

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

104
1265
[Firma]

RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ

Magistrado Ponente

AEPO0085-2019

Radicación N° 00058

Aprobado mediante Acta No. 58

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil diecinueve (2019).

I. Asunto

La Sala decide la solicitud de preclusión incoada por la Fiscalía Doce Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en relación con los doctores ORLANDO DE JESÚS DÍAZ ATEHORTÚA y MAURICIO JOSÉ MEYER CASTAÑEDA, magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de

[Handwritten signature]

Bolívar, investigados por el presunto concurso de punibles de prevaricato por acción, de que trata el artículo 413 del Código Penal.

II. Situación fáctica

Arnedys de Jesús Payares Pérez, ahora denunciante, se desempeñaba para el año 2006 como Juez Segundo Civil del Circuito de Magangué. A su despacho arribaron dos acciones de tutela interpuestas por dos grupos de maestros contra Cajanal, por medio de las cuales reclamaban la pensión gracia. En providencias¹ de 6 de octubre y 11 de diciembre de ese año, amparó los derechos de los docentes, ordenó pagarles varias sumas de dinero y embargar las cuentas bancarias de la entidad.

Con fundamento en esos hechos, el Gerente de Cajanal denunció a Arnedys de Jesús Payares Pérez, quien fue sancionado con suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad para ejercerlo por 12 meses (rad. 2007-0429) y destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos por 10 años (rad. 2010-090), el 9 de agosto y 17 de noviembre de 2010, respectivamente, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del

¹ Las citadas decisiones no fueron impugnadas ni seleccionadas por la Corte Constitucional.

[Handwritten mark]

106
1266

*Atlántico*², y confirmadas, en segunda instancia -el 9 y 16 de febrero de 2011- por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Inconforme con aquellas decisiones, el Juez Segundo Civil del Circuito de Magangué, Arnedys de Jesús Payares Pérez, interpuso acción de tutela radicada con el No. 2011-019, la cual correspondió al magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, ORLANDO DE JESÚS DÍAZ ATEHORTÚA, quien, por auto de 30 de mayo de 2011, avocó conocimiento; el 2 de junio siguiente, en Sala dual con su compañero MAURICIO JOSÉ MEYER CASTAÑEDA, negó una invitación a declararse impedidos presentada por el exjuez y, el 13 de dicho mes y año, despacharon negativamente el amparo, el cual fue confirmado, en segunda instancia, el 15 de noviembre de 2011 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y, por la Corte Constitucional en sentencia T-319A de 2012.

Transcurridos más de tres años de emitidas las decisiones dentro de la acción tuitiva, esto es, el 9 de julio de 2014, Arnedys de Jesús Payares Pérez, denunció a los

² Se aclarar que esa misma Sala expidió el pliego de cargos en el proceso rad. 2010-0090; mientras que el rad. 2007-0429 el pliego fue suscrito por la Seccional de Bolívar, pero con otros magistrados diferentes a los procesados. Después, el proceso fue enviado al Atlántico por contar con una Sala de Descongestión.

magistrados DÍAZ ATEHORTÚA y MEYER CASTAÑEDA, por el presunto delito de prevaricato por acción por no apartarse del conocimiento de la acción de tutela -falta de competencia y existir causales de impedimento- y negar el amparo, por medio de una decisión inmotivada. En suma, considera que violaron el derecho al debido proceso, el principio de igualdad e incumplieron el deber de los funcionarios judiciales de dictar sentencia respecto de todos los hechos o asuntos planteados por los sujetos procesales.

III. Fundamentos de la petición de preclusión

El Fiscal Séptimo delegado ante esta Corporación, por medio de escrito de 5 de diciembre de 2018, solicitó la preclusión, conforme con los artículos 331 y 332-4 (atipicidad del hecho investigado) de la Ley 906 de 2004, en favor de ORLANDO DE JESÚS DÍAZ ATEHORTÚA Y MAURICIO JOSÉ MEYER CASTAÑEDA.

En la audiencia de 21 de mayo de la anualidad que discurre, la Fiscal Doce delegada ante la Corte Suprema de Justicia mantuvo la petición de su antecesor y fragmentó su discurso en tres secciones: la primera, la refirió a la competencia que tenía la Sala dual denunciada para tramitar la acción de tutela; la segunda, a los presuntos

impedimentos y, la tercera, a la legalidad de la sentencia emitida por los indiciados.

En torno a la competencia, advirtió que ninguna dificultad presentaba la acción de tutela, dado que el auto de 30 de mayo de 2011, emitido por el magistrado DÍAZ ATEHORTÚA no se ofrece ostensiblemente ajeno a las previsiones legales y jurisprudenciales, de manera que pueda predicarse una actitud prevaricadora, pues actuó conforme con las previsiones del Auto 124 de la Corte Constitucional y lo señalado por su superior que le remitió el expediente para garantizar la doble instancia.

En relación con el auto de 2 de junio de 2011, por medio del cual los magistrados negaron la presencia de impedimentos, refiere que, a pesar de que no es lo usual que las partes inviten a los jueces a que se declaren impedidos, sino que lo recusen con la correspondiente carga argumentativa y probatoria, los magistrados se pronunciaron para señalar que la petición del actor era inviable, toda vez que en la tutela no procedía en ningún caso la recusación, conforme con el artículo 39 del Decreto 2591 de 1991 y, además, negaron la presencia de causales de impedimento.

5/

En efecto, resaltó la delegada que no se advertían motivos para apartarlos del conocimiento, puesto que (i) no emitieron las decisiones de *fondo* dentro de los procesos disciplinarios (2007-429 y 2010-090) en los cuales fue sancionado Payares Pérez; (ii) tampoco por el hecho de que los denunciados se hubiesen pronunciado en otros procesos contra el querellante surge la causal de impedimento, dado que no se pueden confundir los roles del juez cuando conoce de un asunto de su especialidad y otro de orden constitucional, ya que se tratan de espacios jurisdiccionales diferentes; (iii) tampoco existe medio de convicción alguno demostrativo de un interés por parte de los funcionarios.

Así las cosas, sostiene que el contenido del auto de 2 de junio de 2011 es razonable y ajustado a la ley y, desde ese punto de vista, no puede afirmarse el delito de prevaricato por acción.

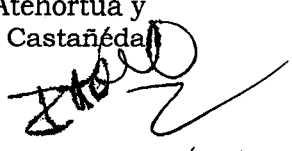
Finalmente, en torno a la sentencia de 13 de junio de 2011, respecto de la cual el denunciante se quejó porque (i) no fue debidamente motivada y no reconoció la vía de hecho en que habrían incurrido los operadores disciplinarios, que violaron el debido proceso por desconocimiento de la cosa juzgada constitucional y no reconocer el principio de igualdad, la Fiscalía también la halla conforme a la ley y depreca la preclusión.

Advierte la funcionaria fiscal que, si bien la sentencia de tutela emitida por los doctores ORLANDO DE JESÚS DÍAZ ATEHORTÚA y MAURICIO JOSÉ MEYER CASTAÑEDA no es la más prolija, si cuenta con los aspectos esenciales que permiten concluir que ella fue producto de un razonamiento ponderado, juicioso, soportada en la debida integración normativa y fáctica, y en la cual se destacó que a la Sala no le correspondía ejercer como una tercera instancia; además, que realizaron las consideraciones respectivas para descartar las presuntas vías de hecho provenientes de posibles afectaciones al derecho de defensa, al derecho de igualdad y al principio de la cosa juzgada.

IV. Posición del representante de la víctima (Dirección Ejecutiva de Administración Judicial)

El interviniente coadyuva la petición del ente investigador, al considerar de acuerdo con el material probatorio recogido, las decisiones de los magistrados se encuentran ajustadas a la Ley. Señala que lo que discute Payares Pérez es el acierto de las mismas y, según la jurisprudencia de la Corporación, en el delito de prevaricato el juicio que se hace es de legalidad y no de acierto. En ese orden, considera que el elemento normativo del tipo penal distinguido como "*manifiestamente contrario a la ley*" no se

7



estructura en este caso y, por ello, la conducta es objetivamente atípica.

De otro lado, considera que la actividad de la Fiscalía fue aguda en tanto no sólo logró demostrar la ausencia de los aspectos objetivo y subjetivo de la conducta, sino aquel que demanda la jurisprudencia penal para la preclusión, esto es, que la causal esté probada más allá de toda duda razonable.

V. Concepto del Ministerio Público

La procuradora tercera delegada para la investigación y juzgamiento penal, solicita se acojan los razonamientos presentados por la fiscal y se decrete la preclusión, en tanto los autos de 30 de mayo y 2 de junio, como el fallo de 13 de junio de 2011, emitidos dentro de la acción tuitiva tramitada por los indiciados *"no son contrarios a la legalidad, y en consecuencia su conducta es atípica"*.

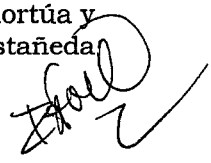
Observa, de un lado, que el denunciante Payares Pérez no acreditó que los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, estuvieran inmersos en las causales de impedimentos consagradas en los numerales 1º y 6º del

artículo 56 de la Ley 906 de 2004, es decir, que ostentaran un interés real en el resultado del asunto que comprometiera su independencia; tampoco fueron ellos quienes emitieron las sentencias sancionatorias. Igualmente, señala que la Corte Constitucional ha establecido que no existe norma que obligue a los jueces a apartarse del conocimiento de una acción de tutela por haber examinado sus hechos dentro de otro proceso, salvo en los eventos en que se trate de sentencia proferida por el mismo funcionario judicial; y el “temor reverencial” no está instituido como causal de impedimento.

Señala que la sentencia de 13 de junio de 2011 tampoco se advierte manifiestamente contraria a la ley, pues ella se ajustó a los postulados constitucionales y a la jurisprudencia en materia de tutela; además, dicha decisión fue confirmada en segunda instancia por el superior y la Corte Constitucional en sentencia T-319A de 2012.

VI. La defensa

Acorde con lo expuesto por la Fiscalía y los demás intervinientes, la defensa clamó por la preclusión, toda vez que ORLANDO DE JESÚS DIAZ ATEHORTÚA y MAURICIO JOSÉ MEYER CASTAÑEDA no emitieron decisión manifiestamente contraria a la ley, pues solo juzgaron la



acción tutelar, respecto de la cual no se advierten vicios determinantes de conducta delictiva, en los términos referidos por el ente fiscal.

Específicamente el defensor público del exmagistrado MURICIO JOSÉ MEYER CASTAÑEDA, coadyuvó la solicitud de preclusión con fundamento en el artículo 332-4 de la Ley 906 de 2004 y, en el evento de considerarse que no se trata de esta causal, sino de otra, pide, de igual manera, se actúe en los términos solicitados.

VII. Consideraciones

Esta Sala Especial de Primera Instancia es competente para conocer de la solicitud de preclusión incoada por la Fiscalía General de la Nación, en favor de los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, ORLANDO DE JESÚS DÍAZ ATEHORTÚA y MAURICIO JOSÉ MEYER CASTAÑEDA, conforme con lo señalado en el Acto Legislativo 01 de 2018, que modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política, así como el artículo 250-5 *idem*, en armonía con el artículo 32, numeral 9° de la Ley 906 de 2004.

1. De la preclusión

Con la reforma introducida a la Constitución Política, por medio del Acto Legislativo 03 de 2002, la Fiscalía General de la Nación se constituyó en la entidad encargada de adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar los hechos con características de un delito, siempre y cuando existan suficientes motivos y circunstancias que indiquen su posible existencia. En ese orden, no puede *“suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad”* y, en los eventos donde no se aglutinen los requisitos para acusar, podrá solicitar la preclusión ante el respectivo juez del conocimiento (arts. 250³ de la Carta y

³ “Modificado por el art. 2, Acto Legislativo No. 03 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

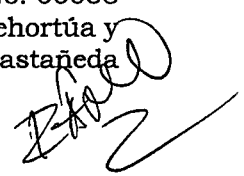
En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez.

115


331⁴ de la Ley 906 de 2004). Decretada la misma, cesarán *“con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos”* y se revocarán las medidas cautelares que se hayan impuesto⁵.

Por ese último motivo, señaló esta Sala Especial, en anterior ocasión, que *“resulta necesario por virtud de la naturaleza del mecanismo y su efecto sustancial de cosa juzgada, que se haya demostrado no solamente la causal que se invoca, sino que igualmente la investigación haya sido decantada dentro de criterios de razonabilidad, hasta su límite máximo para entender comprendidos y acopiados los*

3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.

4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

8. Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

9. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional. En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado”.

⁴ “Preclusión. En cualquier momento, el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar”. Por medio de la sentencia C-591 de 2005, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión *“a partir de la formulación de la imputación”* y señaló que la preclusión también se podía solicitar en la etapa de indagación, siempre que se demuestre una de las causales consagradas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

⁵ AP3939 de 22 de junio de 2016, radicado 44960.

elementos materiales probatorios y evidencias físicas que permitan sustentar una solicitud de ese talante” (AEP 25 de octubre de 2018, rad. 49379, reiterada en AEP 19 de 2019, rad. 52305)

2. Del delito de prevaricato por acción

A los funcionarios se les imputa, por el denunciante, la conducta contenida en el artículo 413 del Código Penal, denominada como prevaricato por acción, que sanciona al servidor público que “*profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley*”.

Objetivamente el punible se estructura a partir de tres elementos: (i) un sujeto agente calificado, puesto que se precisa la calidad de servidor público; (ii) que emita un acto y, (iii) que este infrinja, de manera evidente, el orden jurídico. Es decir, que la decisión no esté conforme con el estatuto, reglamento o ley aplicable al asunto, sino que procede del capricho o arbitrariedad de aquél.

Para los fines de esta decisión, conviene destacar que sobre el elemento normativo “*manifiestamente contrario a la ley*”, la jurisprudencia vernácula, de antaño y reiterada recientemente⁶, ha considerado:

⁶ AP836 de 2019, radicado 53133.

“(...) para que la actuación pueda ser considerada como prevaricadora, debe ser ‘ostensible y manifiestamente ilegal’, es decir, ‘violentar de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma’⁷, dependiendo siempre de su grado de complejidad, pues resulta comprensible que del grado de dificultad para la interpretación de su sentido o para su aplicación dependerá la valoración de lo manifiestamente ilegal, de allí que, ciertamente, no puedan ser tenidas como prevaricadoras, todas aquellas decisiones que se tilden de desacertadas, cuando quiera que estén fundadas “en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso”⁸.

*Se concluye, entonces, que para que el acto, la decisión o el concepto del funcionario público sea manifiestamente contrario a la ley, debe reflejar su oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, **como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo**⁹ (resalto del texto).*

De acuerdo con esa línea, es esencial demostrar que la decisión atacada es evidentemente contraria a las normas que regulan el caso, esto es, que fue producto del capricho del funcionario judicial, al omitir la aplicación de las reglas inherentes al asunto respectivo. En ese entendido, no se *“adecuan al tipo penal en mención, las providencias cuyo*

⁷ CSJ SP, 24 jun. 1986, rad. 406.598, GJ CLXXXV n.º 2424, pág. 438 – 442.

⁸ CSJ SP, 24 jun. 1986, rad. 406.598, GJ CLXXXV n.º 2424, pág. 438 – 442.

⁹ CSJ SP4620-2016

contenido sea resultado del examen complejo de las distintas disposiciones que regulan el asunto, respecto de las cuales exista la posibilidad de interpretaciones discordantes, toda vez que en el prevaricato el juicio no es de acierto sino de legalidad” (AP 836 de 2019, rad. 53133).

Dentro de ese marco jurídico y jurisprudencial, se examinará el asunto.

3. Caso concreto

De acuerdo con los elementos materiales probatorios y evidencia física arrimada, se encuentra probado que efectivamente Arnedys de Jesús Payares Pérez, quien para la época de los hechos fungía como Juez Segundo Civil del Circuito de Magangué (Bolívar), fue sancionado el 9 de agosto y 17 de noviembre de 2010 (radicados 2007-00429-01 y 2010-0090-01), respectivamente, con suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad para ejercer cargos públicos por el término de 12 meses, y destitución del cargo e inhabilidad para ejercer cargos públicos por un período de 10 años, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria Dual de Descongestión del Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico, integrada por los magistrados *Pedro Alexander Rodríguez Matallana y Rodrigo Alonso Fernández Dorado*

(142 a 194 del cuaderno No. 3 de la Fiscalía y 146 a 196 del cuaderno No. 4).

Las citadas sentencias fueron confirmadas en segunda instancia por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el 9 y 16 de febrero de 2011 (fls. 244 a 279 cuaderno No. 3 y 227 a 266 cuad. No. 4).

En mayo de 2011, el sancionado Payares Pérez interpuso acción de tutela que, no obstante haber sido presentada en la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, fue remitida a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en acatamiento al numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000¹⁰.

¹⁰ "Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeran sus efectos, conforme a las siguientes reglas:

1 (...)

2. Cuando la acción de tutela se promueva contra un funcionario o corporación judicial, le será repartida al respectivo superior funcional del accionado. Si se dirige contra la Fiscalía General de la Nación, se repartirá al superior funcional del juez al que esté adscrito el fiscal.

Lo accionado contra la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, será repartido a la misma corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, sección o subsección que corresponda de conformidad con el reglamento al que se refiere el artículo 4° del presente decreto.

Cuando se trate de autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, conforme al artículo 116 de la Constitución Política, se aplicará lo dispuesto en el numeral 1° del presente artículo.

PAR.- Si conforme a los hechos descritos en la solicitud de tutela el juez no es el competente, éste deberá enviarla al juez que lo sea a más tardar al día siguiente de su recibo, previa comunicación a los interesados.

En este caso, el término para resolver la tutela se contará a partir del momento en que sea recibida por el juez competente".

Esta última Corporación, en auto de 17 de mayo de 2011, consideró que por ser la cabeza de la jurisdicción disciplinaria, no tenía superior, ni estaba conformada por otras salas, secciones o subsecciones (como sí ocurre con la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado) y, en el evento de fallar la acción tuitiva, *“dejaría sin segunda instancia a los sujetos procesales, contrariando así el artículo 86 de la Constitución Política”*, razón por la cual dispuso enviar la tutela a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de *Bolívar*, donde el magistrado ORLANDO DE JESÚS DÍAZ ATEHORTÚA la admitió y ordenó su trámite, por medio de auto de 30 de mayo de esa anualidad (radicado 2011-019).

Después, ante petición del accionante para que se declararan impedidos, los magistrados seccionales de Bolívar, por medio de auto de 2 de junio de 2011, la negaron al considerar que lo pretendido era recusarlos, cuando esa figura no era procedente en acciones de tutela y, además porque no se hallaban incursos en ninguna de las causales aducidas por el actor.

Finalmente, en providencia de 13 de junio siguiente, fallaron la demanda desfavorablemente a los intereses del actor, al considerar que no se vulneraron sus derechos.

17

Ahora bien, la denuncia de Payares Pérez se apoya en la presunta comisión del delito de prevaricato por acción al emitir los autos de 30 de mayo y 2 de junio, así como el fallo de 13 de junio de 2011, toda vez que no tenían competencia para conocer de la tutela, por ser inferiores de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, la cual es la encargada de nominar a los magistrados para las Seccionales, de disciplinarlos y calificarlos y *“permanecer o ascender en el ejercicio del cargo”*; no haberse declarado impedidos, ya que *“existía en todo caso, un interés por dejar intacta toda la maquinación que urdió en mí contra su respectivo superior”*; y por la emisión del fallo con violación del debido proceso -falta de motivación-, puesto que en este no advierte un mínimo de argumentación de cara a cada uno de los cargos que formuló contra las sentencias disciplinarias.

3.1. Concepto de unidad de acción.

La Sala de Casación Penal, de antaño ha considerado la unidad de acción o de conducta para los ilícitos de ejecución sucesiva, cuando ellos se realizan con un solo dolo o *“dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal, es decir, un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de intención”* (AP de 20 febrero de 2008, rad. 28880).

[Handwritten signature]
1234

Después, al conocer de un caso donde se juzgaba a un Fiscal Especializado por la incursión en varios delitos de prevaricato por acción y en el cual se aplicó por el Tribunal Superior el criterio de unidad de acción, se indicó:

“Al margen de que en estricto sentido el apoyo jurisprudencial opera para delitos cometidos contra el patrimonio económico y frente a lo que se ha conocido como delito continuado, interesa destacar para lo que aquí se debate, que la determinación de unidad de delito no opera apenas teleológica, esto es, porque se tenga una idea criminal general y ella abarque todas las conductas, así estas en su esencia objetiva no comporten ilicitud ninguna, sino en virtud de que pese a poder diferenciarse como efectivamente delictuosa cada conducta individualizada, todas ellas se atan por ocasión del querer criminal común o inicial” (AP6938 de 2015, rad. 46934).

En el año 2016, al resolver un asunto tramitado por el delito de daños a los recursos naturales, señaló que el criterio de unidad de acción se podía aplicar a los delitos de ejecución instantánea, cuando se cumplan *“mediante actos diversos prolongados en el tiempo, como aquí ocurre, es preciso acudir al concepto de unidad de designio o de acción para definir cuándo opera su consumación y de ahí el momento a partir del cual empieza a correr el término de prescripción de la acción penal en el período instructivo, pues es claro que, frente a tal*

[Handwritten signature]

supuesto, tendría la connotación de un verdadero delito continuado” (SP2933 de 9 de marzo de 2016).

Así, se tiene que la Sala de Casación Penal ha empleado el término de unidad de acción tanto en delitos de ejecución sucesiva como instantáneos, *verbi gracia*, en el prevaricato por acción donde pueden existir varias decisiones que se acusan como transgresoras de la ley.

De otro lado, ha expuesto la citada Corporación que, para establecer cuándo varios actos pueden constituir un solo delito, debe identificarse en cada caso concreto *“la finalidad que se propuso el actor y la correlativa circunstancia de si para lograrla requirió de un solo acto o de una suma de actos, más o menos prolongada en el tiempo. Si fueron varios y subyace la posibilidad física y mental de asumir cada uno de ellos como delito autónomo, el tomarlos como partes de una conducta única atentatoria del patrimonio económico, como etapas de una sola acción delictual ejecutable poco a poco, dependerá de la unidad de sujeto activo, de la unidad de plan, de la identidad de los distintos actos y de su prolongación en el tiempo”*. (Auto del 9 de octubre de 1997, radicado 368).

En este caso, la Fiscalía considera que los comportamientos de los magistrados denunciados posiblemente constituirían un concurso de hechos punibles y, en ese sentido, analizó de manera independiente cada una de las decisiones. Empero, para esta Sala, los autos de

30 de mayo y 2 de junio de 2011, en relación con la sentencia proferida el 13 del mismo mes y año, hipotéticamente, conllevan igual propósito, encaminado a resolver sobre el amparo solicitado por el exjuez de la República. Es decir, se trata de un solo delito de prevaricato por acción.

En efecto, con el primer auto, el magistrado DÍAZ ATEHORTÚA avocó conocimiento de la acción de tutela y, a los tres días, junto con su compañero MEYER CASTAÑEDA, emitió el segundo, por medio del cual denegaron la solicitud de apartarse de la misma, por no existir causales de impedimento; es decir, el contexto seguía siendo el mismo en la medida en que mantenían el trámite de la tutela para concluir en la sentencia que negó el amparo al accionante.

En esos términos, corresponde analizar la solicitud de preclusión incoada por la Fiscalía, lo cual se hará siguiendo el mismo hilo conductor utilizado por esta entidad.

3.2. De la solicitud de preclusión frente al auto de 30 de mayo de 2011.

Por medio de esta decisión, el Magistrado ORLANDO DE JESÚS DÍAZ ATEHORTÚA de la Sala Jurisdiccional

Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, admitió la acción de tutela, ordenó arrimar algunos medios de prueba y notificar a los accionados y al Ministerio Público.

Pues bien, revisados los elementos materiales probatorios y evidencias físicas allegados a esta indagación, de entrada, advierte la Sala que la solicitud de la Fiscalía, coadyuvada por las demás partes e intervinientes, está llamada a prosperar, toda vez que la causal aducida - atipicidad del hecho investigado-, se encuentra probada más allá de toda duda razonable.

En efecto, si como se indicó en el capítulo relacionado con el delito de prevaricato por acción, para la estructura de éste se precisa de un elemento normativo atinente a que la decisión atacada sea palmariamente contraria a las normas que rigen el asunto, de ninguna conducta ilícita puede responsabilizarse a ORLANDO DE JESÚS DÍAZ ATEHORTÚA, ya que el auto de 30 de mayo de 2011 no pugna con la legislación y la jurisprudencia que orienta la acción de tutela.

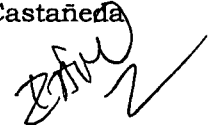
Es cierto que el numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000 establece que lo accionado contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la

[Handwritten signature]
1276

Judicatura “será repartido a la misma corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, sección o subsección que corresponda de conformidad con el reglamento al que se refiere el artículo 4° del presente decreto” (resalto fuera de texto) y que con fundamento en este pudo repeler el conocimiento de la acción de tutela; empero, para el año 2011, cuando se interpuso la acción de tutela, la Corte Constitucional ya tenía una posición sólida en torno a que las reglas del mencionado decreto eran de “reparto” y que **las únicas normas de competencia son las contenidas en los artículos 86 de la Constitución Política y el 37 del Decreto 2591 de 1991:**

“Se tiene entonces que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional que ha sido reiterada, las únicas normas que determinan la competencia en materia de tutela son el artículo 86 de la Constitución, que señala que ésta se puede interponer ante cualquier juez, y el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, que establece la competencia territorial y la de las acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación. Mientras que el decreto reglamentario 1382 de 2000 contiene reglas de simple reparto” (Auto 124 de 2009).

Lo anterior significa que ningún juez con jurisdicción constitucional podía ni puede declararse incompetente para conocer de la acción de tutela con fundamento en el Decreto 1382 de 2000, porque, se reitera, estas no son más que simples reglas de reparto que deben seguir las oficinas



judiciales y la competencia está determinada por la Constitución Política en el artículo 86, por eso, de repeler la competencia, se atentaría contra los fines esenciales del Estado, según lo expresa la decisión que se cita:

“(...) la declaratoria de nulidad por omisión de una reglas de simple reparto va en contra de los principios de garantía efectiva de los derechos fundamentales (artículo 2 de la Constitución), de primacía de los derechos inalienables de las personas (artículo 5 ídem) y de informalidad, sumariedad y celeridad que deben informar el trámite de la acción de tutela (artículo 86 ídem y artículo 3 del Decreto 2591 de 1991) pues un proceso que debe ser resuelto en diez días por la importancia de los intereses en juego, termina por ser solucionado mucho tiempo después. Esta situación contradice abiertamente la finalidad de la acción de tutela y puede llegar a generar graves violaciones a los derechos fundamentales debido a la urgencia de las cuestiones que a menudo se debaten en esta clase de procesos, por ejemplo, la necesidad imperiosa de un procedimiento médico o un medicamento so pena de perder la vida o de sufrir una grave e irreversible afectación a la integridad personal o a la salud (...).

(...) a los anteriores argumentos se debe añadir que el Estado colombiano se comprometió, con la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a proporcionar a las personas bajo su jurisdicción un “recurso sencillo y rápido” que las “ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la

*presente Convención*¹¹; tratado internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad al tenor del artículo 93 de la Constitución".

Tampoco podían rechazar la competencia, porque de por medio se hallaba una garantía toral de la acción de tutela, y es la relacionada con la segunda instancia, en los términos que precisan los artículos 86 de la Carta: "*El fallo, que será de inmediato cumplimiento, **podrá impugnarse** ante el juez competente*" (resalto fuera de texto) y el 31 del Decreto 2591 de 1991.

En esas condiciones, no puede afirmarse ilegalidad en el auto de 30 de mayo de 2011, cuando el obrar del magistrado Seccional estuvo ajustado a los lineamientos constitucionales, legales y jurisprudenciales.

3.3. De la solicitud de preclusión de cara al auto de 2 de junio de 2011 que negó la "recusación".

Las causales de impedimento y recusación tienen como finalidad mantener la imparcialidad del funcionario judicial en todas sus actuaciones; ellas son la vía expedita para que los jueces puedan separarse de su conocimiento o

¹¹ Artículo 25.1 en relación con las obligaciones generales contenidas en los artículos 1 y 2 de la CADH.

para que las partes lo soliciten, cuando se estructure, y se pruebe, uno de los motivos taxativamente señaladas en la ley.

En este caso, como la decisión que se cuestiona es una pieza del trámite de una tutela, incumbe a la Sala acudir, de nuevo, a las normas que desarrollan el procedimiento de esta. Así, según el artículo 39 del Decreto 2591 de 1991, el juez debe declararse impedido cuando concurra una de las causales de impedimento consagradas en el C. de P. Penal; pero en lo que tiene que ver con la recusación, de manera inequívoca, se establece su negativa cuando advierte: "**En ningún caso será procedente la recusación**" (resalto fuera de texto).

La finalidad de la norma es hacer más expedita la acción de tutela, puesto que están relacionadas con significativas garantías que propenden, en la mayoría de los casos, por la subsistencia de las personas y, por ello, se tramitan por "*un procedimiento preferente y sumario*" (art. 86 de la Carta).

Ahora, teniendo en cuenta que la solicitud de declararse impedidos proviene de un exjuez de la República, que, como tal, conoce que las causales de impedimento y recusación son las mismas al igual que sus efectos, bastaría con referir al artículo 39 del Decreto 2591 de 1991 para

despacharla negativamente; sin embargo, se hará una breve referencia a las causales que invoca para descartar las perplejidades que aún abrigue éste.

En efecto, sobre la causal de impedimento del numeral 1° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, fundada en el interés que el funcionario judicial, su cónyuge, compañero o compañera permanente, o sus parientes, pueda tener en el asunto, la Sala de Casación Penal ha señalado que se trata de una *“expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del proceso”* (AP 17 junio de 1998, rad. 14104; AP 21 enero de 2003, rad. 15100, AP 24 de enero de 2007, rad. 23542, AP 2518 de 2016, rad. 47849 y AP1352 de 2019, rad. 54983).

Lo expuesto significa que el funcionario que pretenda apartarse del conocimiento de un proceso o quien se lo solicita, debe **apoyarse en elementos probatorios demostrativos del posible beneficio** que obtendría el servidor judicial con los resultados del asunto, es decir, *“se trata de dilucidar si la intervención del juez recusado o*

21

*impedido en el caso concreto **implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia**, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes* (AP 25 de enero de 2004, rad. 22016).

En el caso concreto, el denunciante propuso a los magistrados se apartaran de la demanda protectora con fundamento en un supuesto contubernio de ellos con sus superiores, pero no cumplió con la carga de demostrar esa versión, la cual se queda en meras conjeturas que no constituyen motivo para separarse de la actuación, máxime cuando ella fue descartada por los funcionarios: *“para el caso que ocupa la atención no tenía ningún interés directo en la tutela que tenía bajo mi conocimiento, ni menos, el ‘temor reverencial’ si lo anterior es así, tratándose de dos fallos disciplinarios que no conocí, mi independencia y mi imparcialidad no estaban afectadas y por ello no había lugar a la declaración de impedimento”*, señaló ORLANDO DE JESÚS DÍAZ ATEHORTÚA (fl. 116 y 117, cuad. 2).

En similar sentido se refirió MAURICIO JOSÉ MEYER CASTAÑEDA, al considerar que en su haber personal no existía causal alguna para declararse impedido (fls. 1 a 6, cuad. 1).

Además de lo señalado, debe tenerse en cuenta que el ponente del auto que ahora es objeto de cuestionamiento es el magistrado DÍAZ ATEHORTÚA, quien accedió a dicho cargo, desde el año 2007, por la aprobación del concurso de méritos realizado por la Rama Judicial, que lo ubica como un funcionario de carrera donde, para mantenerse en el cargo, no necesita de congraciarse con sus superiores, tampoco amiguismos o recomendaciones políticas, sino el cumplimiento de su propio trabajo que es evaluado por dos corporaciones, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (fl. 113, cuad. 2, interrogatorio de Díaz Atehortúa y Acuerdo 1392 de 2002 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

En ese orden de ideas, la causal de impedimento esgrimida no se encuentra probada, razón suficiente que tuvieron los denunciados para negarse a las pretensiones del actor.

Por su parte, el numeral 6° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004 establece como causal de impedimento "*Que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso...*".

De entrada, se advierte que esta causal tampoco se configura, en la medida en que DÍAZ ATEHORTÚA y MEYER CASTAÑEDA no tuvieron ninguna incidencia en las decisiones sancionatorias ni participaron en el trámite de los procesos.

Revisados los elementos materiales probatorios arrimados por la Fiscalía, se observa que los fallos disciplinarios, como el pliego de cargos del radicado 2010-0090, fueron emitidos por los magistrados *Pedro Alexander Rodríguez Matallana y Rodrigo Alonso Fernández Dorado*, integrantes de la Sala Dual de Descongestión del Atlántico, (fls. 33 a 59, cuad. No. 4); mientras que en el radicado 2007-0429, los cargos, fueron suscritos por los magistrados que para la época fungían como tal en Bolívar, Libardo León López y Evangelista Caballero Ospino (fls. 135 a 140, cuad. No. 3) quienes, posteriormente, remitieron el expediente a la Seccional del Atlántico en descongestión.

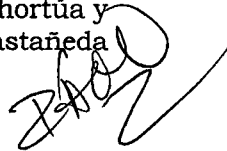
Por otro lado, los autos de sustanciación que decretaron la apertura de las investigaciones disciplinarias, fueron suscritos por la magistrada Elsa Lucrecia Vincos Ortiz (fl. 133, cuad. No. 3, radicado 2007-0429) y por el doctor Libardo León López (fl. 17, cuad. 4, rad. 2010-0090), ambos de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar.

134
1280

Y si bien es cierto que DÍAZ ATEHORTÚA y MEYER CASTAÑEDA tramitaron otros procesos contra el exjuez segundo civil del circuito de Magangué Payares Pérez, no lo es menos que esa circunstancia no era obstáculo para mantener el conocimiento de la acción tuitiva, dado que esa circunstancia no es constitutiva de causal de impedimento.

De antaño, al menos en los códigos expedidos a partir de la Constitución de 1991, la doctrina vernácula ha establecido que las causales de impedimento *son taxativas* y de aplicación restrictiva lo cual significa que aquellas que no se hallan reguladas expresamente en la ley no pueden prosperar y menos aún ampliarse para aplicarlas analógicamente. Sobre ese punto, se refirió la Corte Constitucional, al conocer de la demanda de inexequibilidad contra el inciso 2º del artículo 335 de la Ley 906 de 2004:

“Técnicamente, el impedimento es una facultad excepcional otorgada al juez para declinar su competencia en un asunto específico, separándose de su conocimiento, cuando considere que existen motivos fundados para que su imparcialidad se encuentre seriamente comprometida. Sin embargo, con el fin de evitar que el impedimento se convierta en una forma de evadir el ejercicio de la tarea esencial del juez, y en una limitación excesiva al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia (Artículo 228, C.P.), jurisprudencia coincidente y consolidada de los órganos de cierre de cada jurisdicción, ha



determinado que los impedimentos tienen un carácter taxativo y que su interpretación debe efectuarse de forma restringida” (resalto fuera de texto, sentencia C-881 de 2011).

En suma, si respecto de los magistrados de la Seccional de Bolívar no existían impedimentos que los impulsaran a apartarse de la acción de tutela, no puede afirmarse que el auto de 2 de junio de 2011 es ilegal, por el contrario, se trata de una decisión conforme con los lineamientos legales y jurisprudenciales que niega la materialidad del delito de prevaricato por acción.

3.4. De la preclusión con fundamento en la sentencia de 13 de junio de 2011.

La motivación de las decisiones judiciales como componente del debido proceso es una obligación de los funcionarios judiciales, según lo determinan los artículos 29 de la Constitución Política, el 55 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia-, 303 y 304 del C. de Procedimiento Civil y 42, 279 y 280 del Código General del Proceso. Adicionalmente, la Corte Constitucional en sentencia C-148 de 1998 sentó la siguiente posición:

“Dentro de las garantías propias del debido proceso y de la tutela judicial efectiva se encuentran también las de ejercer el derecho de defensa y las de recurrir las sentencias judiciales.¹² Ahora bien, para poder presentar recursos contra los fallos judiciales es necesario conocer cuáles fueron las razones que condujeron al juez a dictar la sentencia que se controvierte, razones que deben referirse a los hechos (las pruebas) y a los fundamentos jurídicos en los que se apoya la decisión. Si esas razones no son públicas el recurrente no podrá esgrimir contra la sentencia más que argumentos generales, que repetirían lo que él ya habría señalado en el transcurso del proceso. Precisamente entre los fines del deber de motivar las sentencias se encuentra el de facilitarle al afectado la comprensión de la resolución emitida y la formulación de su impugnación”.

La Corte Constitucional en diversas decisiones ha sentado la posibilidad de discutir las providencias judiciales mediante la acción de tutela, con el fin de “introducir el paradigma de los derechos fundamentales a juicios tradicionalmente tramitados y definidos. Actualizar el derecho y nutrirlo de valores y principios propios del Estado Social y Democrático de Derecho”¹³; no obstante, ha expuesto que esa vía es excepcional y restrictiva, dado el carácter residual y subsidiario que contempla el artículo 86

¹² El artículo 31 de la Carta expresa que la ley puede determinar excepciones al principio de que toda sentencia judicial puede ser apelada o consultada. Sin embargo, esta Corporación ya ha señalado tanto que las sentencias condenatorias son en todo caso apelables, como que son inconstitucionales las normas que declaran la inimpugnabilidad de decisiones judiciales cuando con ello se vulnera el derecho de igualdad. Ver al respecto las sentencias C-019 de 1993, M.P. Ciro Angarita Barón; C-005 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; y C-102 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹³ Sentencias T-450 de 2018, C-590 de 2005 y T-285 de 2010.

de la Carta, y, además, porque de por medio se encuentran las máximas de la cosa juzgada, la seguridad jurídica, la garantía de autonomía e independencia de los funcionarios judiciales y el sometimiento de los conflictos en general a la jurisdicción ordinaria¹⁴.

En ese orden, construyó un catálogo de exigencias que permiten al funcionario determinar los casos en que la acción de tutela es procedente¹⁵ para discutir los presuntos defectos que se imputan a una decisión judicial y definir si hay lugar o no al amparo excepcional.

El caso ahora sometido a escrutinio por la Sala, es un fallo de tutela, que denegó el amparo respecto de dos fallos disciplinarios, al considerar que no se vulneraron las garantías fundamentales del actor, en tanto que los hechos denunciados no se adecuaban a las causales específicas, determinadas en sentencia C-590 de 2005:

¹⁴ Sentencia T-233 de 2007.

¹⁵ (i) Que no se trate de una acción de tutela; (ii) la relevancia del asunto; (iii) que se cumpla con la exigencia de la inmediatez; (iv) que se hayan agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios; (v) que los hechos generadores de la violación y los derechos afectados estén debidamente identificados y se hayan alegado ante el juez natural siempre que hubiere sido posible; y (vi) si se trata de una irregularidad procesal debe tener incidencia directa con la decisión vulneratoria de los derechos (C-590 de 2005).

[Handwritten signature]

"a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales¹⁶ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos

¹⁶ Sentencia T-522/01

casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado¹⁷.

i. Violación directa de la Constitución”.

Así, entonces, se acusa a los servidores públicos de haber emitido el fallo de tutela sin motivación, es decir, sin exponer los fundamentos fácticos y jurídicos que legitiman la función judicial. Empero, revisado el mismo, la Sala encuentra que, si bien es conciso y su redacción un poco farragosa, satisface la carga argumentativa que determinó la negativa del amparo, en tanto, hallaron que no hubo violación a los derechos de defensa y al debido proceso.

Para ello, basta observar que en la decisión atacada, los operadores constitucionales hicieron alusión a los referentes normativos de la acción de tutela, fundamentalmente en lo que tiene que ver con la procedencia del amparo –principio de subsidiariedad– y, en el caso concreto, se apoyaron en el material probatorio aportado, es decir, en la inspección realizada a los procesos disciplinarios y la respuesta aportada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

¹⁷ Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

Sobre el requisito de procedencia, consideraron que como jueces de tutela no pueden permitir que se desconozca *“el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, evitando con ello que (sic) a través del procedimiento constitucional, se inicie una tercera instancia con miras a debatir decisiones judiciales adoptadas con la consistencia argumentativa requerida para el efecto y con el cumplimiento del trámite previsto para ellas en la Ley, tal y como el mismo accionante lo afirma en su escrito”*.

En torno a los derechos al debido proceso y de defensa, aseguraron que no fueron desconocidos por los actores disciplinarios en la medida en que el disciplinado pudo defenderse de manera activa, pues presentó alegatos de conclusión, en los que sólo pidió la nulidad de la actuación, y estos se tuvieron en cuenta por el fallador:

“Antes de proferir la sentencia de primera instancia se tuvieron en cuenta los alegatos de conclusión del funcionario, los que presentó por escrito y en los que solo hizo solicitud de nulidad por haberse proferido auto de traslado para alegatos de conclusión sin haberse recibido la decisión de segunda instancia, lo cual realmente no genera nulidad toda vez que la apelación se concedió en el efecto devolutivo, situación que no paraliza el trámite del proceso... Es así que una vez llega la apelación respecto a la negativa de pruebas se puede corroborar que las pruebas negadas y a las cuales hace alusión nuevamente en su escrito de alegatos de conclusión el encartado si se encuentran con sustento jurídico, por lo cual

81

confirma nuestro superior la negativa de pruebas incoada por el disciplinado" (fl.240, cuad. 1, (rad. 2010-090).

Respecto al segundo proceso disciplinario (rad. 2007-00429), observaron: *"...se encuentra igualmente que el actor actuó de manera activa dentro del mismo, toda vez que interpuso recurso de apelación frente al proveído de alegatos de conclusión, sin hacer mención dentro dele (sic) escrito que se le estuviera violando algún derecho de los citados dentro de la presente acción de tutela, es más dentro de la sentencia de primera instancia se tuvieron en cuenta sus alegatos de conclusión donde igualmente no hace mención a la violación de alguno de los derechos invocados actualmente, solamente dentro de su escrito de apelación manifiesta la pretensión de que los procesos le sean acumulados por guardar similitud y dada la comunidad de pruebas que existen entre ellas. Situación que fue resuelta por nuestro superior en la sentencia de segunda instancia" (fl. 240, cuad. 1).*

En relación con la solicitud de acumulación de procesos, pusieron de presente que esta fue elevada en el recurso de apelación de los fallos y, en segunda instancia, fue decidido por el superior funcional de manera negativa, por lo que no se advertía dificultad alguna. Y, en cuanto al derecho a la igualdad, respondieron que se trató de un asunto no pedido dentro del proceso disciplinario y sólo se alegó en la acción de tutela.

[Handwritten signature and number 2128A]

Consideraron que, si los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura no se pronunciaron sobre el escrito de recusación, ello “*se debió a la ausencia del mismo en el despacho del Magistrado ponente al momento de proferirse la sentencia de segunda instancia, pero como bien se tiene, se procedió a través de la Secretaría de esa Corporación*” (fl. 240, cuad. No.1). Esta situación tampoco era razón para conceder el amparo, tal como lo anotó la Corte Constitucional en sentencia T-319A de 2012:

“La irregularidad en la que incurrió la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura al omitir el trámite del escrito de recusación formulado contra los magistrados que firmaron el fallo de tutela del 3 de diciembre de 2009 no estructuró un defecto procedimental capaz de viciar los procesos disciplinarios.

Esto, por las razones que había anticipado la Sala al introducir el estudio del error judicial que en este acápite se discute. Se dijo, entonces, que no cualquier anomalía procesal puede invalidar la sentencia, sino, únicamente, aquella que afecta gravemente el debido proceso, porque incide directamente en la decisión. Y que en relación a la pretermisión del trámite de una recusación, dicha incidencia directa estaría determinada por la posibilidad de que las causales de recusación invocadas hubieran prosperado.

Lo cual, en pocas palabras, significa que el defecto procedimental relativo a la omisión de tramitar una recusación

solo puede estructurarse en el evento de que la recusación sea manifiesta, que es la única hipótesis que conduciría a concluir que, en efecto, el principio de imparcialidad judicial fue vulnerado.

Lo anterior es coherente con la excepcionalidad con que opera la acción de tutela cuando es formulada contra una providencia judicial. De ahí que, en el pasado, la Corte haya sido especialmente cuidadosa al referirse a las hipótesis en que un error de procedimiento debe ser corregido por la vía del amparo constitucional.

(...)

9.4.14 Examinado el caso en esa perspectiva, no queda más que negar el amparo impetrado, dado que, como se estableció, la pretermisión del trámite de la recusación no violó, en este caso, el principio de imparcialidad judicial. Tampoco se constató una vulneración directa de la Constitución, ni los defectos sustantivo y fáctico que se alegaron”.

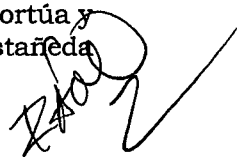
Finalmente, en lo que tiene que ver con la presunta violación a la cosa juzgada incoada por el denunciante, al pretender que terminaran los procesos disciplinarios por el hecho de que las tutelas que concedió a los docentes no fueron revisadas por la Corte Constitucional, los magistrados le indicaron que en la jurisdicción disciplinaria “no es trascendente que la Corte Constitucional revise o no la tutela, lo cierto, es que se investigan faltas a los deberes que juran cumplir los funcionarios, siendo entonces dos juicios diferentes”

1285
2

En síntesis, consideraron los denunciados que *"...las providencias censuradas por el actor, fueron producto de un razonamiento ponderado y juicioso y se soportan en una debida integración normativa y fáctica que llevaron a la certeza de responsabilidad del funcionario disciplinario, por lo que dichas providencias no pueden considerarse como constitutivas de vía de hecho, así mismo las sanciones fueron adjudicadas respetando los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, por lo cual no puede ser lesiva de las garantías superiores del encartado, hoy accionante"*.

Lo anterior representó para los indiciados que la acción de tutela no se podía conceder porque al disciplinado se le garantizaron los derechos al debido proceso, el derecho de defensa, así como la doble instancia, argumentos que corresponden a los que el juez constitucional debe tener en cuenta al momento de proferir el fallo de tutela, además, de verificar que se cumpla con el principio de subsidiariedad, es decir, *"Que se hayan agotado todos los medios - ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable"*¹⁸.

¹⁸ Sentencia T-504/00.



De ahí que la Corte Constitucional considere que el actor debe emplear todas las herramientas judiciales ordinarias que el sistema jurídico le entrega para defender sus derechos. Lo contrario, sería asumir la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo y *“se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última¹⁹”*.

Lo expuesto significa que el juez de tutela no está para suplir las omisiones en que incurran los accionantes dentro del proceso ordinario, porque sería convertirla en una tercera instancia, para lo cual no ha sido instituida por la Constitución.

En consecuencia, el fallo censurado por el denunciante —que comprendió los tópicos cuestionados por este— no fue producto de un actuar caprichoso o alejado de la normatividad jurídica, sino de un razonamiento lógico, reflexivo y fundado en los elementos probatorios arrimados al expediente, que le valió la confirmación por parte de una Sala de Conjueces del Consejo Superior de la Judicatura —que no tienen que ver con la nominación y nombramiento de magistrados seccionales— y el aval de la Corte Constitucional al ejercer su

¹⁹ Sentencia C-590 de 2005.

[Handwritten signature]
1286

labor de revisión como máxima autoridad de la jurisdicción constitucional (sentencia T-319A de 2012).

Aunado a lo expuesto, si se llegase a considerar que la decisión de los servidores judiciales fue desacertada, tampoco podría deducirse objetivamente el delito de prevaricato por acción, porque este no se estructura por el acierto del fallo sino por su ilegalidad. En efecto, sobre la autonomía e independencia funcional de los jueces, la jurisprudencia constitucional y penal ha sido consistente en garantizarla, al señalar que no se hacen responsables por las interpretaciones que asuman en el ejercicio de sus funciones, *mutatis mutandis*, la sentencia C-417 de 1993 expone:

“La responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados no puede abarcar el campo funcional, esto es el que atañe a la autonomía en la interpretación y aplicación del derecho según sus competencias. Por consiguiente, el hecho de proferir una sentencia judicial en cumplimiento de la función de administrar justicia no da lugar a acusación ni a proceso disciplinario alguno. Si se comprueba la comisión de un delito al ejercer tales atribuciones, la competente para imponer la sanción es la justicia penal en los términos constitucionales y no la autoridad disciplinaria. Ello resulta de la autonomía garantizada en los artículos 228 y 230 de la Constitución” (resalto fuera de texto).

En este marco, es indiscutible que las decisiones emitidas por los servidores denunciados no pueden

considerarse como contrarias, de manera palmaria, al ordenamiento jurídico. Esa circunstancia desvirtúa el elemento normativo del punible de prevaricato por acción y permite acoger la solicitud de preclusión de la Fiscalía General de la Nación.

Finalmente, se advierte que si bien la causal por la cual se decretará la preclusión es la contenida en el numeral 4° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, la cual podría confundirse con la hipótesis descrita en el artículo 79 *idem*, no puede desconocerse que la Sala de Casación Penal las ha diferenciado así:

“Es necesario hacer la distinción entre la causal cuarta de preclusión, consistente en ‘Atipicidad del hecho investigado’ y la facultad autónoma otorgada por el artículo 79 ibidem al Fiscal para ordenar el archivo de las diligencias, cuando constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, pues a pesar de que podría considerarse que existe coincidencia entre ellas la Corte Constitucional declaró exequible condicionalmente la expresión ‘motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito’ en el entendido de que dicha caracterización corresponde a la tipicidad objetiva” (AP2531 de 2014, Rd. 41372).

De acuerdo con lo expuesto, los casos por atipicidad del hecho investigado -art. 332-4 C.P.P.- deben ventilarse ante el juez competente, mediante la figura de la preclusión.

24/09/2007
287

Y, en este evento, la decisión exigió análisis de aspectos objetivos —concretamente normativos—, como es lo “*manifiestamente contrario a la ley*”, elemento de difícil aprehensión y valoración por su dependencia del poder de interpretación de los funcionarios, y cuantas veces también atado a ingredientes subjetivos como la presencia o ausencia de un ánimo corrupto en el investigado.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

1. DECRETAR LA PRECLUSIÓN incoada por la Fiscalía General de la Nación en favor de ORLANDO DE JESÚS DÍAZ ATEHORTÚA y MAURICIO JOSÉ MEYER CASTAÑEDA, conforme con las razones expuestas en la parte considerativa.

2. Contra esta providencia proceden los recursos ordinarios.

3. Ejecutoriada esta decisión, se archivará la actuación, toda vez que la persecución penal cesa con efectos de cosa juzgada (art. 334 Ley 906 de 2004).

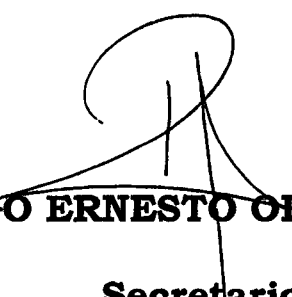
La decisión queda notificada en estrados.

Cúmplase.


RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ
Magistrado


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado


ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado


RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario