

Señores.

**CONSEJO DE ESTADO.**

E. S. D.

ACCIONANTE: **HERNANDO PUCCINI GAVIRIA.**

ACCIONADO: **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SINCELEJO – SUCRE Y SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

VINCULADOS: **SALA DE CASACIÓN CIVIL Y LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

ASUNTO: **ACCIÓN DE TUTELA.**

**INTROITO Y COMPETENCIA.**

De manera prematura, pedir excusas por las siguientes 40 hojas, pero, en todo caso, la propuesta de las siguientes páginas no está llamada a naufragar en espacios abstractos, complejos y aburridos, es más, no se pretende elaborar un análisis detallado y minucioso de estudios jurídico procesales rigurosos, todo lo contrario, es una lectura sencilla y entretenida que demuestra como en dos casos idénticos hubo dos condenas diametralmente opuestas bajo una errada interpretación legal y jurisprudencial, se advera que debido a lo extenso del tema era imposible resumirlo en menos. En el acápite fundamentos de derecho, de conocer el precedente jurisprudencial relacionado en los items i y iii puede ser omitida su lectura.

Se solicita de la manera más respetuosa un estudio pormenorizado a pesar de lo largo de este escrito, y con ahínco y a viva voz indico unas verdaderas **VIAS DE HECHO** por parte de la administración de justicia, sobre todo cuando lo que está en juego es el acontecer factico diario de la convivencia de una persona digna, justa y luchadora.

Es el **CONSEJO DE ESTADO** la autoridad judicial competente para el estudio de la presente acción de tutela, teniendo en cuenta que todas y cada una de las salas de la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** han sido vinculadas como accionadas y/o vinculadas dentro del trámite, la **SALA DE CASACIÓN PENAL M.P. GUSTAVO MALO FERNANDEZ**, profirió el fallo condenatorio de segunda instancia al resolver la alzada que venía de la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE SINCELEJO M.P. LEANDRO CASTRILLÓN RUIZ**, en una primera instancia de tutela conoció **LA SALA DE CASACIÓN CIVIL** y en el trámite de la impugnación se involucró a la **SALA DE CASACIÓN LABORAL** de la honorable corporación, todas, negando el derecho, luego entonces estamos frente al conocimiento y sesgo de las 3 salas que conforman el alto organismo de cierre judicial ordinario.

Por otro lado, teniendo en cuenta la sanidad procesal y la aplicación del artículo 228 y s.s. de la **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA**, el acceso a la administración de justicia y el obedecimiento al imperio de la Ley, impelen a que el conocimiento y restablecimiento del derechos constitucionales y fundamentales del suscrito sean conocidas por el Órgano de cierre contencioso.

Siendo el **CONSEJO DE ESTADO**, el homónimo jerárquico de las altas Cortes en Colombia, entre ellas **LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, la cual, tal y como se verá en este escrito demostró no tener imparcialidad en dos casos totalmente idénticos, solicito de la manera más respetuosa aprehendan en conocimiento la presente acción de amparo.

## ENCABEZADO

HERNANDO PUCCINI GAVIRIA, mayor de edad, identificado civilmente como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando en mi condición de condenado por el delito de prevaricato por acción cuyo perjuicio se torna **IRREMEDIABLE** ante la sociedad que me vio administrar justicia en forma honesta, por la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE SINCELEJO**, y la **SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** al resolver la alzada, a través de sentencias de fecha 13 de octubre de 2016 y 16 de agosto de 2017, respectivamente, con ocasión a un fallo de tutela en el que decidí en primera instancia amparar los derechos fundamentales de 78 ex trabajadores de la **EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM Y TELEASOCIADAS EN LIQUIDACIÓN**, hoy representada por el **PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES - PAR TELECOM**, que entró en liquidación mediante el decreto 1615 del 2003 proferido por el gobierno de turno dirigido por el **Dr. ALVARO URIBE**; tutelantes a los que consideré que le habían violentado de forma grosera sus derechos laborales adquiridos y mediante fallo que sigue en firma toda vez que fue ratificado por la **HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL**, que en su momento no lo revocó dentro del principio aplicable en materia constitucional de revisión eventual, las autoridades judiciales intervenientes dentro del proceso penal que se me siguió no tuvieron la oportunidad como tampoco por la naturaleza misma de los derechos amparados, forma de revocar dicho fallo, consolidándose así la primera falla estructural de la Ley 906 de 2004, que encuadró el nuevo sistema acusatorio gradual.

Manifiesto que mediante el presente escrito solicito **Amparo Constitucional de Tutela** por la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, dignidad humana, seguridad jurídica, buen nombre y todos aquellos que se vean vulnerados en el transcurso de esta acción por las entidades contra quien dirijo la presente tutela, para que previo el cumplimiento de los pasos procedimentales preferentes, sumarios, y por conducto del Juez Constitucional, se accedan a las peticiones que más adelante encausaré con relación a la situación de desconocimiento estructural para la entrada en liquidación de una empresa de carácter nacional, donde los trabajadores fueron despedidos masivamente por la fuerza pública y en forma intempestiva, hecho este, que se hizo notorio por la Corte Constitucional al resolver las acciones de tutela incoadas en distintos departamentos del país la cual signó bajo la partida **SU-377 de 2014**, la cual, dicho sea de paso, tampoco se ha cumplido con la reubicación ordenada que tiene efectos erga omnes, siendo este un accionar prevaricador de las autoridades judiciales, este fallo no solo amparó a los tutelantes por los efectos inter communis tal y como lo plasmó la Corte Constitucional.

En su oportunidad, proferí sentencia del 9 de diciembre de 2009, falló por cual fui privado de la libertad injustamente durante 4 años, la perspectiva de esos ius fundamentales vulnerados fue lo único que me inspiró para tutelar los derechos constitucionales de los ex trabajadores de Telecom, proveído que fue ratificado en segunda instancia por parte del Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Sucre – Sucre, hoy reestructurado por su naturaleza y llevado a la población de majagual por ordenamiento del Consejo Superior de la Judicatura. Una vez puesto el contexto general, se ruega se tutelen los derechos fundamentales amenazados por parte de las accionadas con relación a los siguientes:

## HECHOS.

1. Los señores Darinel Arturo Villalba Carrasco y otros, por medio de apoderado judicial, presentaron el día 24 de noviembre del año 2009, en la secretaría del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sucre – Sucre en cabeza del suscrito **HERNANDO PUCCINI GAVIRIA**, una voluminosa acción de tutela en la que se solicitaba el amparo de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por el Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom (PAR).
2. Consideré que la petición contenida en el pedimento tutelar era viable por lo que fue admitida, y una vez corrió traslado al ente tutelado, el día 30 de noviembre de 2009 la entidad accionada presentó escrito de contestación vía fax, en la que es necesario señalar, nunca se planteó la supuesta falta de competencia del despacho sustanciador, ni se debatió la calidad de madres y padres cabeza de familia de los accionantes.
3. A través de sentencia de fecha 9 de diciembre del año 2009, el Juzgado Promiscuo Municipal de Sucre – Sucre, decidió amparar como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable los derechos fundamentales de los accionantes, y ordenó el pago de los salarios y prestaciones sociales desde el 1 de enero de 2006 hasta la desaparición de la vida jurídica de la entidad representada para efectos de las acreencias laborales por el **PAR TELECOM**, conformado por las sociedades **FIDUAGRARIA S.A.** y **FIDUPOPULAR S.A.**, dentro del negocio jurídico para el cual fueron creados como forma de protección especial tal y como lo ordena el Decreto 4781 de 2005.
4. Dicha providencia fue impugnada por la entidad accionada a través de escrito de fecha 14 de diciembre del año 2009, el cual fue concedido por auto de fecha 15 de diciembre de la misma anualidad, obsérvese que en ningún momento hubo retraso del despacho que yo dirigía para materializar el principio de celeridad, constatándose con ello mi advertida independencia e imparcialidad.
5. El otrora Juzgado Promiscuo del Circuito de Sucre - Sucre, hoy de Majagual – Sucre en cabeza de **GUIOMAR DEL CARMEN VIDAL ANAYA (Q.E.P.D.)**, a través de sentencia de fecha 10 de enero del año 2010, decidió confirmar el amparo transitorio de los actores para evitar un perjuicio irremediable de los derechos fundamentales solicitados.
6. A través de escrito de fecha 15 de marzo de 2010, el apoderado de los accionantes presentó incidente de desacato por el incumplimiento de las sentencias de amparo de tutela.
7. El día 27 de agosto del año 2010, se recibió de la Secretaría General de la Corte Constitucional el expediente de tutela en mención que fue excluido de revisión constituyéndose así la cosa juzgada constitucional por parte del organismo de cierre.
8. El día 24 de junio del año 2011, el titular del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sucre - Sucre, una vez verificado el incumplimiento de la orden de tutela y la desidia de la representante legal de la entidad accionada, decidió imponer sanción por desacato de esta, y se envió en consulta al juez de segunda instancia.

9. El día 5 de marzo del año 2012, la titular del otrora Juzgado Promiscuo del Circuito de Sucre - Sucre, hoy de Majagual - Sucre, resolvió revocar la sanción impuesta por el A quo, y en su lugar, dejó sin efectos el incidente de desacato, con fundamento de que se concedió el amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y que habían transcurrido los 4 meses para que los accionantes acudieran a la jurisdicción ordinaria.
10. Acto posterior, la doctora **HILDA TEHERÁN CALVACHE**, actuando como Representante Legal del Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom (PAR), presentó denuncia y quejas disciplinarias en contra de los titulares del Juzgado Primero Promiscuo Municipal y Juzgado Promiscuo del Circuito de Sucre - Sucre, por considerar que dichos despachos judiciales actuaron sin competencia, además, consideró que no se cumplieron los requisitos de procedibilidad exigidos por la ley y la jurisprudencia.
- Paradójicamente, el día 9 de febrero del año 2015 la gerente del (PAR) envía oficio PARDS-01581, en el cual hace constar que tiene conocimiento de la sentencia SU-377 de 2014 y sus efectos erga omnes.
11. Por parte del ente acusador, una vez realizada la imputación elevó escrito de acusación de fecha diciembre 10 del año 2015, donde el Fiscal **FERNANDO OTÁLORA HERNÁNDEZ** eje temático unidad anticorrupción de Antioquia, nos acusó en calidad de Jueces Primero Promiscuo Municipal y Promiscuo del Circuito de Sucre - Sucre, de cometer el delito de prevaricato por acción por cuanto consideró que: **A.** “*no se encontraba satisfecho el requisito de la Inmediatz para interponer la acción de tutela*”, **B.** “*la tutela era improcedente en punto a la vigencia de los derechos laborales de los ex trabajadores de la extinta TELECOM.*”, **C.** “*la competencia territorial para conocer de esa acción de tutela presentada, mediante apoderado, por DARINEL ANTONIO VILLALBA y demás ex trabajadores de TELECOM, no radicaba en los Juzgados del Municipio de Sucre, conforme lo normado en el artículo 37 del Decreto 2591 del año 1991*”, y **D.** “*la tutela fue concedida a favor de todos los accionantes, cuando existía falta de legitimidad por activa, en algunos casos. Se observa que, en esos casos, el poder no fue conferido directamente por los ex trabajadores de TELECOM, sino por terceras personas que actuaron como agentes oficiosos, sin indicar la razón por la que el titular del derecho no actuaba directamente.*”
12. El día 11 de febrero del año 2016, fue celebrada audiencia de formulación de acusación en la Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo - Sucre, Magistrado Sustanciador **LEANDRO CASTRILLÓN RUIZ**, en la que la fiscalía formuló oralmente la acusación e hizo el descubrimiento probatorio; así mismo, se fijó como fecha para la realización de la Audiencia Preparatoria el 3 de marzo de la misma anualidad, la cual fue aplazada a solicitud de nuestra apoderada por encontrarse incapacitada médica y se fijó como nueva fecha para su celebración el día 31 de marzo siguiente.
13. El día 15 de marzo del año 2016, nuestra apoderada presentó su renuncia al poder a ella conferido la cual fue aceptada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo, a través de auto de fecha 18 de marzo del mismo año.
14. Por lo anterior nos vimos obligados a puertas de la celebración de la audiencia preparatoria - en menos de 13 días -, a buscar un nuevo apoderado de nuestra confianza para que asumirá

nuestra defensa técnica, tarea que, ante la premura y el gran tamaño y complejidad del expediente contentivo de nuestro proceso penal resultaba prácticamente imposible.

15. Solo 2 días antes de la realización de la importante y vital audiencia, otorgamos poder al abogado **CESAR AUGUSTO DAZA CAMELO**, quien si bien no tenía experiencia en la disciplina penal, si la tenía en la constitucional, y teniendo en cuenta que la falta penal que se nos endilga se refiere a la inexistente comisión del delito de prevaricato por acción por haber amparado los derechos fundamentales de padres y madres cabeza de familia quienes fueron despedidos sin justa causa por la extinta Telecom, consideramos que el mismo contaba con los conocimientos necesarios para asumir nuestra defensa.
16. Al inicio de la celebración de la audiencia preparatoria el día 31 de marzo de 2016, nuestro apoderado solicitó como era de esperarse, el aplazamiento de la audiencia teniendo en cuenta que no había tenido el tiempo suficiente para estudiar el voluminoso y complejo proceso, para luego establecer la estrategia a seguir en nuestra defensa.
17. Pero !!Oh sorpresajj, a pesar de la más que justificada solicitud de aplazamiento, la misma no solo fue negada luego de que se le dejara la decisión al señor fiscal, sino que además el Magistrado Sustanciador señaló que: *"si bien es cierto que los abogados defensores de acuerdo con la ley 906 tienen derecho a pedir aplazamiento o prorrogas justificadas para la preparación de la defensa, pero también es cierto que ese derecho hay que armonizarlo con otro de igual linaje, constitucional, ya que usted es constitucionalista (/al defensor) como la eficacia de la justicia, la celeridad de los procesos acusatorios, la celeridad que es también de orden constitucional dice que los términos deben de cumplirse, salvo que, a menos que (titubes) que no sea justificado."* – se adjunta video de audiencia preparatoria. **Honorables Magistrados, lo que no vislumbré es que aquí empezaba la persecución judicial al suscripto que de una u otra manera humanizaba el derecho.**

Por lo anterior nuestro apoderado aun sin conocer el expediente de una manera que le permitiera adelantar una acertada defensa técnica, y ante la grave e injustificada presión de parte del Magistrado Sustanciador, se vio en la imperiosa necesidad de improvisar, aun dejando de lado, el menosprecio profesional de que fue presa por parte del quien fungía como director del proceso penal, cercenándonos de esa manera la posibilidad de contar con una buena defensa técnica y del material probatorio que nos permitiera demostrar con mayor claridad la inexistencia de la conducta prevaricadora que se nos imputaba, y vulnerando con ello de forma inadmisible y flagrante nuestro derecho fundamental a la defensa material y técnica.

18. Ahora bien, tal presión tuvo como consecuencia que nuestro apoderado presentara su renuncia, arguyendo que *"tal como lo señaló su señoría, lo mejor para los intereses de mis apadrinados es que estos sean representados por un profesional del derecho con conocimientos específico en el área penal"*, y con el fundado presentimiento de que su presencia no era de buen recibo por parte del Magistrado Sustanciador, quien no solo nos negó la posibilidad de que nuestro apoderado tuviera el tiempo suficiente para conocer de cerca los hechos del proceso penal y ejercer en forma digna nuestra defensa técnica al rechazar el más que fundado aplazamiento de la audiencia preparatoria, sino que además

logró amedrentar a nuestro apoderado de confianza con manifestaciones poco usuales dentro de la recta administración de justicia.

19. Posteriormente, en sentencia de fecha 13 de octubre de 2016, la Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo en cabeza de **LEANDRO CASTRILLON RUIZ** decide dejar de lado todas y cada una de las providencias que nos favorecían, y en su lugar, decide aplicarnos todas las que nos desfavorecían señalando que fueron citadas por la parte accionada dentro de la acción de tutela inicial, y por la fiscalía en su escrito de acusación, condenándonos a la pena principal de 48 meses de prisión, multa de 66.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 80 meses, decisión que fue apelada y posteriormente confirmada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, magistrado ponente **GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ** el día 16 de agosto del año 2017. Véase que, fui condenado sin siquiera tener en cuenta el principio de favorabilidad, presunción de inocencia y buena fe que nos asiste a todos los administradores de justicia.

#### NUEVOS HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES.

20. Que, por los anteriores hechos se radicó una acción de tutela que fue de conocimiento en primera instancia por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, quien negó las pretensiones incoadas el día 22 de febrero de 2018, y la impugnación fue depurada por la Sala de Casación Laboral M.P., colegiatura que, mediante sentencia del 21 de marzo de 2018, finiquitó el asunto bajo la argumentación de que:

*"el fallo condenatorio se profirió bajo una argumentación razonable que están lejos de configurar una violación constitucional dado que es producto de una interpretación jurídica respetable".*

Pero, nos causó sorpresa ver que, no obstante, se me estaba ratificando la condena proferida en primera y segunda instancia, se mantuvo validez al fallo proferido por el despacho que yo regentaba y por el cual fui condenado.

21. El viernes 13 de agosto de 2021, el exmagistrado **GUSTAVO MALO FERNÁNDEZ** fue condenado a 116 meses de prisión por los delitos de concierto para delinquir, cohecho propio y prevaricato por omisión, por parte de la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia que avaló el fallo por el cual fui condenado, hecho que, si bien es cierto a mí no me consta, el decir publico vocifera que integró un accionar criminal denominado *"el cartel de la toga"*.
22. El 23 de marzo de 2022 se publicó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SP-978-2022, radicación N°58.393 M.P. **PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**, donde se resolvieron los recursos interpuestos por la Fiscalía y el Patrimonio Autónomo De Remanentes Telecom, en contra de la sentencia del 14 de septiembre de 2020 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Montería, mediante la cual **IRMA EUFEMIA PADILLA HERRERA** y **EDUARDO RAFAEL OJEDA MONTIEL** -Ambos Jueces de la República- fueron absueltos de los cargos de prevaricato por acción formulados en su contra.

23. Que, la situación fáctica y jurídica resuelta el 23 de marzo de 2022 por la magistrada **PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR** en la sentencia SP-978 de 2022, por no decir que es calcada, se encuentra dentro de los mismos hechos facticos y jurídicos en que se condenó a los ex jueces de la república **HERNANDO PUCCINI GAVIRIA** y **GUIOMAR VIDAL ANAYA** por el delito de prevaricato por acción, ahora, y contra todo pronóstico, en este nuevo proveído si se tuvieron en cuenta y debatieron los argumentos que dentro del proceso penal y la acción de tutela que se adelantó contra el suscrito, no se rebatieron por el Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Sincelejo Leandro Castrillón Ruiz, La Sala De Casación Penal en cabeza De Gustavo Malo Fernández hoy condenado por el pomposo cartel de la toga, y las Salas de Casación Civil y Laboral de la Corte Suprema de justicia. Luego entonces, se observa un defecto factico, sustantivo y una violación flagrante a un orden justo e igualitario, con seguridad jurídica que propenda por la efectiva protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Partiendo de la base que esta nueva sentencia se construye en hechos idénticos en contenidos y forma en lo que hace al fallo que me condenó, se torna en mi sentir un perjuicio de forma **IRREMEDIABLE** e **IRREPARABLE**, constituyéndose así, los fallos condenatorios, en unas **VERDADERAS VIAS DE HECHO**, que deben ser revisadas por el superior jerárquico en igualdad de condiciones de competencia para la consecución del propósito de esta acción, para que se aplique una verdadera justicia que haga valer el principio de igualdad.

24. Al ser destituido por las circunstancias anteriormente indicadas, me han violentado mi buen nombre, llevándome incluso a una situación en la que no se me permite ni siquiera desempeñar el artículo 25 de la Constitución Nacional, bajo el entendido de que todos tenemos derecho a obtener dentro de esta sociedad un mínimo vital que nos permita sufragar los gatos sin tener que recurrir a la misericordia pública.

#### PRETENSIONES.

1. Solicito la protección y amparo inmediato de los Derechos Constitucionales al acceso a la administración de justicia, seguridad jurídica, igualdad, defensa y contradicción, dignidad humana, buen nombre, libertad y los demás que se consideren violados y/o amenazados por parte de las accionadas.
2. Como consecuencia de la protección de los derechos constitucionales que solicito se tutelen, pido, se dejen sin efectos: la sentencia de fecha 13 de octubre de 2016, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo, y la sentencia dictada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que ratificó la anterior, y en su lugar, se les ordene dictar sentencia absolutoria y/o dictar un nuevo proveído donde si se tengan en cuenta los argumentos de esta parte y las faltas en que incurrieron.
3. Que, le corresponda a la **SALA DE CASACIÓN PENAL**, revisar, determinar y ordenar un nuevo fallo que tengan en cuenta las prerrogativas y argumentos facticos expresados por mí al interior del proceso penal y tutelar adelantado, dado que se trata de hechos similares por no decir idénticos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO.

### ACLARACIÓN PRELIMINAR - DE LA FALTA DE TEMERIDAD.

La Corte Constitucional ha decantado que la temeridad se constituye en los eventos en que el demandante presenta varias acciones de tutela frente a hechos idénticos bajo un actuar de mala fe y dolo, de manera escueta pensarse que se está incurriendo en esta figura jurídica, pero, no es el caso, dado que la Corte ha establecido que corresponde al juez constitucional estudiar cada caso en concreto y verificar la existencia o no de la temeridad, y para ello deberá evaluar la conducta del tutelante bajo los siguientes parámetros:

*"evaluando si la conducta: (i) resulta amañada, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones; (ii) denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable; (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia"* Sentencias T-560 de 2009, T-053 de 2012 y T-189 de 2013.

Cabe manifestar que en ninguna de las anteriores situaciones se encuentra la actitud del suscrito, no existe un actuar doloso ni de mala fe frente a la administración de justicia, contrario sensu, se han acatado y respetado todas las decisiones que en derecho han correspondido, pero, el deseo de justicia, la inequidad y falta de igualdad apertura la necesidad de defender a toda costa mis derechos.

Cabe traer a colación el siguiente extracto jurisprudencial:

*"Además, el fallo T-1034 de 2005 precisó que existen supuestos que facultan a una persona a interponer nuevamente una acción de tutela sin que sea considerada temeraria, que consisten en: i) el surgimiento de adicionales circunstancias fácticas o jurídicas. "Es más, un hecho nuevo puede ser, y así lo ha considerado la Corte, la consagración de una doctrina constitucional que reconoce la violación de derechos fundamentales en casos similares"; y ii) la inexistencia de pronunciamiento de la pretensión de fondo por parte de la jurisdicción constitucional.*

Zanjado este punto, se procederá a explicar:

### CON RESPECTO A LA PROCEDIBILIDAD

- i) Los requisitos generales y específicos de procedibilidad de acciones de tutela frente a providencias judiciales.
- ii) El cumplimiento de los requisitos generales y específicos para el caso en concreto
- iii) Del Defecto Factico, Sustantivo, de la violación directa de la Constitución Política de Colombia y del Precedente.

### CON RESPECTO AL CASO EN CONCRETO.

- iv) Actuaciones relevantes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo – Sucre Sala Penal – contexto del proceso penal en primera instancia.
- v) Del recurso de apelación contra la sentencia del 19 de enero de 2017 del Tribunal Superior de Sincelejo - Sucre.

- vi) Actuaciones relevantes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sentencia **M.P. GUSTAVO MALO** SP12323 de 2017 + Apuntes del autor + Sentencia **M.P. PATRICIA SALAZAR CUELLAR** SP978 de 2022.
- vii) De la acción de tutela radicado N°79.319 del año 2018.

## **1. DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES.**

La acción de tutela es una figura que goza de consagración constitucional y se instituye como la herramienta jurídica que tienen todas las personas para proteger sus derechos fundamentales cuando son amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades o particulares, cuando no se cuente con otro medio de defensa judicial o contando con uno, la misma se utilice como mecanismo transitorio.

Ahora, su procedencia excepcional contra providencias judiciales ha sido ampliamente desarrollada por la Honorable Corte Constitucional, a través de su línea jurisprudencial, verbigracia la Sentencia C-543 del 1º de octubre de 1992, en la cual manifestó que en principio no está prevista para controvertir decisiones judiciales, salvo que se trate de impedir la configuración de un perjuicio irremediable, caso en el cual se acepta su viabilidad.

*“... ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 80. del Decreto 2591 de 1991)...”*

En la actualidad el Alto Tribunal ha establecido unas causales generales y otras específicas que deberán surtirse en cada situación. Así pues, las primeras son: (i) Que el asunto sea de relevancia constitucional, (ii) que se hayan agotado todos los medios de defensa, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable o que los recursos existentes sean ineficaces en el caso concreto, (iii) que haya inmediatez, (iv) si se trata de irregularidades procesales, que ellas hayan tenido incidencia en la decisión cuestionada, salvo que de suyo afecten gravemente los derechos fundamentales, (v) que el actor identifique debidamente los hechos que originaron la violación, así como los derechos vulnerados y (vi) que la sentencia impugnada no sea de tutela.

Una vez verificado el cumplimiento de las anteriores condiciones, debe observarse que se agote, por lo menos, uno de los siguientes vicios o irregularidades que corresponden a los requisitos específicos de procedibilidad: (i) Defecto sustantivo, (ii) fáctico, (iii) orgánico, (iv) procedural, (v) por error inducido, (vi) por desconocimiento del precedente, (vii) por falta de motivación o, (viii) por violación directa de la Constitución. En conclusión, si se surten las exigencias genéricas, la acción procede para estudiar de fondo el asunto puesto en conocimiento del juez constitucional, y, finalmente, la prosperidad de las pretensiones solicitadas estará supeditada a la existencia de, por lo menos, uno de los requisitos específicos antes referido.

Al respecto, la Corte Constitucional expuso que:

*“(...) Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:*

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones (...)

b. 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 ius fundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos (...)

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración (...)

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora (...)

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible (...)

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida (...)

25. Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

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

b. Defecto procedural 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 inconstitucionales 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 (...)

i. Violación directa de la Constitución.

## 2. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS GENERALES EN EL CASO EN CONCRETO.

Entendido lo anterior, se observa inicialmente que se cumple con la primera condición, pues lo que está en juego son los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, seguridad jurídica, igualdad, defensa y contradicción, dignidad humana, buen nombre y libertad.

Con respecto a la segunda regla general que se hayan agotado todos los medios de defensa, es dable aclarar que contra las sentencias de fecha 19 de enero de 2017 y 16 de agosto de 2017 se agotaron todos y cada uno de los medios de defensa en lo atinente al procedimiento ordinario y extraordinario no procedía la casación, hay que advertir que el suscrito se encuentra en una precaria situación económica que permite adelantar el proceso de revisión que se realizaría ante la misma Corte Sala de Casación Penal, que bajo las mismas circunstancias me condenó, y que a viva voz hoy con el surgimiento de nueva jurisprudencia constitucional y ordinaria se me ocurre decir que siendo la Carta Magna norma de normas y que impera frente al resto de leyes colegiadas, se hace permisible no solo la admisión de la acción pública de tutela sino el estudio minucioso de las circunstancia de tiempo, modo y lugar en que acaecieron los hechos, el perjuicio inminente, causado e irreparable habida cuenta de los 4 años que estuve privado de la libertad, y las limitaciones civiles y psíquicas que aun hoy en día sufro a raíz de la condena.

De otro lado, con respecto a la inmediatez observa el suscrito que se encuentra surtida toda vez que la trasgresión se produce de manera sucesiva en el tiempo, aquí es dable aclarar que, si bien se ha cumplido la pena privativa de la libertad principal por 4 años, no es menos cierto que aun me encuentro inhabilitado para el ejercicio de derechos civiles y políticos, sin mencionar el estado de mi buen nombre y que los nuevos hechos jurídicamente relevantes son recientes, amén de que la jurisprudencia a la que hago referencia, es decir la SP 978 de 2022, fue conocida por el suscrito hace 30 días debido a que se me está adelantando otra persecución judicial por parte del magistrado LEANDRO CASTRILLÓN RUÍZ, a meses de haber recobrado mi libertad, hecho que desató el estudio y la actualización jurídica en lo relacionado al delito prevaricato por acción, por lo que en todo caso, la inmediatez permanece en el tiempo no superior a los 6 meses que exige la norma.

Como dato de color y aunque no es la instancia procesal se deja rastro de que, dentro del proceso penal que recientemente se me adelanta, la fiscalía general de la nación solicitó la preclusión en un primer instante, luego, dicha solicitud fue de conocimiento por parte del MAGISTRADO LEANDRO CASTRILLÓN RUIZ, para de manera sorpresiva, después el ente acusador decida desistir de esta y acusar sin fundamentos jurídicos por no compartir criterio y adverar que las sentencias objeto de prevaricato fueron revocadas en 2da instancia, hechos que la misma SP978 de 2022, califica de persecución.

*“Del mismo modo, las investigaciones penales en contra del juez motivadas simplemente en que (i) la Fiscalía no está conforme con su decisión o (ii) en que el superior funcional la revocó*

*(...), constituyen persecuciones violatorias de los principios de independencia de la jurisdicción y la autonomía del juez, además de propiciar gastos al funcionario e indebida perturbación de su tranquilidad, necesaria esta para el ponderado y eficaz ejercicio de la función judicial."*

Volviendo al tema de interés, con lo último dicho quiero hacer ver que no hay caducidad en el tiempo y que en la fecha que me enteré del fallo que aporto como prueba y que identifican plenamente mi situación SP978 de 2022, fue lunes 23 de enero de 2023, se adjunta captura de pantalla del hecho.

En lo atinente a la cuarta causal (si se trata de irregularidades procesales que hayan tenido incidencia en la decisión cuestionada, salvo que de suyo afecten gravemente los derechos fundamentales), se advierte que las anomalías referidas por el actor ataúnen a irregularidades procesales y a la sentencia misma, en el sub judice, resulta evidente que la negación ilegal de fijar una nueva fecha para la celebración de la audiencia preparatoria habida cuenta que nuestro apoderado solo tuvo tiempo de escuchar de manera sumaria lo referente a nuestro caso dos días antes de la misma, lo que obligó a que el improvisara, cercenando con ello, la posibilidad de contar con una adecuada defensa técnica, y fue tan plausible su renuncia al caso donde demostró lealtad frente a la falta de expresar los beneficios favorables que le asiste a todo procesado. También, se ataca también la sentencia condenatoria de primera y segunda instancia pues desconoce flagrantemente la Ley y la Jurisprudencia.

En lo que respecta al quinto presupuesto (que el actor identifique debidamente los hechos que originaron la violación, así como los derechos vulnerados), se estima que en el acápite de "hechos" se especificó la situación fáctica vulnerante de derechos fundamentales.

Por último, la sentencia reprochada no es un fallo de tutela sino una providencia adoptada en el interior de un proceso penal. Así las cosas, la acción de amparo se torna en principio procedente por el nacimiento de nuevos hechos y haber superado las causales genéricas antes examinadas, por lo que deberá realizarse un estudio de fondo sobre el asunto.

Como requisito especial de procedibilidad, se advierten los siguientes

- i) Violación directa a la Constitución.
- ii) 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 o hay una indebida valoración de este.
- iii) Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- iv) 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.

### **3. DEL DEFECTO FACTICO Y SUSTANTIVO, VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL PRECEDENTE.**

La alta corporación constitucional ha sostenido que existe defecto fáctico cuando:

*“resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado (...)”, o cuando “se hace manifiestamente irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en su providencia. Así, ha indicado que “el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia (...)”*

También, ha indicado que tiene dos dimensiones:

*“la primera ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. La segunda se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión, y de esta manera vulnere la Constitución.”*

Por último, indica que el vicio se puede observar de las siguientes maneras:

*“(i) Omisión por parte del juez en el decreto y práctica de pruebas. La Corte ha considerado que se configura, cuando el funcionario judicial omite el decreto y la práctica de pruebas, generando en consecuencia la indebida conducción al proceso “de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido.”*

*(ii) No valoración del material probatorio allegado al proceso judicial. Esta hipótesis tiene lugar, cuando la autoridad judicial a pesar de que en el respectivo proceso existen elementos probatorios, “omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que, de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente.”*

*(iii) Valoración defectuosa del acervo probatorio. Esta situación tiene lugar, cuando el operador jurídico decide separarse por completo de los hechos debidamente probados, y resuelve a su arbitrio el asunto jurídico puesto a su consideración, o cuando aprecia una prueba allegada al proceso que se encuentra viciada.”*

Acerca del defecto sustantivo, ha indicado la alta corporación constitucional que se presenta cuando:

*En múltiples oportunidades esta Corporación se ha pronunciado en torno al defecto sustantivo como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Esta irregularidad en la que incurren los operadores jurídicos se genera, entre otras razones: (i) cuando la decisión judicial se basa en una norma que no es aplicable, porque: (a) no es pertinente, (b) ha sido derogada y por tanto perdió vigencia, (c) es inexistente, (d) ha sido declarada contraria a la Constitución, (e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador; (ii) a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al*

*caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes” o se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial; (iii) no se toman en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes, (iv) la disposición aplicada se torna injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución; (v) un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza “para un fin no previsto en la disposición”; (vi) cuando la decisión se funda en una hermenéutica no sistemática de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso o (vii) se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto.*

Con relación al desconocimiento directo de la constitución y del precedente en el caso concreto, tanto la Sala Penal del Tribunal de Sincelejo como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, desconocieron varias sentencias de la Corte Constitucional en la que se utilizaron similares argumentos del suscrito, tales como la sentencia T-654 de 2009, respecto de la procedencia de la acción de tutela cuando se buscara la aplicación de las normas del retén social ley 790 de 2012. Así mismo, descartaron, contrario al principio de favorabilidad, la aplicación de la sentencia SU-377 de 2014, desconociendo que se trataba de una sentencia tipo “SU” o de unificación que solo se limita a interpretar los derechos y sus alcances, y a su vez, reconocer su vulneración, y que en modo alguno los crea como es el caso de las sentencias tipo “C” o de constitucionalidad; sin embargo, en los fallos condenatorios los únicos argumentos jurisprudenciales utilizados fueron los que a modo de ver de las autoridades judiciales accionadas PAR TELECOM, demostraban un presunto actuar ilícito distante de la verdad procesal.

Claramente las autoridades judiciales accionadas pasaron por alto principios constitucionales tan importantes como el debido proceso al tratar de exigir requisitos de admisión de la acción de tutela; así mismo, exigir que se desconozca el principio de la buena fe al señalar que los funcionarios judiciales hoy condenados debían desconfiar de las afirmaciones hechas por el apoderado de los accionantes en su demanda de tutela.

Ahora bien, la Corte Constitucional en reciente sentencia SU-573 de 2017, unificó su jurisprudencia respecto a la procedencia de la acción de tutela cuando se dirija contra un fallo dictado por una Alta Corte. En tal sentido, el accionante deberá demostrar la existencia de una contradicción entre la Constitución y el pronunciamiento judicial. A saber, en dicha providencia se indicó:

*“Como se había mencionado en el acápite sobre los requisitos de procedencia, la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando la demanda se dirige contra un fallo dictado por una Alta Corte -como sucede en el presente caso-, debe cumplir con un requisito de procedencia adicional consistente en que exista una contradicción entre la Constitución Política y el pronunciamiento judicial.*

*Al efecto, se reitera que en el marco de la supremacía de la Constitución Política, no resulta procedente avalar argumentos jurídicos en exceso formalistas al aplicar disposiciones normativas producidas en un contexto jurídico-histórico anterior a la Constitución de 1991, desconociendo los criterios de hermenéutica que impone la nueva Carta Fundamental. Por tanto, las interpretaciones de normas anteriores a la Constitución Política no pueden ignorar el debido proceso en su aspecto de acceso a la administración de justicia, por el desconocimiento del principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal que conlleva a un*

*defecto procedural por exceso ritual manifiesto, a un defecto fáctico por indebida valoración probatoria, y sustantivo por una interpretación y aplicación de la norma en desconocimiento de los preceptos constitucionales vigentes, y por dejar de aplicar una norma vigente en el marco jurídico, incluso, de la Constitución de 1888*

Al respecto, dicha Corporación ha manifestado que la causal se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce la Carta Política, ya sea porque:

*"(i) deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto, por ejemplo "(a) cuando en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) cuando se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata y (c) cuando el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución", o (ii) aplica la ley al margen de los dictados de la Norma Fundamental, desconociendo que de conformidad con su artículo 4º "la Constitución es norma de normas".*

Precisado lo anterior, se resumirán las actuaciones desplegadas por la Sala Penal Del Tribunal Superior De Sincelejo – Sucre y la Sala Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y los defectos e interpretaciones erróneas en las que incurrieron, a su vez, se hará el parangón con los argumentos que este ex operador judicial indicó durante todo el proceso penal y tutelar en su contra, pero que no se tuvieron en cuenta, y la decisión diametralmente opuesta que se obtuvo con la Sentencia SP978 de 2022, caso calcado al del suscripto, donde se rebatieron los argumentos y justificaciones que dieron como resultado la absolución de los procesados.

### CASO EN CONCRETO

#### 4. ACTUACIONES RELEVANTES DE LA SENTENCIA DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE SINCELEJO – SUCRE – 1 INSTANCIA.

El fallo “prevaricador” de primera instancia de este exjuez es el siguiente:

*PRIMERO. - Tutelar como mecanismo transitorio los derechos fundamentales invocados por el señor Apoderado Judicial de los señores 1) DARINEL ARTURO VILLALBA CADRAZCO...*

*SEGUNDO. Ordenar al PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES -PARconstituido por la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. -FIDUAGRARIA - y la SOCIEDAD FIDUCIARIA POPULAR S.A. - FIDUCIAR - representada legalmente por el señor PAULO ARANGUREN RIANO -o quien haga sus veces-, para que dentro del término de cuarenta y ocho horas (48) contados a partir de la notificación de esta decisión, cancele a los actores los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el 1º de febrero de 2006 hasta la desaparición de la vida jurídica de dicha entidad*

(...)

La Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo – Sucre, profirió sentencia condenatoria en contra de los acusados por cuanto encontró estructurado el tipo objetivo y subjetivo del tipo penal prevaricato por acción, bajo su tesis, hubo una falta de motivación en la decisión que tomó el hoy tutelante al punto de infringir el artículo 55 de la Ley 270 de 1996. Desarrolló su premisa indicando, primeramente:

a. QUE, HUBO UN DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ DE CONFORMIDAD CON LA SENTENCIA APORTADA POR LA FISCALÍA T-1062 DE 2007.

De entrada, y perdón por adelantarme, la sentencia T-1062 de 2007 fue utilizada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo en su fallo condenatorio pagina 52, para de manera errada indicar que era imperativo justificar el requisito de inmediatez... Esta providencia fue rebatida y estudiada en la SP978 de 2022, como se verá en su momento, pero la Sala Penal de Sincelejo acomodó el fragmento en relevante para condenar, dando a entender entonces que 1. No leyó de fondo el asunto y 2. Fui víctima de lo que denomino el “acomodo jurídico o jurisprudencial”, pues solo aplicaron lo desfavorable al suscripto.

Volviendo al tema, comunicó la Sala Penal que:

*“Prueba de ello, es la sentencia T-1062 de 2007, citada por la apoderada<sup>[Dp1]</sup> del PAR en la contestación de la demanda, en donde se analizó el caso de varias personas que, igual que los accionantes de la tutela que dio origen a este proceso penal, alegaban tener derecho a la estabilidad laboral reforzada o retén social, por haber sido desvinculados de TELECOM, en la que la Corte Constitucional deja claro que a todas luces incumplían el principio de inmediatez, puesto que entre la fecha de la desvinculación y la presentación del amparo constitucional habían transcurrido 4 años...” Página 52 de la sentencia del Tribunal Sala Penal..*

Finaliza indicando que en la primera instancia no se hizo ningún análisis sobre el principio de inmediatez a pesar de haber transcurrido 3 años y 10 meses para promover el amparo constitucional, en síntesis, entiende esta parte que el magistrado reprocha que no exista el acápite “INMEDIATEZ”, valga decir que las tutelas se admitieron por la vulneración inminente de un derecho fundamental y como protección ante un perjuicio irremediable.  
*“Punto 5.3. de la sentencia del 9 de diciembre de 2009...Página 8 y s.s. de la sentencia prevaricadora.*

Paradójicamente, en la Sentencia SU-377 de 2014, que se puso de presente desde ad initio y fue desechada por esta colegiatura tal y como se otea en el literal siguiente “b”, La Corte Constitucional explicó que a pesar de haber transcurrido un amplio margen de tiempo las tutelas eran procedentes ya que la vulneración era permanente en el tiempo.

b. LA EXTENSIÓN DEL RETÉN SOCIAL MÁS ALLÁ DEL 31 DE ENERO DE 2006.

Aquí, indicó la magistratura palabras más palabras menos:

*“El doctor HERNANDO PUCCINI GAVIRIA, en la página 15 de la sentencia de primera instancia, expuso que en torno al término en que finaliza la protección del retén social de los padres cabeza de familia había dos vertientes, la de la empresa demandada, para la cual dicha protección culminaba en el momento en que TELECOM fuera suprimida y liquidada y la de los actores, “en cuanto si esos beneficios se extienden hasta el 31 de diciembre de 2009, fecha en la cual termina la función liquidadora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES-PAR-, a la luz del Decreto 4736 del 15 de diciembre de 2009”... Página 61 de la sentencia del Tribunal Sala Penal... Páginas 61 y s.s.*

Culmina diciendo que por ese error o desacuerdo se abandonó por completo el estudio de la línea jurisprudencial sobre la vigencia del retén social para los extrabajadores de TELECOM, sin embargo, tal y como quedó transcripto en la sentencia del magistrado, se comunicó por parte de la defensa:

*“El defensor de ambos jueces aduce que el asunto no era pacífico, y que los jueces se anticiparon a la Corte Constitucional, corporación que en la sentencia SU-377 de 2014, tras un*

*elaborado examen del caso de los ex trabajadores de TELECOM en liquidación, consideró que el retén social todavía estaba vigente, por lo que sus defendidos no cometieron ningún delito”*  
...Página 63 de la sentencia del Tribunal Sala Penal.

Contra todo pronóstico indicó el cuerpo colegiado:

*En conclusión, el juicio o valoración acerca del carácter manifiestamente ilegal del dictamen, resolución o concepto, debe hacerlo el operador jurídico ubicándose en el momento histórico en el que el servidor público emitió el acto reprochado, y tal análisis puede comprender, además de un problema jurídico, uno táctico, es decir, que no solo concierne a groseras o caprichosas discordancias con la ley, sino también apreciaciones probatorias sesgadas u opuestas a la realidad del proceso, que propenden por otorgar una apariencia de adecuada motivación a lo que en últimas constituye un pronunciamiento tan injusto como ostensible en dicho aspecto*

**“Siendo así, de poco sirve que la Corte Constitucional al reexaminar la protección reforzada derivada del retén social para los antiguos trabajadores de TELECOM, dijera que estaba vigente aún, porque sus defendieron desconocieron los precedentes jurisprudenciales existentes en el momento en que decidieron la acción de tutela que originó este proceso, y sobre todo, porque no dieron argumentos fácticos, jurídicos o probatorios para sustentar la tesis de la vigencia del retén social al momento en que tomaron las decisiones ahora cuestionadas.” Página 65. “DEFECTO FACTICO - SUSTANTIVO – VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL PRECEDENTE.”** Página 63, 64 y 65 de la sentencia del Tribunal Sala Penal

Si bien, la jurisprudencia obliga a hacer un estudio de la conducta ex ante, lo anterior no quiere decir que por eso no se deban tener en cuenta pronunciamientos posteriores que protegieron y dieron alcance a los derechos fundamentales de las madres y padres cabeza de hogar tal y como ocurrió con la sentencia SU-377 de 2014, y por ende la tesis de este “delincuente”, ilógicamente da a entender el magistrado que no puede ser tenida en cuenta ya que la SU-377 de 2014 no existía al momento en que este administrador de justicia profirió la sentencia del 9 de diciembre de 2009 tachada de prevaricadora, es más, indica que poco sirve y que no debe ser tenida en cuenta para la resolución de la litis lo cual vulnera a todas luces el principio de favorabilidad en derecho penal.

La interpretación de la Sala Penal es incorrecta, pues si existe un fallo posterior de la Corte Constitucional que protege los derechos fundamentales de las madres y padres cabeza de hogar SU-377 de 2014, postura que se dio en la sentencia del 9 de diciembre de 2009 tachada de prevaricadora, de entrada, da a entender que, si era una decisión razonable y que apuntaba a la realidad de desconocimiento de derechos adquiridos de los extrabajadores, que no se está frente a una contrariedad evidente y total ante la Ley. Podría decirse que en algunos aspectos la providencia emanada por este ex operador judicial no era acertada, pero, nunca ilegal, es mas en el auto 664 de 2017 ante el desacato del PAR la Corte Constitucional ordenó la compensación, véase:

*“Como solución a la situación descrita, señala que lo procedente es que el Estado indemnice el daño antijurídico causado a sus representados, mediante una compensación que debería equivaler (i) al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales de orden legal y convencional dejados de percibir desde el momento en que fueron despedidos de TELECOM y hasta la fecha en que el pago se realice, (ii) a la cancelación a las entidades de seguridad social, de las sumas necesarias para ponerlos al día en el cumplimiento de los requisitos que demanda la obtención de su pensión de vejez y (iii) al pago de los perjuicios morales sufridos, a la suma máxima que la ley autoriza para reparar este tipo de daño.”*

### c. LA FALTA DE COMPETENCIA DE LOS JUECES ACUSADOS PARA CONOCER LA TUTELA.

En este tópico paradójicamente indicó el magistrado:

*"Aquí es oportuno puntualizar que el juicio que debe hacer el juzgador en el delito de prevaricato es de legalidad y no de acierto"* Página 74.

Pues bien, para este “*criminal*” es comprensible y queda claro que en el punto b “*La extensión del retén social más allá del 31 de enero de 2006*”, al Dr. LEANDRO CASTRILLÓN no le fue comprensible aplicar lo dicho en este extracto jurisprudencial.

Volviendo al tema de interés, aquí el tribunal comunicó que el suscrito no era competente para conocer de las acciones instauradas por el factor territorial, a modo de colofón dijo:

*"Como quiera que ambos jueces omitieron motivar sus decisiones en lo que refiere a la competencia territorial, violaron de igual manera, el artículo 55 de la Ley 270 de 1996"...*  
*Página 75 de la sentencia del Tribunal Sala Penal.*

Luego, saca a relucir las “*falencias*” que dentro del trámite tutelar presuntamente incurrió el juez de primera instancia, pero, no observa los yerros del actuar del PAR TELECOM, el cual guardó silencio al respecto de la competencia dando lugar a la configuración del principio de “*perpetuatio jurisdictionis*”, aunado, a que, si todos los jueces eran competentes a prevención, fue tal el yerro que incluso el *ad quem* saneó la irregularidad.

### d. CARENCIA DE LEGITIMACIÓN DE VARIOS ACTORES COMO AGENTES OFICIOSOS.

Comunicó el tribunal que, de una tutela de 78 accionantes, se encontraron 6 personas que promovieron el amparo por otra persona:

*"Como puede fácilmente se percibe, fueron 6 personas que promovieron el amparo constitucional a nombre de otras, sin informar y menos probar por qué estas no estaban en condiciones de agenciar sus propios derechos. Ni siquiera se mencionó que aquellas a cuyo nombre actuaban, por su condición física o mental, no podían siquiera firmar la demanda de tutela, pues ésta se caracteriza por su informalidad, no requiriendo presentación personal. Es claro, entonces que en los 6 casos reseñados no se cumplía el requisito legal de la agencia oficiosa, de allí que los actores no tenían legitimidad para instaurar la tutela, por este poderoso motivo, el doctor PUCCINI GAVIRIA debió rechazar de plano la demanda presentada por esos esas personas"* ‘Página 79

Curiosamente, indicó que la tutela se caracteriza por su informalidad y traba su argumento nuevamente en los desaciertos del juzgado, pero, no indica los yerros del PAR y que este nada dijo dentro del trámite tutelar, hay una evaluación de la conducta totalmente errática pues. ¿Cuál era el deber del hoy quejoso si no hay oposición por parte de la accionada respecto de la agencia oficiosa?, ¿Acaso no era el deber de un juez constitucional creer en la buena fe de los accionantes? ¿Este hecho configura el tipo subjetivo y objetivo del tipo penal prevaricato por acción? ¿La decisión de creer en la buena fe de los tutelantes configura el elemento dolo de querer infringir manifiestamente la Ley? Resulta totalmente parcializado y contra los principios de igualdad procesal que no se hayan rebatido los extractos jurisprudenciales que defendían la tesis de la defensa, y las actuaciones, aciertos y desaciertos de ambas partes dentro del trámite tutelar, para el Magistrado no fue importante que el PAR TELECOM nada haya dicho sobre la incompetencia, la calidad de

madres y padres cabeza de hogar y la agencia oficiosa a favor de menores de edad, pero sí que este Exjuez actúe de acuerdo con los principios de buena fe.

e. DOLO

Por último, se infirió el dolo por la experiencia judicial y formación académica del suscrito, concluyendo que era evidente la improcedencia de la tutela en aplicación de los principios de inmediatez y de subsidiariedad, concluyendo así que "sabían o debían saberlo P.83" que eran incompetentes para conocer del asunto y que el retén social no podía extenderse más allá del 31 de enero de 2006, es decir, se condenó por aspectos meramente formales y no sobre lo sustancial, la decisión de amparar los derechos de padres y madres cabeza de hogar, hoy en firme.

Las críticas enunciadas en este acápite fueron expuestas durante todo el derrotero del proceso penal y en el recurso de apelación que se erigió bajo los siguientes supuestos:

**5. DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA PROFERIDA POR LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE SINCELEJO EL 19 DE ENERO DE 2017.**

Dentro de la oportunidad procesal otorgada, la defensa apeló la decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DE SINCELEJO SALA PENAL**, y en específico criticó lo siguiente:

- i) Que, con base en la sentencia C-335 de 2008, el prevaricato se puede configurar sólo a partir de la violación –manifiesta- de la ley.
- ii) Que, se consideró que la inspección mediante la cual los investigadores de la Fiscalía obtuvieron copias de los fallos de tutela calificados de ilegales, sólo podía demostrarse mediante el acta que se levantara de dicha diligencia al constituir ésta una «*prueba ab solenitatem o prueba ab sustancias actus*», según lo dispuesto en los artículos 213 y 215 del C.P.P. Como ese documento no fue incorporado, la inspección y las evidencias que en ella se obtuvieron serían inexistentes y carecerían de valor probatorio.
- iii) Que, las razones esgrimidas por la sentencia para predicar la ilegalidad de las decisiones adoptadas por los jueces acusados es la infracción al artículo 55 de la Ley 270/96; pero, que el ente investigador en la acusación ni imputación les había endilgado la violación de ese precepto normativo. – Violación del principio de congruencia, los hechos jurídicamente relevantes de la acusación giran en torno a una falta de competencia territorial, carencia de legitimación de varios actores como agentes oficiosos, violación del precedente en relación con la inmediatez y la extensión mas allá del retén social de la fecha de liquidación de TELECOM 31 de enero de 2006, de manera sorpresiva se condenó por “*infringir*” el artículo 55 de la Ley 270 del 96.
- iv) Que, el principio de inmediatez no debe entenderse como una especie de caducidad sino como la razonabilidad del término para ejercer la acción de tutela. Se informó que se concedió el amparo «como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable» debido a la proximidad de la extinción del PAR y la persistencia de la vulneración de los derechos fundamentales de los extrabajadores de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM. Además, Se dijo que la Corte Constitucional en la SU-377 de 2014 reconoció que varias de sus salas de tutela habían sostenido posiciones diversas

sobre el requisito de la inmediatez en las acciones de tutela presentadas por extrabajadores de TELECOM.

- v) Frente a la extensión del «retén social» previsto en la Ley 790/002 (art. 12) más allá de las intenciones de que TELECOM se liquide en forma definitiva, se recordó que la condición de padres cabeza de familia de los accionantes fue reconocida por el PAR en la contestación de la tutela. Además, se alegó que la interpretación que sobre tal aspecto expusieron los jueces era razonable a la luz de la SU-388 de 2005 y del Decreto 4736/08 (art. 1). Que, aunado, la SU-377 de 2014 se afirmó que (i) si previó algo diferente no es aplicable por ser posterior, (ii) en ella se reconoció que en el proceso de entrada en liquidación el Gobierno Nacional desconoció sus obligaciones con los padres cabeza de familia, prepensionados y discapacitados, toda vez que la entrada en liquidación de una empresa estatal son aspectos a tener en cuenta y (iii) admitió que sus diversas salas sostenían posiciones disímiles sobre la inmediatez de la tutela.
- vi) Que, todos los jueces del país tienen competencia, a prevención, para conocer de las acciones de tutela (arts. 86 C. Pol. y 37 Decreto 2591/91).
- vii) Se adujo que el rechazo de plano de la acción de tutela por la supuesta ilegitimidad de los agentes oficiosos, que sería la conducta cuya omisión consideró el Tribunal era violatoria de la ley, no era procedente según lo dispuesto en el Decreto 2591/91 (art. 17), en el auto 227 de 2006 y en la sentencia C-483 de 2008. Además, se aseguró que la entidad accionada no controvirtió la legitimidad de tales accionantes y que si alguna irregularidad sobre tal aspecto existiera no tendría la trascendencia que pregonó el juzgador.
- viii) Se advirtió que en la sentencia no se motivó el dolo y que en el proceso no se vislumbra una conducta dolosa de los acusados y menos la finalidad específica de favorecer intereses indebidos que exige la jurisprudencia desde la sentencia del 23 de octubre de 2014, rad. 39538. Y, por último, se recordó que los jueces no afectaron el patrimonio público ni impusieron sanción por desacato al fallo de tutela – principio de lesividad.

## 6. ACTUACIONES RELEVANTES DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA M.P. GUSTAVO MALO FRENTA AL RECURSO DE APELACIÓN + APUNTES DEL AUTOR + ANALISIS DE LA SENTENCIA SP978 DE 2022.

La decisión condenatoria de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia contradijo la tesis planteada por la defensa bajo las siguientes consideraciones, respectivamente y punto por punto con relación al acápite anterior:

- i) Que, no se acataba la tesis del defensor habida cuenta que la sentencia C-335 de 2008, admitió la posibilidad de cometer prevaricato por la infracción del precedente sentado por las Altas Cortes.
- ii) Que, el reclamo del defensor en torno al supuesto incumplimiento de un requisito de la inspección a través de la cual la Fiscalía obtuvo unos documentos que fueron incorporados en juicio; constituye un cuestionamiento a un acto de investigación y no a la validez y/o a la eficacia de la prueba documental, siendo ésta la única que constituye soporte de la decisión

condenatoria. Esto implica que, en estricto sentido, el recurrente no cuestionó un fundamento probatorio de la sentencia.

- iii) Que, a pesar de que taxativamente la fiscalía general de la nación no se indicó la infracción del artículo 55 de la Ley 270/96, en la acusación dijo que: “*Sobre este requisito se (sic) procedibilidad de la acción de tutela [inmediatez], ni en el fallo de primera ni en el de segunda, se hizo el más mínimo análisis*”, y que lo anterior es suficiente para descartar la incongruencia denunciada.
- iv) Que, en la perspectiva de la Sala Penal respecto a la inmediatez en los fallos de tutela los acusados no motivaron la procedencia de la misma desde el presupuesto constitucional “inmediatez”, valga la redundancia, y que esa actuación **resultaba imperativa** en el caso debido a la evidente tardanza de los ciudadanos para acudir al juez constitucional.

**APUNTES DEL AUTOR PUNTO IV.** *“La estructura de los apuntes de autor consiste en 1. Indicar lo que dentro del proceso penal se dijo a la Sala de Casación Penal en cabeza de G.M y que no se tuvo en cuenta 2. Poner de presente el defecto sustantivo, factico, desconocimiento del precedente y/o violación directa de la constitución en que se incurrió y 3. El análisis que realizó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia posterior SP978 de 2022, caso calcado.*

A saber, no es cierto que no se motivara la procedencia de la tutela, véase que el Exjuez Primero Promiscuo Municipal de Sucre - Sucre, en su sentencia de la fecha 9 de diciembre del año 2009, respecto de la procedencia de dicha acción, indicó que se daba para evitar un perjuicio irremediable:

“5.3. Procedibilidad de la acción de tutela:

*La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de nuestra Carta Política fue concebida como mecanismo de defensa y protección inmediata de los derechos fundamentales, únicamente cuando el afectado no dispone de medios de defensa judicial, salvo que, existiendo, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que el examen particular que realiza el juez de tutela verifique que la otra vía, en cuanto a su eficacia, no es la más adecuada para la protección inmediata del derecho fundamental violado o amenazado...(negrillas y subrayas fuera de texto) (pag. 8 del fallo prevaricador) - (Página 15 y s.s. del recurso de apelación punto 2.4).*

(...)

*“De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona es inminente e inevitable la destrucción de un bien jurídicamente protegido de esta manera que urge la protección impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.*

*El fundamento de la figura jurídica es la inminencia de un daño o menoscabo graves de un bien que reporta gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico y que se haría inevitable la lesión de continuar una determinada circunstancia de hecho. El fin que persigue esta figura es la protección del bien debido en justicia, el cual exige lógicamente unos mecanismos transitorios o directos, urgente e impostergables, que conlleven en algunos casos,*

*no a una situación definitiva, sino unas medidas precautelativas” (Sentencia T-225, magistrado ponente, doctor Vladimiro Naranjo meza) Página 12 de la sentencia prevaricadora.*

(...)

*De tal manera que analizada cada una de las pruebas aportadas por el señor apoderado judicial de los actores y de la entidad demandada, se concluye que el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES -PAR-, entidad accionada tiene vida jurídica hasta el 31 de diciembre de 2009, lo que sin necesidad de elaborar grades análisis y juicios jurídicos, permite concluir que en cualquier acción que se adelante contra dicha entidad a través de la jurisdicción ordinaria, no está llamada a tener éxito antes de dicha fecha y los actores quedarían sin medio de defensa judicial efectiva, negado entonces el carácter de fundamental que legal y convencionalmente tiene los ex trabajadores de TELECOM. Esa potísima razón, soportada en la sentencia T-993 de 2007, permite al juzgado argumentar que la acción de amparo constitucional es el único medio de defensa para lograr la protección efectiva de los derechos Constitucionales Fundamentales conculcados, ya que los procesos de liquidación son perentorios, factor temporal que cobra especial atención, como ocurre en este asunto, por la cercanía de su culminación.”* Página 17 de la sentencia prevaricadora.

También, se dejó sentado la posibilidad excepcional de reclamación de salarios y prestaciones sociales por vía de tutela, cuando los medios ordinarios resulten ineficaces para la protección de los derechos fundamentales afectados. Se señaló lo siguiente:

*“PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD EXCEPCIONALMENTE, PARA LA RECLAMACIÓN DE SALARIOS INSOLUTOS POR VÍA DE ACCIÓN DE TUTELA. Como se bien(sic) sosteniendo en varias sentencias de reiteración, en lo que hace a la liquidación y pago de obligaciones laborales, la tutela se toma inviable, toda vez que este tipo de controversias han de resolverse delante del estrado judicial competente. No obstante esta afirmación no es absoluta, ya que la misma doctrina constitucional ha dispuesto que ésta improcedencia general en materia laboral admite excepciones. En efecto, como los supuestos extraordinarios admitidos ya por la jurisprudencia, que según ella deben ser analizados de acuerdo con las circunstancias concretas del caso, se ha admitido su procedencia excepcional, ya que se busca evitar un perjuicio irremediable, bien que no se cuente con otros medios de defensa judicial, o porque estos resulten ineficaces para la protección de los derechos fundamentales afectados, teniendo en cuenta el apremio que demande su protección,* Página 10 - 11 del fallo del 9 de diciembre de 2009.

Además, dentro del escrito de apelación se hizo referencia las sentencias C-543 de 1992, T-246 de 2015, T-584 de 2011, T-158 de 2006, T-095 de 2006, T-172 de 2013, T-410 de 2013, T-646 de 2014, T-246 de 2015 de la Corte Constitucional, para demostrar palabras más palabras menos que existe una excepción a la regla general de la inmediatez que se configura cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos fundamentales continúa y es actual y por lo tanto es procedente.

Tampoco se tuvo en cuenta la **T-645 del año 2009** que fue citada en la sentencia SU-377 del año 2014 y por esta parte dentro del recurso de apelación –véase página 30 - 31–, que demuestra la divergencia interpretativa existente en dicho momento en las salas de revisión

de tutelas, pues se indicó que no hay un término fijo y definitivo a partir del cual pueda considerarse que una solicitud de amparo es improcedente por inmediatez, y como segundo punto también se demostró que admitieron acciones de tutelas sin hacer juicios de valoración extensivos respecto al presupuesto de inmediatez, memórese, que el hoy condenado apertura el conocimiento de la sentencia prevaricadora habida cuenta del perjuicio irremediable debido al tiempo perentorio que tenían los accionantes para lograr tutelar los derechos fundamentales que estaban siendo violentados, tesis más que plausible:

*"La situación de sujeto de especial protección de estas mujeres y padres cabeza de familia, llevó a la Corte Constitucional a determinar respecto de ellas que se debía inaplicar el requisito de inmediatez de la acción de tutela. En la mencionada sentencia se indicó*

(...)

*"100. En otros casos, en cambio, aunque eran también de tutelas dirigidas contra el PAR de TELECOM, la Corte no sostuvo que hubiera problemas de inmediatez, a pesar de que había transcurrido un término amplio antes de intentarlas. Sobre el retén social, en la sentencia T-645 de 2009, la Corte estudió de fondo, y en consecuencia no declaró improcedente por falta de inmediatez, una tutela presentada por una mujer contra el PAR, tres años después de su desvinculación, y considerando que en esta se le habían violado sus derechos"… Página 31 del recurso de apelación. Páginas 30 – 31 del recurso de apelación.*

Por otro lado, argumentó la Sala de Casación Penal: DEFECTO FACTICO, SUSTANTIVO, VIOLACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y AL PRECEDENTE.

*"Basta consultar el tenor del artículo 86 de la Constitución Política para entender, con suma facilidad, que la inminencia de un perjuicio irremediable permite excepcionar el principio de subsidiariedad de la tutela, no el de inmediatez.*

(...)

*"Además, la alegación del recurrente desconoce que en la motivación del fallo de tutela dictado por HERNANDO PUCCINI GAVIRIA, confirmado en su totalidad por el proferido por GUIMAR DEL CARMEN VIDAL ANAYA; siguiendo el derrotero anterior, el argumento de la proximidad de la extinción del PAR se utilizó para desvirtuar la eficacia de los mecanismos ordinarios de protección de derechos fundamentales. Al efecto, es contundente la cita que de esa providencia judicial trajo a colación la sentencia de primera instancia, cuyo texto completo es el siguiente:"*

*... analizadas cada una de las pruebas aportadas por el señor apoderado judicial de los actores y de la entidad demandada, se concluye que el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR, entidad accionada tiene vida jurídica hasta el 31 de enero de 2009, lo que sin necesidad de elaborar grandes análisis y juicios jurídicos, permite concluir que cualquier acción que se adelante contra dicha entidad a través de la jurisdicción ordinaria, no está llamada a tener éxito antes de dicha fecha y los actores quedarán sin medio de defensa judicial efectiva, negando entonces el carácter de fundamental que legal y convencionalmente tienen los ex trabajadores de TELECOM. Esa potísima razón, soportada en la sentencia T 993 de 2007, permite al Juzgado argumentar que la acción de amparo constitucional es el único medio de defensa para lograr la protección efectiva de los derechos Constitucionales fundamentales conculcados, ya que los procesos de liquidación son perentorios, factor temporal que cobra especial atención, como ocurre en este asunto, por la cercanía de su culminación.<sup>12</sup> (Negrillas*

*fueras del texto original páginas 22 y 23 de la sentencia de segunda instancia Sala Casación Penal)*

Ahora, si bien la Sala de Casación Penal en cabeza del Magistrado Malo en papel o en su sentir rebate los argumentos expuestos, lo cierto es que no se hizo de manera correcta teniendo en cuenta la sana critica, pues no se analizó las providencias que alegó esta parte, eso se demuestra al desconocerse por completo el precedente judicial, este falló contra todo pronóstico adujo que dentro de la sentencia del 9 de diciembre de 2009 no se justificó el presupuesto constitucional inmediatz, y que resultaba imperativo, dejando de lado todas las providencias aducidas por esta parte, véase que, si quisiera se hubiera tenido en cuenta la sentencia **T-645 de 2009**, en la que al igual que los fallos tachados de prevaricadoras se utilizó el argumento del perjuicio irremediable como figura para considerar la procedencia de la acción de tutela en forma general, al parecer todo indica que lo que castiga y reprocha tanto la primera y segunda instancia es que no exista un acápite en la sentencia denominado “inmediatz”

A modo de colofón, los magistrados concluyeron tipificado el delito prevaricato por acción por un aspecto meramente formal y no legal, restándole valor a lo sustancial, que son, la excepción a la regla general de la inmediatz y los argumentos de procedibilidad dictados en las sentencias “delictivas” que dieron cabida al estudio de la tutela y a la protección de los derechos fundamentales de madres y padres cabeza de hogar.

Resulta hasta incomprendible que a la fiscalía le bastó indicar “*Sobre este requisito se (sic) procedibilidad de la acción de tutela [inmediatz], ni en el fallo de primera ni en el de segunda, se hizo el más mínimo análisis*”, para que la Sala de Casación Penal interpretara la violación del artículo 55 de la Ley 270/96 del cual no se nos acusó, pero en cambio, aquí era imperativo dedicarle un acápite a la inmediatz so pena de prevaricar a pesar de la más que justificada procedibilidad de la acción de tutela.

Cabe decir, y como dato de color, que la anterior providencia fue ciegamente omitida por la fiscalía y la “victima” “dentro del proceso penal como lo fue el PAR, no obstante, de contar con abogados que han actuado al interior de distintos procesos de TELECOM después de haber dejado la presidencia de la Corte Constitucional, como es el caso del DR. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

#### SENTENCIA SP978 de 2022: SOBRE ESTE PUNTO EN PARTICULAR LA SENTENCIA REFERENCIADA, CASO CALCADO, INDICÓ:

*De otro parte, si bien es cierto que en la sentencia T-1062 de 2007 -puesta de [Dp2] presente por la Fiscalía- se hizo referencia a la exigencia de la inmediatz, lo cierto es que en esa oportunidad la Corte Constitucional terminó pronunciándose de fondo sobre el asunto así:*

*La sentencia SU-389 de 2005 extendió los efectos de la decisión a otros sujetos que se encontraran en la misma situación fáctica de los casos revisados en esa oportunidad, por ello, se ampararon los empleados de la empresa Telecom en liquidación, que en aplicación del límite temporal indebidamente creado en el artículo 16 del Decreto 190 de 2003 y en la Ley 812 de 2003, fueron desvinculados de esa empresa. Esta determinación era aplicable siempre y cuando los extrabajadores (i) reunieran los requisitos para permanecer en la entidad, (ii)*

*prueben haber presentado ante Telecom reclamación de su condición de padres cabeza de familia, (iii) demuestren cumplir con los requisitos para ser considerado padre cabeza de familia, (iv) a la fecha de la sentencia SU-389 de 2005[34] (13 de abril de 2005) hubieran presentado acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales y (v) que sus procesos no se hayan seleccionado para revisión en la Corte Constitucional o en todo caso hubiesen sido resueltos desfavorablemente.*

*Los tres tutelantes sostienen que son padres cabeza de familia. No obstante, en los tres casos se verifica que aunque éstos pueden ser cabezas de hogar con hijos que son menores o que siendo mayores de edad se encuentran estudiando, tienen parejas estables con quienes comparten la responsabilidad del núcleo familiar. En ninguno de los casos se acreditó que la falta de trabajo de sus compañeras permanentes se diera en razón a una discapacidad médica certificada o a que la madre tuviera que permanecer en el hogar en atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicaamente requieran la presencia de la madre. De acuerdo a lo anterior no se puede considerar que éstos reúnan los criterios establecidos por la jurisprudencia para que sean considerados padres cabeza de familia sin alternativa económica susceptibles de ser protegidos por el retén social.*

*Finalmente, la Sala también verifica que ninguno de los tutelantes cumplió con el requisito fijado en la sentencia SU-389 de 2005[35] en el sentido de haber presentado ante la entidad reclamación de su condición de padre cabeza de familia. Si bien es cierto que éstos presentaron una solicitud el 22 de agosto de 2003, dicha solicitud en ningún momento indica la inconformidad de su despido por ser padres cabeza de familia, sino, como se reseñó, en los antecedentes de esta providencia, de su inconformidad con el despido en sí mismo por considerarlo sin justa causa.*

**Adicionalmente -como lo advirtió la Corte Constitucional en la sentencia SU 337 de 2014-, en la acción de tutela promovida contra el PAR TELECOM por una extrabajadora que postuló su condición de madre cabeza de familia, el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional en sentencia T-645 DEL 17 DE SEPTIEMBRE DE 2009 revisó los fallos de tutela de las instancias y resolvió de fondo el problema plantado, sin miramiento alguno al requisito de la inmediatez, pese que la demanda fue formulada más de 3 años después de la desvinculación de la demandante. Páginas 33 y s.s.**

Resulta hasta increíble que todo esto haya sido advertido en la primera acción de tutela que se radicó la cual fue de conocimiento por parte de la Sala de Casación Civil y Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y que se dijera que era una decisión razonable, todo parece indicar que debido a que el escrito de tutela era tan extenso no se pudo hacer un juicio de valoración más acorde a los puntos criticados, de ser así, se disculpa este tutelante y por eso en esta instancia hace una versión abreviada, sin adverar, la preocupación y desconfianza a la seguridad jurídica que tanto se pregonó.

- v) Frente a la extensión del «retén social» previsto en la Ley 790/002 (art. 12) más allá de la liquidación de TELECOM, la Sala de Casación Penal manifestó que se prevaricó como quiera que los jueces ordenaron el pago de salarios y prestaciones sociales en una época posterior a la culminación del período de liquidación de TELECOM, es decir, cuando ésta se había extinguido y por ende era jurídicamente imposible asignarle nuevas obligaciones laborales.

#### APUNTES DEL AUTOR V.

En el fallo de tutela tachado de prevaricador detalló frente a la extensión del retén social en el punto 6 “caso en concreto”, las posturas ofrecidas por ambas partes, los padres y madres cabeza de hogar indicaban una extensión del retén social distinta a la del PAR, véase:

*“Sea lo primero advertir que en manera alguna los actores - como lo afirma la señora apoderada judicial de la entidad demandada pretendan mediante este trámite “un nuevo reconocimiento de Padres y Madres Cabeza de Familia, a un ente totalmente distinto a la extinta entidad conforme a lo establecido en las normas que lo regulaban, es decir Ley 790 de 2002, el Decreto Reglamentario 190 de 2003, las Sentencias de Unificación SU-388, 389 y 726 de 2005”, pues sin lugar a dudas conforme lo señalo el señor abogado que los representa, los mismos ya fueron amparados por el llamado Reten Social y lo que se entra a discutir, es precisamente el termino en que ha de finalizar dicha protección. La misma entonces tiene dos vertientes de acuerdo con las particulares interpretadores que las partes le puedan dar. Es decir, para la entidad demandada, esa protección culmina desde el momento mismo en que la EMPRESA COLOMBIANA DE TELECOMUNICACIONES -TELECOM-, es suprimida y liquidada, y otra, la posición de los actores, en cuanto a si esos beneficios se extienden hasta el día 31 de diciembre de 2009, fecha en la cual termina la función liquidadora del PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES - PAR -, a la luz del Decreto 4736 del 15 de diciembre de 2008”*  
Página 15 del fallo prevaricador.

Después de analizadas las dos propuestas de las partes dentro del trámite de tutela, aseveró este ex operador judicial:

*“De tal manera que analizadas cada una de las pruebas aportadas por el señor apoderado judicial de los actores y de la entidad demandada, se concluye que el PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES -PAR-, entidad accionada tiene vida jurídica hasta el día 31 de diciembre de 2009, lo que sin necesidad de elaborar grandes análisis y juicios jurídicos, permite concluir que cualquier acción que se adelante contra dicha entidad a través de la jurisdicción ordinaria, no está llamada a tener éxito antes de dicha fecha y los actores quedarían sin medio de defensa judicial efectiva, negando entonces el carácter de fundamental que legal y convencionalmente tienen los ex trabajadores de TELECOM. Esa potísima razón, soportada en la sentencia T-993 de 2007, permite al Juzgado argumentar que la acción de amparo constitucional es el único medio de defensa para lograr la protección efectiva de los derechos Constitucionales Fundamentales conculcados, ya que los procesos de liquidación son perentorios, factor temporal que cobra especial atención, como ocurre en este asunto, por la cercanía de su culminación.” Página 17.*

Véase que, luego de debatir los fundamentos jurídicos indicados por los tutelantes y los argumentos del PAR, este exjuez se decantó frente a la extensión del retén social por la postura de los primeros “Ley 790 de 2002, el Decreto Reglamentario 190 de 2003, las Sentencias de Unificación SU-388, 389 y 726 de 2005”.

Congruentemente, en el recurso de apelación interpuesto se dijo en las páginas 28 y s.s.:

*La decisión de los jueces no es manifiestamente contraria a la ley, por el contrario, es razonable a la luz de lo que en el año 2009 se había producido jurisprudencialmente respecto al “Retén Social” y su protección, incluso por vía de tutela, como lo señaló la sentencia de unificación vigente para la época, como fue la sentencia SU-388 DE 2005, cuyos apartes pertinentes me permito transcribir*

*"MADRE CABEZA DE FAMILIA Y PERSONAS DISCAPACITADAS-Limitación a la protección reforzada fijada en la ley 813 de 2003 declarada constitucional por la sentencia C-991 de 2004/PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LA MADRE CABEZA DE FAMILIA Y PERSONAS DISCAPACITADAS-Vulneración por establecerle límite temporal La sentencia C-991 del 12 de octubre de 2004, dictada con posterioridad a las sentencias de tutela sobre madres cabeza de familia de TELECOM, la Corte declaró Inexequible, con los efectos erga omnes que se derivan de la decisión, el literal D del artículo 8 de la Ley 812 de 2003, en lo relativo al límite temporal previsto para los beneficiarios de esa protección reforzada. En efecto, la Corte encontró que el Legislador hizo caso omiso a la prohibición de retroceso en la protección de algunos sujetos (acciones afirmativas) sin que ello se ajustara a los parámetros del juicio de razonabilidad. De esta manera el límite temporal previsto e/1e/ artículo 16 del Decreto 190 de 2003 y luego en el artículo 8 de la Ley 812 de 2003 fue retirado del ordenamiento y con ello se despejó cualquier duda al respecto. O dicho, en otros términos, la especial protección antes mencionada se entiende vigente durante todo el programa de renovación institucional, como inicialmente fue aprobado por el Congreso en la Ley 790 de 2002."*

*ACCION DE TUTELA PARA ASEGURAR MEDIDAS DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- Procedente por existir vulneración a mandatos constitucionales TELECOM-Extensión de beneficios a las madres cabeza de familia En el asunto objeto de estudio la Sala considera que la medida de protección debe hacerse extensiva a todas aquellas madres cabeza de familia que, en aplicación del límite temporal indebidamente creado (artículo 16 del Decreto 190 de 2003 y Ley 812 de 2003), fueron desvinculadas de TELECOM a partir del 1 de febrero de 2004. En efecto, a juicio de la Corte no existe ninguna justificación para no amparar a quienes presentaron la acción de tutela y sus asuntos no fueron seleccionados para revisión o en todo caso fueron decididos en forma adversa a sus pretensiones. Lo anterior siempre y cuando las ex trabajadoras (i) reunieren los requisitos para permanecer en la entidad, (ii) hayan acreditado su condición de madres cabeza de familia y Telecom hubiere reconocido dicha calidad mediante las certificaciones correspondientes, (iii) a la fecha de esta sentencia hubieran presentado acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales y, (iv) sus procesos no se hayan seleccionado para revisión en la Corte Constitucional o en todo caso hubieren sido resueltos desfavorablemente. De esta manera, aquellas madres cabeza de familia que así lo deseen, si se encuentren en las condiciones descritas, deben acudir directamente ante el Liquidador de TELECOM para solicitar su reintegro y el pago de acreencias laborales." (SENTENCIA SU-388 de 2005).*

Se finalizó indicando:

*De igual manera es razonable el proceder de los jueces de tutela al amparar de manera transitoria los derechos a los accionantes Padres y Madres Cabezas de Familia, con fundamento en lo expresado en el Decreto 4736 del 2008 que modificó el Decreto 1615 de 2003 respecto de los efectos de la terminación del proceso liquidatorio de TELECOM en Liquidación, en relación al PARAPAT y el PAR. extendiéndolo hasta el 31 de diciembre de 2009. Veamos:*

*"ARTÍCULO 1o. Modifíquese el artículo<sup>a</sup> del Decreto 1615 de 2003, adicionado y modificado por los Decretos 274 y 2526 de 2006, 280 y 2908 de 2007, y 2823 de 2008, el cual quedará así: "Artículo 46. Efectos de la terminación del proceso liquidatorio de Telecom en Liquidación, en relación con el PARAPAT y el PAR. Producido el cierre del proceso liquidatorio y la extinción de la personería jurídica de la Empresa Nacional Telecom en Liquidación, el Ministerio de Comunicaciones, ocupará la posición de fideicomitente en los contratos de fiducia mercantil*

*celebrados para constituir el PARAPAT y el PAR, y exclusivamente respecto a sus derechos. de Telecomunicaciones El Ministerio de Comunicaciones ocupará tanto la posición de fideicomitente como la función de coordinación entre el PARAPAT y el PAR para que efectivamente cumplan su finalidad, hasta el 31 de diciembre de 2009 en el caso del PAR, y en el caso del PARAPAT hasta su extinción”.*

*Con la anterior disposición normativa, y la sentencia de unificación SU-338 de 2005 vigentes en la época del fallo de tutela proferido por los jueces investigados (2009), era absolutamente razonable la decisión adoptada por los jueces de amparar los derechos de los accionantes Padres o Madres Cabeza de Familia de TELECOM. Equivocados o no, existía una razonabilidad para pensar lo que se expresó en la sentencia. Si algo distinto se dijo en la sentencia SU-377 DE 2014 no puede serles aplicable a los jueces que tomaron la determinación antes de dicha sentencia, pues es una sentencia de unificación que se profiere 5 años después de haber decidido las tutelas.*

*La condición de padres o madres cabeza de familia de los accionantes les imprimía un carácter de sujetos susceptibles de protección constitucional, por lo que los jueces ampararon sus derechos de forma transitoria, para que fueran los jueces ordinarios quien definieran a través de las acciones que los tutelantes debían instaurar dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la decisión.*

*Tal era la situación especial de estas personas, que incluso hasta el año 2014 en la sentencia SU-377 se determinó que el Gobierno Nacional había incumplido una obligación constitucional con estas personas. En efecto, la sentencia señaló;*

*“La Sala estima, empero, que en el contexto de la liquidación de TELECOM, ni las normas que regularon el proceso de liquidación de TELECOM, ni por su parte los entes que intervinieron en la ejecución del mismo, adoptaron una política de tal naturaleza, u ordenaron su adopción. Por ende, en concepto de la Corte, el Gobierno Nacional, en cabeza de las entidades que participaron de la liquidación de TELECOM, incumplió una obligación constitucional.”*

Ahora bien, ninguna autoridad judicial en Colombia ha desconocido las graves irregularidades cometidas en la liquidación de Telecom; tampoco es un secreto para nadie la grave vulneración de los derechos fundamentales a muchos de sus ex empleados, entre ellos el segmento comprendido por padres y madres cabeza de familia, los cuales perdieron la posibilidad de seguir cumpliendo con sus obligaciones, muchos de ellos hoy en día han muerto en la mendicidad después de entregarle gran parte de su fuerza laboral a la misma entidad, y otros, aun claman su derecho.

A veces, solo a veces, para lograr impartir una verdadera justicia, le corresponde al juez en especial el de tutela asumir una actitud empática con los accionantes, que le permita desde un marco constitucional ofrecer una solución acorde con la gravedad de la vulneración de los derechos conculcados, como lo son el derecho a una vivienda digna, de proveer las necesidades de salud, educación, alimento, vestido, recreación, etc. De sus hijos menores y demás personas a cargo, así como los de ellos mismos.

Sin dejar de destacar que, no se acertó del todo en la decisión de reubicar tal y como lo ordenó la Corte Constitucional en la SU-377 de 2014, lo anterior no quiere decir que el fallo

haya sido ilegal o manifiestamente contrario a la Ley, me permito nuevamente citar las palabras del Magistrado Castrillón:

*“Aquí es oportuno puntualizar que el juicio que debe hacer el juzgador en el delito de prevaricato es de legalidad y no de acierto”* Página 74 Sentencia del Tribunal Superior de Sincelejo – Sucre

Y es que, faltando a la verdad procesal a lo que respecta a la extensión del retén social, indicó la Sala de Casación Penal en su sentencia condenatoria:

*Con suma facilidad* se advierte que entre la **SU-388 de 2005** y las decisiones de tutela proferidas por los acusados existe una diferencia abismal, pues mientras aquélla protegió la estabilidad laboral reforzada de las madres cabeza de familia cuando era perfectamente viable porque TELECOM tenía existencia jurídica aunque se encontrara en trámite de liquidación, *los jueces aquí procesados ordenaron el pago de salarios y prestaciones sociales en una época posterior a la culminación del período de liquidación de la empleadora, es decir, cuando ésta se había extinguido y, por ende, era jurídicamente imposible asignarle nuevas obligaciones laborales.* Es más, olvida el recurrente que fue la misma sentencia de unificación la que advirtió con claridad que los derechos laborales de las accionantes debían garantizarse *«desde la fecha en la cual fueron desvinculadas y hasta la terminación definitiva de la existencia jurídica de la empresa», no hasta la cesación de funciones por el PAR.*

Manifestar que TELECOM se había extinguido y liquidado no concuerda con la realidad, se indica que es contrario a esta habida cuenta que el PAR sigue existiendo y la empresa estatal TELECOM no ha sido liquidada de forma definitiva, es más, el Consejo de Estado en fallo del 22 de marzo de 2012, declaró la nulidad parcial de la liquidación definitiva por cuanto la FIDUPREVISORA S.A nombrada como liquidadora no cumplió con los parámetros del decreto 254 del 2000, y por lo tanto la existencia del PAR se ha ido renovando año tras año tal y como se prueba en el decreto 1179 de 2021, como si fuera poco, los contratos de arrendamiento en comodato a las trasnacionales que utilizan la infraestructura de Telecom siguen vigentes, y de ahí el mismo decreto 4781 determinó que con esos pagos el PAR cancelaría las acreencias laborales, y para colmo, en auto 664 de 2017 la Corte Constitucional ordenó al PAR TELECOM la compensación, es decir, la cancelación de los salarios, prestaciones sociales y parafiscales a favor de los ex trabajadores desde el momento en que fueron despedidos de TELECOM de forma injusta hasta la data de pago, se itera:

*“Como solución a la situación descrita, señala que lo procedente es que el Estado indemnice el daño antijurídico causado a sus representados, mediante una compensación que debería equivaler (i) al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales de orden legal y convencional dejados de percibir desde el momento en que fueron despedidos de TELECOM y hasta la fecha en que el pago se realice, (ii) a la cancelación a las entidades de seguridad social, de las sumas necesarias para ponerlos al día en el cumplimiento de los requisitos que demanda la obtención de su pensión de vejez y (iii) al pago de los perjuicios morales sufridos, a la suma máxima que la ley autoriza para reparar este tipo de daño.”*

Por estas razones, como bien se advirtió dentro de todo el proceso penal y tutelar, la fecha definitiva para extender el retén social no era diáfano para el año 2009, en tal contexto, había diversas interpretaciones y el deber del juez es analizarlas, decantarse por una y resolver en derecho sobre pretensiones dadas por ambas partes tal y como aconteció, hoy en día hay un

derrotado demarcado y claro, es más, logra entender el suscrito que el retén social sigue vigente a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado y Corte Constitucional.

Lo que significa entonces, que no es cierto que ese solo hecho configura el delito de prevaricato por acción, nuevamente se indica que no era una discusión pacífica de conformidad con la Su-388 de 2005, y que en el prevaricato es imperativa una contrariedad de bulto ante la Ley.

Ahora bien, y aunque se pasó por alto dentro del proceso penal que se adelantó contra el suscrito ya que no fue notorio, en la SP978 de 2022 realizan una apreciación contundente que deja entrever la indebida interpretación y lo que este accionante acostumbra llamar acomode jurisprudencial por parte de **GUSTAVO MALO**, LA INEXISTENCIA DEL PAR PARA LA FECHA DE PROMULGACIÓN DE LA SU-388 DE 2005 Y LAS DIVERSAS INTERPRETACIONES A PARTIR DE ESTE HECHO, SOBRE ESTE PUNTO DIJO LA SALA DE CASACIÓN PENAL EN CABEZA DE CUÉLLAR:

*Examinado el fallo de tutela proferido por la juez PADILLA HERRERA, se observa que ésta resolvió amparar derechos fundamentales y ordenar el pago de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de desvinculación de los trabajadores, madres y padres cabezas de familia, hasta que “efectivamente desaparezca” el Patrimonio Autónomo de Remanentes de TELECOM.*

*El fallo se sustenta en la sentencia **SU-388 de 2005**, la cual, señaló en la parte considerativa, lo siguiente:*

*(i) “[E]n la sentencia C-991 del 12 de octubre de 2004 (...) la Corte declaró inexistente (...) el literal D del artículo 8 de la Ley 812 de 2003, en lo relativo al límite temporal previsto para los beneficiarios” de la estabilidad laboral reforzada.*

*(ii) El Estado está en el deber de llevar a cabo acciones afirmativas a favor de las madres y padres cabeza de familia como la establecida por el Legislador (en artículo 44 de la Ley 909 de 2004) en el sentido de incorporar al “trabajador” en otras instituciones del Estado cuando desaparece su cargo, si fuere posible.*

*(iii) “No es equivocado predicar una estabilidad laboral reforzada para los sujetos de especial protección”.*

*(iv) El Estado tiene la obligación de adoptar medidas destinadas a proteger de manera especial a los trabajadores que por sus condiciones de debilidad manifiesta o discriminación histórica así lo demandan, entre los cuales sobresalen las madres cabezas de familia, velando en*

*De los anteriores presupuestos y lo resuelto por la juez PADILLA HERRERA, se advierte que la misma entendió que la protección debía extenderse lo máximo posible, esto es, hasta la extinción del PAR TELECOM.*

*De esa manera la funcionaria incurrió en un error de selección normativa por falta de aplicación de lo dispuesto en la jurisprudencia referida por el Fiscal en el sentido de que la protección tenía lugar “hasta la terminación definitiva de la existencia jurídica de la empresa”.*

*Este defecto hizo que el alcance temporal del amparo decretado en el fallo fuera ilegal, al punto que su superior funcional, el juez OJEDA MONTIEL, lo corrigió en segunda instancia al resolver la impugnación.*

*Sin embargo, esa realidad de la actuación no hace que el fallo proferido por PADILLA HERRERA sea “manifiestamente ilegal” -arbitrario, antojadizo o caprichosa-, sino equivocado por las razones que se pasan a ver:*

- i. *No carece de razonabilidad lo decidido por la jueza PADILLA a la luz del presupuesto normativo escogido en el sentido de que la protección debía extenderse todo lo posible;*
- ii. *Adicionalmente, lo determinado por la acusada tuvo lugar para cuando ya era realidad el Patrimonio Autónomo de Remanentes de TELECOM, el cual no existía para el 13 de abril de 2005 y 8 de julio ídem, fechas cuando fueron proferidas las sentencias de unificación referidas por el fiscal -SU 388, SU 389 y T 726-, y por lo cual, en estas providencias la Corte Constitucional no afrontó el problema de si el PAR debía o no continuar con la protección de los derechos de las madres y padres cabeza de familia; mientras que la acusada si se vio avocada a resolver esa cuestión, y;*
- iii. *El defecto que se le endilga no se advierte tener origen diferente al de la falibilidad propia o connatural del ser humano.*

Valga decir que, si bien el suscripto no cayó en cuenta en la no existencia del PAR TELECOM para esa data, no es menos cierto que el falló que se profirió se realizó con base en una interpretación razonable de la Sentencia SU-388 de 2005, se itera, que el prevaricato no se trata de acertar, sino de contrariar manifiestamente a la Ley.

- vi) Que, con relación a la competencia en tratándose de solicitudes de amparo que tienen su génesis en hechos u omisiones derivados de una relación laboral, como fue el caso que conocieron los jueces acusados, puede entenderse razonablemente que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales ocurrió en el sitio donde prestaron sus servicios los extrabajadores; pero, al tiempo, que los efectos de esa situación antijurídica pudieron producirse, también, en el lugar en que aquéllos residen. En tales circunstancias, el juez competente será el del territorio que, entre los referidos, seleccionen los demandantes.
- vii) Comunicó que, el referente legal y jurisprudencial que trae a colación el defensor no desvirtúa el fundamento de la condena que se pretende cuestionar. En efecto, el Tribunal recalcó la abierta violación por parte de los funcionarios judiciales procesados del artículo 10 del precitado Decreto 2591, por cuanto admitieron y concedieron la tutela solicitada en el caso de 6 personas que manifestaron actuar como agentes oficiosos de otras sin informar, y menos demostrar, las circunstancias físicas o mentales que impedían a estas últimas promover la acción por sí mismas. Dicha norma, efectivamente, condiciona la agencia de derechos ajenos a que «*el titular de estos no está en condiciones de promover su propia defensa*», circunstancia ésta que «*deberá manifestarse en la solicitud*».

#### APUNTES DEL AUTOR PUNTO VII.

Pues bien, en este punto se dejó presente que dentro del proceso penal que el PAR TELECOM dentro del trámite de tutela no objetó la legitimidad de tales accionantes y que si alguna irregularidad sobre tal aspecto existiera no tendría la trascendencia que pregonó el juzgador ya que habría operado un saneamiento.

También, se indicó bajo las providencias judiciales auto 227 de 2006 y C-483 de 2008, era razonable la decisión tomada por el suscripto habida cuenta que no era procedente el rechazo, en específico se manifestó que haciendo un juicio de valor de la conducta la decisión era ajustada al derecho.

Por otro lado, y recalca la parte, que muy a pesar de que dentro del proceso penal se puso de presente la sentencia Su-377 de 2014, el perjuicio irremediable y que el factor temporal

hacia inane otros medios de defensa judicial, no bastó, no fue suficiente para convencer al magistrado, más grave aún es que no se tuvo en cuenta la calidad de madres y padres cabeza de familia reconocidas por TELECOM en su contestación de tutela, situación que se puso de presente durante todo el proceso, que no fue objeto de discusión y que se remarcó en el recurso de apelación - página 26 de la apelación y páginas 1 – 4 de la demanda de tutela, demuestra que actuaban coetáneamente en representación de sus hijos:

*El retén social es una figura que aparece regulada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, en los siguientes términos:*

*Artículo 12. Reglamentado por el art. 12. Decreto Nacional 190 de 2003 Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-044 de 2004, en el entendido de que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen."*

*Los tutelantes instauraron la acción de tutela manifestando estar cobijados por el "reten social", por ser padres o madres cabeza de familia. Condición que fue admitida en forma expresa por la accionada PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES - PAR quien, en varios apartes de su respuesta a la tutela, así lo señala.*

*(...)*

*"LOS ACCIONANTES ESTUVIERON INCLUIDOS EN EL RETEN SOCIAL EN CALIDAD DE PADRES CABEZAS DE FAMILIA HASTA LA EXISTENCIA JURÍDICA DE LA ENTIDAD PARA LA CUAL PRESTARON SU SERVICIO Y JAMAS HAN TENIDO NI TINEN VINCULO LABORAL CON ESTE PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES -PAR- NO PROcede REINTEGRo"...* (*mayúsculas originales del texto*) (Pag. 7 de/ escrito de contestación de tutela del PAR)

Recuérdese que, se condenó en primera instancia por que se encontró que al interior del proceso tutelar que dio origen a la sentencia del 9 de diciembre de 2009, se encontraron 6 personas que actuaron como agentes oficiosos, pues bien, en este punto es menester preguntarse quienes eran las 6 personas y a quien querían defender, plasmó el Tribunal de Sincelejo en su sentencia condenatoria de primera instancia:

*Revisada la demanda de tutela con radicado 2009-00079-00, tramitada en el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sucre (Sucre), se verifica de su simple lectura, que el señor WILSON GORDON GAMERO, dijo que actuaba por intermedio de su agente oficioso JOSÉ MARÍA ARIZA SALCEDO, quien a su vez actúa en nombre y representación de sus hijos Andrés Felipe y Juan Camilo Cordon Ariza; WILSON CUTIÉRREZ CARDONA, manifestó que actuaba por intermedio de su agente oficioso MÓNICA MARÍA ARANGO GÓMEZ, quien a su vez actúa en nombre y representación de sus hijas Isabel Cristina y Kenny Johana Gutiérrez Arango; FRANCISCO ALBERTO CUADRADO D MOYA, quien actúa por intermedio de su agente oficioso MÓNICA REGINA PÉREZ CABALLERO, quien a su vez actúa en nombre y representación de su hija Mónica*

*Selena Cuadrado Pérez; EDUARDO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, expresó que actuaba por intermedio de su agente oficioso MARÍA PIEDAD DEL PILAR BOHÓRQUEZ CASTRO; FEDERICO RAYMUNDO LARA GARCÍA, quien actúa por intermedio de su agente oficioso BERNARDA DEL SOCORRO MERCADO DÍAZ; quien a la vez actúa en nombre y representación de sus hijos FEDERICO DE JESTJS y ANGELA PAOLA LARA MERCADO: y FAVIO GUIZA SAAVEDRA, expresó obrar por intermedio de su agente oficioso LUZ DARY RAMOS.*

Luego entonces, no había discusión que los agentes oficiosos en su mayoría actuaban para defender los derechos de niños y adolescentes, 2 de ellos, por error humano del accionante y debido al voluminoso y complejo expediente no se tuvieron en cuenta, pero, todo parece indicar que ese error fue suficiente para estructurar el delito de prevaricato por acción.

Lo que critica esta parte es que, para la Sala de Casación Penal abanderada por Gustavo Malo, al hacer el juicio de interpretación de la agencia oficiosa, se olvidó por completo de este aspecto, ya que ni siquiera fue objeto de apreciación, debate o argumentación alguna, es más, adujo lo siguiente:

*“De entrada, debe advertirse que la veracidad de la condición de padres o madres cabeza de familia de los accionantes no fue tenida como motivo de ilegalidad de los fallos de tutela tachados de prevaricadores” ... Página 24 Sentencia SP12323.*

Para después, condenar a este tutelante:

*Entonces, se equivoca el recurrente cuando pretende oponer a la conclusión de infracción ostensible del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, un precepto de este mismo estatuto (art. 17) -y la interpretación que del mismo realizó la jurisprudencia de tutela- que regula un supuesto de hecho distinto: aquél consagra las condiciones para ejercer una agencia oficiosa en el trámite constitucional, mientras que éste dispone el efecto jurídico de la falta de corrección de una solicitud de tutela con fundamentos indeterminados. Ahora, si bien el Tribunal afirmó que los acusados debieron rechazar de plano la acción por el ejercicio ilegal de las agencias oficiales, ello lo hizo con base en el pronunciamiento que se acaba de trascibir (T-950/08); además, aun cuando fuese discutible la consecuencia sancionatoria que correspondía imponer, ello nada desvirtúa sobre la ilegalidad consistente no solo en admitir sino en tutelares derechos agenciados por personas que carecían de legitimidad.*

*Al respecto, no sobra recordar que la Corte Constitucional ya desde la sentencia T-240 de 1995 había sostenido que un apoderado carecía parcialmente de legitimación en la causa, pues el poder que tenía se lo había otorgado una persona a nombre de otras sin tener las condiciones para hacerlo conforme a Derecho. Además, en la sentencia T-207 de 1997 decidió que una persona que decía interponer tutela en calidad de agente oficioso de otro, carecía de legitimación en la causa por activa pues no había demostrado que el agenciado estuviese imposibilitado para promover por sí mismo la defensa de sus derechos. Tales posiciones fueron reiteradas en la SU-377 de 2014...” Página 38 de la sentencia SP12323-2017*

Es menester indicar que la condición de madres y padres cabeza de hogar estaba más que probada dentro del proceso penal, por lo que esto se torna sorpresivo, por estas razones dentro del escrito genitor de la acción de tutela radicado N°79319, la cual fue de conocimiento por la Sala de Casación Civil y Laboral, cuerpos colegiados que indicaron un

fallo correcto y acorde a derecho por parte del magistrado Malo, se dijo sobre este punto en particular:

*"Sin embargo, es la misma Corte Constitucional la que reconoce que pueden existir excepciones a la aplicación rigurosa de dichos elementos. A saber, en la sentencia T-541A del año 2014, la máxima autoridad en materia constitucional, resalto que:*

*"La Corte ha precisado que para agenciar derechos de menores de edad no se aplica el rigorismo procesal consistente en imponer al agente oficioso el deber de manifestar que el afectado en su derecho fundamental no se encuentra en condiciones de promover su propia defensa, por cuanto ello es obvio tratándose de los niños. Por consiguiente, en torno a la protección de sus derechos fundamentales, el artículo 44 de la Carta consagra objetivamente la necesidad de defensa, sin que interese realmente una especial calificación del sujeto que la promueve."*

*Se puede concluir entonces, que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando se agencian derechos de menores de edad, el juez de tutela no debe exigir a quien actúa como agente oficioso, la carga de manifestar las condiciones que impedían al afectado a defender sus derechos por sí mismo...* Página 70 del escrito acción de tutela "lista".

(...)

*"Lo primero debe ser indicar que la acción de tutela que dio origen a la condena impuesta contra los suscritos, era contenta de más de 1200 páginas, entre las que se encontraba la demanda, poderes y sus sustituciones, las copias de los documentos de identidad de los accionantes y sus hijos menores, copias de actos administrativos de supresión de cargos y ordenes de reintegro, certificaciones en las que constaban las deudas adquirida por los accionantes para cubrir sus necesidades básicas, declaraciones extra procesos que daban fe de que el único ingreso de los accionantes lo constituía su salario como funcionario de la extinta Telecom, Historias Clínicas y certificados médicos de los que se desprendía el mal estado de salud de algunos de los menores, y así mismo, las constancia de estudio de los hijos mayores que se encontraban cursando estudios técnicos o superiores, de lo que se extrae sin mayores elucubraciones, la compleja tarea que debía realizar el juez de tutela en el perentorio termino de 10 y 20 días, en primera y segunda instancia, respectivamente. Por otro lado, tal y como es reconocido por la Sala Penal del Tribunal de Sincelejo en su sentencia de fecha 13 de octubre de 2016, de los 6 accionantes que actuaron a través de agente oficioso, de los cuales 4 también actuaban en nombre de sus hijos menores, por lo tanto, respecto de los mismos, al estar en juego el derecho de menores, valga la redundancia, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no era exigible que se indicara la razón por la que estos no actuaban directamente..."*

Para no extender este punto, se puede leer la página 72 y s.s. de la acción de tutela "lista" N°79319, en dichas hojas se dio a entender que se trataba de un fallo que puede cometer cualquier ser humano, y que los jueces no somos computadoras infalibles. Causa extrañeza que en la resolutiva de la acción de tutela por parte de la Sala de Casación Civil y Laboral no se rebaten los argumentos expuestos por esta parte, es más, se trata de una copia y pega de la sentencia proferida por el honorable Dr. Malo y aducir un razonamiento lógico y acorde a derecho con base en ello.

¿QUE SE DIJO EN LA SENTENCIA SP978-2022 RADICACIÓN N°58393?, CASO CALCADO A ESTE, VÉASE PÁGINA 26 Y S.S. DE LA SENTENCIA:

*“En este orden de ideas, cabe destacar que los fallos preferidos por los acusados en punto de la legitimación procesal por activa de algunos de los entonces accionantes, no se advierten irrazonables, no sólo por la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños establecida en el inciso final del artículo 44 de la Constitución Política, sino porque la Ley 1098 de 2006 al respecto precisó que...”*

*(i) En todo acto, decisión o medida administrativa, “judicial” o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, “prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona” (artículo 9); (ii) En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales o administrativas se aplicará la norma “más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente” (*ídem*); (iii) El interés superior de los menores “obliga a todas las personas” a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos (artículo 8); (iv) Dicha garantía y protección será obligación no sólo de la familia, también de “la sociedad y el Estado” (Artículo 2), y; (v) Salvo la existencia especial de normas procesales sobre legitimación “en la causa” – no procesal- para promover acciones judiciales o actuaciones administrativas a favor de menores de edad, “cualquier persona puede exigir de la autoridad competente el cumplimiento y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes”.*

De ahí que, es clara la indebida interpretación probatoria, violación del precedente y defecto factico y sustantivo en que incurrió la Sala de Casación Penal que, se olvidó por completo de este aspecto, y como se vio, fue puesto en conocimiento desde el inicio del proceso hasta su final, nuevamente, se demostró que no se tuvieron en cuenta los argumentos de la defensa ni en instancia tutelar.

- viii) En cuanto al dolo, manifestó el *ad quem* que la sentencia de primera instancia da cuenta de una serie de hechos demostrados a partir de los cuales se infiere, más allá de toda duda, que HERNANDO PUCCINI GAVIRIA y GUIOMAR DEL CARMEN VIDAL ANAYA conocían las razones de manifiesta ilegalidad de la orden de tutela que profirieron en favor de un grupo de extrabajadores de TELECOM y, no obstante, quisieron obrar en este sentido. Finaliza diciendo que los temas que debían resolver en el trámite de la acción constitucional no revestían complejidad en cuanto a las normas legales que resultaban aplicables y a la interpretación que de las mismas ha realizado la jurisprudencia de tutela, siendo éste un hecho indicativo más de una conducta prevaricadora dolosa.

#### APUNTES DEL AUTOR.

A ver... que se puede decir en este punto que no se haya dicho... “respiró el autor”. Su señoría, no hay argumentos más elocuentes que los ya manifestados en la apelación, pero sobre todo en acción de tutela radicada anteriormente, con todo el respeto, y aunque se alargue esta suplica, me permito citar:

*“Para configurar el dolo descontextualizan la búsqueda de la verdad en el proceso penal por el cual se nos condena, nuestra conducta no fue otra que dar aplicación hermenéutica del bloque de constitucionalidad en el fallo de tutela soportado en el artículo cuarto (4) de la Constitución Política de Colombia, en el cual se establece, que la Constitución es norma de normas y además cuando se presente antinomia entre la constitución y la ley prevalecerá lo expresado en la*

constitución, es decir que la Carta magna plantea un mecanismo interpretativo de la ley, entendiendo la norma como una construcción lógica dentro de un sistema interpretativo de fuentes respetando los contenidos específicos del principio de proporcionalidad: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Falible resulta el querer tipificar como prevaricador los fallos de tutela que materializan los derechos humanos sacramentados en el artículo 25 de la Carta de los Derechos Humanos introducidos en nuestra constitución nacional a través de los artículos 53, 93 y 214 sin contar con la remisión indeterminada estipulada en el artículo 94 de la carta magna, Como bien nos enseña la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla en su módulo REFLEXIONES SOBRE EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL LOS GRANDES DESAFIOS DEL JUEZ PENAL COLOMBIANO del año 2004.

Sorprendente resulta que tanto la Fiscalía como la Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo con un apriorismo dogmático para configurar el dolo, revisten de una importancia superlativa normas de carácter formal que tendrían que ceder ante normas de rango Constitucional en una interpretación Pro Homine de la ley como bien se nos enseñó en las capacitaciones del módulo LOS NUEVOS FUNDAMENTOS DE LAS PRUEBAS PENALES: UNA REFLEXION DESDE LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL COLOMBIANO por la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" en el año 2006 y 2008 en su página 69 dice: " A. EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL COLOMBIANO. Durante mucho tiempo se consideró que la legitimidad del proceso penal estaba determinada solo por el cumplimiento de las formalidades establecidas en la ley. Esta forma de ver las cosas encontraba su razón de ser en la estructura y el dinamismo propios del estado legal de derecho como forma de organización política y en el formalismo jurídico como alternativa hermenéutica. No obstante, esa visión del proceso penal cambio de manera sustancial con el moderno constitucionalismo, pues por virtud de este la legitimidad de las instituciones ya no se determina solo a partir del cumplimiento de rigor formal fijado por la ley, sino por el respeto y las Cartas Políticas con miras a la realización del hombre en un marco democrático pluralista, manteniendo la estructura del accionar doloso que pre establece que los punibles hay que probar el dolo, incluso aquel accionar doloso eventual, que en el presente ha estado ausente, y reitero jamás hubo intención de causar daño, por el contrario se trató en todo momento de hacer una exposición licita constitucionalmente que avanzó en los aspectos racionales que no tuvo en cuenta la decisión proferida en la Sala de Casación Penal.

De este modo, la legitimidad del proceso penal ya no se infiere a partir del solo tenor literal de la ley, sino también, a partir del cumplimiento de la teleología que para él se infiere de los Textos Superiores". Entonces:

¿Cuál fue el daño antijurídico efectuado?

¿Cuál fue el Dolo?

La lesividad de nuestra conducta no fue otra que la de proteger a las madres y padres cabeza de familia lesionados en su dignidad con la operación financiera de la internacionalización del capital nacional que se efectuó con la venta de TELECOM, ella afectó la infraestructura del sistema, colocando en líneas de pobreza a familias de especial protección constitucional y marginándolas del sistema a personas incluidas ya en él.

Recordemos que el actuar doloso en el prevaricato por acción, requiere por parte del servidor público el entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la resolución proferida, además, se

*necesita el conocimiento de que con dicha providencia se trasgredे el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del conflicto que tiene a conocimiento.*

*En el presente caso ¿cuál fue el capricho o interés personal? Si no es otro, que el entender que la función del Juez Constitucional va más allá de la de ser un mero arbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material y, sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales protegidos por la constitución. Nótese, además, que en ningún momento se discutió la calidad de padres y madres cabeza de familia de los 78 accionantes.*

*¿Cuál fue la manifiesta ilegalidad de nuestros fallos proferidos en nuestra calidad de jueces constitucionales? Si analizamos el sistema penal colombiano desde un enfoque procesal constitucional orientado por el sistema de fuentes, se concluye que la ley fundamental resulta determinante de su estructura; el acto legislativo 03 del 2002 produjo cambios en la parte orgánica de ciertos artículos mas no en la dogmática y, por tanto, se hace necesario interpretar las modificaciones introducidas teniendo en cuenta el principio de la unidad constitucional, principio que me obligaba a adoptar una decisión justa que contempla la integridad de la problemática planteada y diera solución adecuado con miras a proteger efectivamente los derechos afectados. Las formalidades en fallos de tutela no pueden convertirse en formulas sacramentales y rigurosas que sacrifiquen el gozo efectivo de los derechos fundamentales y la búsqueda del bien común.*

*Entonces, cuál fue el daño antijurídico para estructurar el delito en nuestros fallos objeto de nuestras condenas por prevaricadoras por el cual se nos condenó, y se nos privó de la libertad cuando dichas decisiones coinciden axiológicamente al conjugarlas con la S.U-377 del 2014. Cuando en su página 48 establece que el retén social trasciende la extinción definitiva del ente*

*Ahora bien, cuando se imputa el delito de prevaricato a un servidor judicial porque se cuestiona la interpretación que da a una norma, la jurisprudencia ha precisado que dicha conducta prohibida se realiza, desde su aspecto objetivo, cuando se presenta un ostensible distanciamiento entre la decisión adoptada por el servidor público y las normas de derecho llamadas a gobernar la solución del asunto sometido a su conocimiento, así lo afirmó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia.*

*También, señaló dicha Sala, al incluir el legislador en la descripción del tipo penal un elemento normativo que califica la conducta (dolo) el juicio de tipicidad no se limita a la simple constatación objetiva entre lo que la ley manda o prohíbe y lo que con base en ella se decidió, sino que involucra una labor más compleja, en tanto supone efectuar un juicio de valor a partir del cual ha de establecerse si la ilegalidad denunciada resiste el calificativo de ostensible, por lo cual quedan excluidas de esta tipicidad aquellas decisiones que puedan ofrecerse discutibles en sus fundamentos pero en todo caso razonadas, como también las que por versar sobre preceptos legales complejos, oscuros o ambiguos admiten diversas posibilidades interpretativas.*

*Por otra parte, el juez, al hacer el examen del aspecto subjetivo de la conducta prevaricadora, debe observar que su concurrencia puede inferirse a partir de la mayor o menor dificultad interpretativa de la ley inaplicada o tergiversada, así como de la mayor o menor divergencia de criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre su sentido o alcance, elementos de juicio que no obstante su importancia no son los únicos que han de auscultarse, imponiéndose avanzar en cada caso hacia la reconstrucción del derecho verdaderamente conocido y aplicado por el servidor judicial en su desempeño como tal, así como en el contexto en que la decisión se*

*produce, mediante una evaluación ex ante de su conducta... Página 76 y s.s. de la acción de tutela “lista”.*

En esta instancia, es menester preguntarnos ¿dónde quedó el principio de la buena fe que reviste al administrador de justicia en el ejercicio de sus funciones y la presunción de inocencia... y es que, no se demostró al interior del proceso penal el actuar claro de una acción dolosa de los acusados encaminada específicamente a favorecer intereses indebidos o corrupción que exige la jurisprudencia desde la sentencia del 23 de octubre de 2014, rad. 39538.

## 7. DE LA ACCIÓN DE TUTELA RADICADA N°79.319 Y LA PROCEDIBILIDAD DE LA PRESENTE.

En esta instancia se puso en conocimiento a la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** en un escrito de 104 páginas todos y cada uno de los argumentos expuesto y abreviados en esta nueva acción de tutela, se puntualizó lo siguiente:

- i. Del principio de inmediatez en materia de acciones de tutela/jurisprudencia de la Corte Constitucional/excepciones.
- ii. De la vigencia de los derechos laborales de los ex trabajadores de la extinta Telecom/Reten Social.
- iii. De las normas que regulan la competencia en materia de acciones de tutela y el Decreto 1382 de 2000.
- iv. De la legitimación por activa y la agencia oficiosa en la acción de tutela.
- v. Del dolo/prevaricato por acción/requisitos para la configuración del delito de prevaricato por acción.
- vi. Del cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales (Sentencias C-590 de 2005 y SU-195 de 2012), evolución jurisprudencial/Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes

Lo anterior fue objeto de conocimiento por parte de la Sala de Casación Civil y Laboral de la Corte Suprema de Justicia en primera y segunda instancia respectivamente, las cuales, negaron el derecho e indicaron que se trataba de un fallo **lógico y acorde**, con todo el respeto del mundo, se atreve este tutelante a indicar que no hicieron un estudio profundo y detallado de todos y cada uno de los aspectos puestos en conocimiento, es más, ni los rebaten simplemente se limitan a copiar y pegar la sentencia emanada por la Sala de Casación Penal izada por el honorable Dr. Gustavo Malo.

Aquí, es válido mencionar que se puede pensar que se está en frente de una acción de tutela vs acción de tutela para negar la procedibilidad de esta, se hace un paréntesis al respecto para indicar que la Corte Constitucional en la sentencia SU – 627 de 2015, decantó que la procedibilidad de esta se da:

*Unificación jurisprudencial respecto de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias de tutela y contra actuaciones de los jueces de tutela anteriores o posteriores a la sentencia.*

*Para establecer la procedencia de la acción de tutela, cuando se trata de un proceso de tutela, se debe comenzar por distinguir si ésta se dirige contra la sentencia proferida dentro de él o*

contra una actuación previa o posterior a ella. –SE DIRIGE CONTRA LA SENTENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL.

Si la acción de tutela se dirige contra la sentencia de tutela, la regla es la de que no procede. NO ES EL CASO.

Esta regla no admite ninguna excepción cuando la sentencia ha sido proferida por la Corte Constitucional, sea por su Sala Plena o sea por sus Salas de Revisión de Tutela. En este evento solo procede el incidente de nulidad de dichas sentencias, que debe promoverse ante la Corte Constitucional

Si la sentencia de tutela ha sido proferida por otro juez o tribunal de la República, la acción de tutela puede proceder de manera excepcional, cuando exista fraude y por tanto, se esté ante el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, siempre y cuando, además de cumplir con los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, (i) la acción de tutela presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada; (ii) se demuestre de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en la sentencia de tutela fue producto de una situación de fraude (*Fraus omnia corruptit*); y (iii) no exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación.

Pues bien, como primer punto se indica que lo que se ataca primordialmente son las sentencias emanadas por la Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo Sucre y en esencia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Magistrado Ponente Gustavo Malo, pero, si en gracia de discusión se dijera que se atacan las providencias de tutela, se pone de presente que en estas no hubo un estudio sereno y concreto punto por punto dentro del trámite tutelar 79.319.

Que, con respecto a la primera condición, desde el inicio de esta acción se indicó que habían hechos nuevos jurídicamente relevantes y por lo tanto, la solicitud de amparo no comparte identidad procesal.

Que, con relación al segundo ítem, relacionado a demostrar la situación de fraude o “*Omnia corruptit*”, frente a este término jurídico ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia T-373 de 2014:

*La Sala considera imperativo que la situación de fraude alegada tenga soporte argumentativo en hechos objetivos, como la sentencia penal ejecutoriada contra el funcionario judicial que profirió la decisión objeto de controversia o en contra de personas condenadas por situaciones fraudulentas que dieron origen a la primera acción de tutela. De la misma manera, podrá presentarse la sanción ejecutoriada por parte de los organismos encargados de ejercer función disciplinaria para cada caso concreto y en contra de los implicados en la expedición de la sentencia espuria al derecho...*

Al respecto, el viernes 13 de agosto de 2021, el exmagistrado Gustavo Malo Fernández fue condenado a 116 meses de prisión por los delitos de concierto para delinquir, cohecho propio y prevaricato por omisión. Cuando se radicó la primera acción de tutela esta situación era inexistente y quizás ese fue uno de los motivos por los que no se realizó un estudio con la rigurosidad necesaria, si bien no se hace parte del escándalo mediático nacional sobre adverar que eso solo era la punta del iceberg, y considera el suscripto, que los requisitos

generales y especiales de procedibilidad, el defecto factico, sustantivo, la violación de constitución y del precedente quedó plenamente demostrado en los subtítulos anteriores, respecto a la no existencia de otro medio judicial, se itera, se agotaron todos y cada uno de los recursos ordinarios.

Se afirma que por estos hechos se denunció al Magistrado Leandro y Gustavo Malo, investigación que tuvo el SPOA 70001600103520192015, sin embargo, esta fue archivada tal y como consta en el “*formato de orden de archivo*”, los motivos del archivo fueron palabras mas palabras menos que para el fiscal se trató de un fallo acorde a derecho, es más, indica que como quiera que la Sala Penal de la Corte confirmó la decisión no era viable la tipificación del delito prevaricato por acción, hoy por hoy esta decantado que el confirmar, negar o modificar una decisión no configura el tipo penal y lo que debe observarse es la contrariedad manifiesta contra la Ley, se dijo por parte de la fiscalía como argumento de cierre:

*“Y no hubo lugar a declaratoria de nulidades que pudieran afectar las diferentes fases del juicio porque no se advirtieron tampoco por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que, en sede de segunda instancia conoció del recurso de apelación de la sentencia condenatoria y, la confirmó por hallar que se ajustó a la realidad fáctica y jurídica que revestía el proceso, al punto que resalto de la misma...”*

Se itera, que uno de los potísimos motivos de archivo fue que la Corte Suprema de Justicia Sala Penal precedida por Malo haya confirmado la decisión condenatoria, sin embargo, este exjuez procederá nuevamente a confiar en el ente investigativo y radicará las acciones correspondientes bajo los nuevos hechos referenciados.

Para finalizar, en la Sentencia SP-978 de 2022, Magistrada Ponente Patricia Salazar Cuéllar, proceso penal en el cual concuerda los hechos facticos, jurídicos y jurisprudenciales hubo un fallo diametralmente opuesto, esto, con ocasión a que, si se tuvieron en cuenta los argumentos, providencias y leyes esbozadas por ambas partes, situación anómala que se advirtió desde ad initio en la apelación y la acción de tutela radicada n°79.319, me permito citar:

*“HECHO 19: Posteriormente, en sentencia de fecha 13 de octubre de 2016, la Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo decide dejar de lado todas y cada una de las providencias que nos favorecían, y en su lugar, decide aplicarnos todas las que nos desfavorecían señalando que fueron citadas por la parte accionada dentro de la acción de tutela inicial, y por la fiscalía en su escrito de acusación, condenándonos a la pena principal de 48 meses de prisión, multa de 66.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 80 meses, decisión que fue apelada y posteriormente confirmada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, magistrado ponente Gustavo Enrique Malo Fernández el día 16 de agosto del año 2017” - Página 8 de la acción de tutela “lista”.*

## PRUEBAS Y ANEXOS.

Como quiera que sobrevienen nuevos hechos o más específicamente nuevas sentencias que por igualdad podrían avalar mi conducta inicial, la cual fue negada en todas las salas de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, me es dable en esta oportunidad adjuntar pruebas

sobrevinientes las cuales anexo para su estudio y accionar comparativo dado que no se justifica el daño causado a un administrador de justicia que siempre quiso acertar dentro del conglomerado social que pide justicia, frente a un acto desproporcionado por llamarlo menos de un estado que no tuvo en cuenta a una empresa estatal que si bien es cierto no le generaba muchas ganancias siempre estuvo advertida de generar un mayor progreso a la nación como tal, véase por ejemplo cuando configuro, estructuro y puso en práctica una escuela de técnicos denominada ITEC, quienes una vez terminaban sus estudios llegaban a prestarle sus servicios a TELECOM, estos hechos fueron las razones propias para que agentes privados internacionales se interesaran en la compra de la misma, que dicho sea de paso, se vendió por un precio subvalorado y en Colombia se apropiaron de los servicios públicos telefónicos, como en tiempos añejo, lo prestaba TELECOM...

*"luego de escribir este párrafo, este delincuente de alta peligrosidad se dio por enterado que de manera jocosa se salió del objeto de esta acción de tutela, la crítica que realiza este ciudadano se expone porque tal y como probé y adjunté en la tutela N°79319, soy especializado en Cooperación y Desarrolló por la Universidad de Barcelona, por lo que, todavía guardo algo de conocimiento en este tipo de liquidaciones de entidades estatales, mismos conocimientos, que he querido olvidar debido a la privación injusta de la libertad que sufro... No suprimo el texto en consideración a que tal y como en su momento se me permitió al administrar justicia, me gustaba que las partes generaran una conexión íntima en los pensamientos de quien les juzgaba, a efectos de entender todo lo posible la situación por la que pasaban y sus posiciones..."*

Comedidamente solicito al CONSEJO DE ESTADO tener como pruebas las siguientes:

**Documentales que aporto:**

1. Sentencia de amparo de tutela de 9 de diciembre de 2009, proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sucre - Sucre.
2. Contestación o informe detallado rendido por el PAR TELECOM dentro del trámite tutelar de primera instancia.
3. Sentencia confirmatoria del amparo de tutela de fecha 10 de enero de 2010, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sucre, Sucre.
4. Escrito de acusación de fecha 10 de diciembre de 2015, suscrito por el Fiscal Fernando Otálora Hernández perteneciente a la Unidad DFN- Grupo de Fiscales para Eje Temático de Corrupción en la Administración de Justicia.
5. Sentencia condenatoria de fecha 19 de enero de 2017, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo.
6. Recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo.
7. Sentencia confirmatoria de la condena de fecha 16 de agosto de 2017, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.
8. Copia íntegra contentiva del proceso penal que cursó en nuestra contra.
9. Copia en video de la celebración de la audiencia preparatoria el día 31 de marzo de 2016 – violación al derecho de defensa y contradicción, debido al formato y peso de la mismo solicito que mediante auto admisorio se requiera para su aporte.
10. Sentencia SP 978 de 2022 de la Sala de Casación Penal.
11. Sentencia de tutela de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

12. Sentencia de tutela de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.
13. Orden de archivo de denuncia SPOA 70001600103520192015.
14. Decreto 1179 de 2021 – ampliación del PAR hasta el 31 de diciembre de 2023.
15. Sentencia SU-377 de 2014.
16. Es dable indicar que dentro de la acción de tutela radicada N°79.319, también se adjuntó, i) Oficio del Patrimonio Autónomo de Remanentes (PARDS 01581) de fecha 9 de febrero del año 2015 dirigido al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sucre – Sucre, donde la doctora Hilda Teherán Calvache manifiesta ser conocedora del fallo SU- 377 del año 2014, ii) Oficio de 14 de julio de 2010, a través del cual el Procurador Auxiliar para Asuntos Constitucionales, Doctor Luis Javier Moreno Ortiz, decide no insistir en la revisión de las providencias tachadas de prevaricadoras, iii) Oficio suscrito por la Secretaría General de la Corte Constitucional, la Doctora Martha Victoria Sachica Méndez, en la que se informa que el Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio decidió no insistir en la revisión de las providencias tachadas de prevaricadoras, iv) Oficio suscrito por la Secretaría General de la Corte Constitucional, la Doctora Martha Victoria Sachica Méndez, en la que se informa que el Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto decidió no insistir en la revisión de las providencias tachadas de prevaricadoras, v) Oficio suscrito por la Secretaría General de la Corte Constitucional, la Doctora Martha Victoria Sachica Méndez, en la que se informa que el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva decidió no insistir en la revisión de las providencias tachadas de prevaricadoras, vi) Oficio suscrito por la Secretaría General de la Corte Constitucional, la Doctora Martha Victoria Sachica Méndez, en la que se informa que el Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub decidió no insistir en la revisión de las providencias tachadas de prevaricadoras, vii) Recorte de prensa en el que se señala que Hernando Puccini Gaviria, fungió como defensor de los derechos vulnerados por las empresas prestadoras de servicios públicos, entre ellas, la extinta Telecom.

SE INDICA LO ANTERIOR A EFECTOS DE QUE EL EXPEDIENTE QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEA DEBIDAMENTE INCORPORADO A ESTE NUEVO PROCESO TUTELAR Y SEAN TENIDAS EN CUENTA TODAS Y CADA UNO DE LOS ELEMENTOS PROBATORIOS.

SOLICITO QUE AQUELLAS PRUEBAS QUE NO SE PUDIERON AJDUNTAR DEBIDO A LA CAPACIDAD DE CARGA DE LA PLATAFORMA TUTELA EN LINEA SEAN DEBIDAMENTE REQUERIDAS EN EL AUTO ADMISORIO A EFECTOS DE ALLEGARLAS VIA ONE DRIVE.

#### JURAMENTO.

Declaro bajo la gravedad del juramento que no he presentado acción de tutela alguna en otro estrado judicial por los mismos hechos y derechos citados en esta solicitud, se hace la salvedad de la temeridad en los fundamentos de derecho.

#### NOTIFICACIONES.

Al suscrito: en la carrera 46, No 25-30, Barrio Venecia de la Ciudad de Sincelejo, Email [abogadodapuccinirico@gmail.com](mailto:abogadodapuccinirico@gmail.com) o teléfonos: 3017606584 o 3168292325.

**Las accionadas:** podrán ser notificadas en los e-mails.

- [secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co](mailto:secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co)
- [notificacionestutelacivil@cortesuprema.ramajudicial.gov.co](mailto:notificacionestutelacivil@cortesuprema.ramajudicial.gov.co)
- [notificacioneslaboral@cortesuprema.ramajudicial.gov.co](mailto:notificacioneslaboral@cortesuprema.ramajudicial.gov.co)
- [satribsupsinc@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:satribsupsinc@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Con el acostumbrado respeto,



HERNANDO PUCCINI GAVIRIA.

C.C. N°9.137.910