceso sucedieron en junio de 2009.

Acertó entonces el Tribunal al considerar la pena de 96 a 270 meses de prisión como la que correspondía aplicar al peculado cometido por el procesado. Al máximo le aumentó la mitad porque lo apropiado superó los 200 smmlv, decisión no controvertida por el impugnante. Como no observó circunstancias de menor o mayor punibilidad, se ubicó en el cuarto mínimo —96 a 173.25 meses— y de allí seleccionó la pena de 108 meses de prisión —9 años— en atención a la gravedad de la conducta y el daño real causado. A esta cifra le aumentó 12 meses por el delito de prevaricato por acción, para un total de 10 años.

Como la pena está adecuadamente individualizada, se confirmará.

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:

CONFIRMAR la sentencia del 7 de septiembre de 2015 proferida por el Tribunal Superior de Montería.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Aclaración de voto

Rdo. 46884

Acta 360 de 16 de noviembre de 2016

Magistrados: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

La aclaración de voto a la decisión mayoritaria de la Sala se vincula con la conceptualización que se le da al tipo penal de prevaricato en cuanto a sus elementos y su ubicación respecto del bien jurídico que se afecta.

Reiteramos en esta oportunidad los criterios expresados en el salvamento de voto que presentamos en el radicado número 46892, en la decisión que se aprobó el 24 de octubre de 2016 con acta 334.

Cordialmente,

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado

FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado