

## SENTENCIA T-1267/08

(Diciembre 18, Bogotá DC.)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-No se configura un defecto orgánico cuando se trata de una sentencia proferida por autoridad competente

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Inexistencia de defecto procedimental por haberse seguido el procedimiento establecido en la ley

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Inexistencia de defecto fáctico en tanto la decisión aparece sustentada en pruebas que obraron en el proceso y fueron apreciadas en conjunto de acuerdo a los postulados de la lógica y las reglas de la experiencia

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Inexistencia de defecto material por cuanto no se observa contradicción entre los fundamentos y la decisión y no se está en presencia de una decisión inmotivada

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por haberse analizado en la providencia la responsabilidad del accionante y tomado en cuenta los parámetros reguladores de la sanción penal

RESPONSABILIDAD PENAL-La exclusión de responsabilidad penal de un “determinador” no necesariamente conlleva a la misma conclusión respecto del sujeto “determinado”

Esta Sala comparte la argumentación del ad quem, conforme a la cual la atribución de responsabilidad penal al autor de un ilícito, en cuanto sujeto “determinado”, no precisa en todo caso la existencia de una decisión de condena del determinante. La exclusión de responsabilidad penal de un “determinador” no necesariamente conlleva la misma conclusión respecto del sujeto “determinado”, ya que éste es quien lleva a cabo personalmente el comportamiento típicamente antijurídico y es quien tiene el dominio del hecho ilícito. Al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que “de acuerdo con la llamada ‘teoría del dominio del hecho’, de gran utilidad para diferenciar las

dos formas de participación, es autor aquél que se encuentra en capacidad ‘(...) de continuar, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo’.

ACCION DE TUTELA-No le es dado a la Corte presuponer un juicio de absolución o de condena respecto del presunto determinador del delito

ACCION DE TUTELA-Nulidad de un proceso disciplinario no implica desvirtuar la decisión adoptada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

ACCION DE TUTELA-Improcedencia cuando el actor tuvo la oportunidad de utilizar los mecanismos judiciales de defensa frente a la decisión que le fue adversa

Referencia: Expediente T-1.799.601

Accionante: Saulo Arboleda Gómez.

Accionado: Corte Suprema de Justicia-Sala Penal- y Fiscalía General de la Nación.

Derechos fundamentales invocados: derechos fundamentales al debido proceso, buen nombre, honra, presunción de inocencia, trabajo igualdad y acceso material a la administración de justicia. Vulneración alegada: decisiones vigentes de la Fiscalía General de la Nación y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Pretensión del actor: nulidad de las actuaciones de la Fiscalía General y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, incluidas las providencias de acusación y condena, del proceso penal adelantado en su contra como Ministro de Comunicaciones.

Fallo de tutela objeto de revisión: sentencia del Consejo Superior de la Judicatura - Sala Jurisdiccional Disciplinaria de 8 de octubre de 2007 (2ª instancia), confirmatoria de la sentencia la Sala Jurisdiccional Disciplinaria - Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca del 15 de agosto de 2007 (1ª instancia).

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Marco Gerardo Monroy Cabra (impedimento aceptado al magistrado Nilson Pinilla Pinilla).

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo

I. ANTECEDENTES.

## 1. Demanda del actor.

### 1.1. Pretensión.

El señor Saulo Arboleda Gómez solicitó al juez de tutela protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, buen nombre, honra, presunción de inocencia, trabajo igualdad y acceso material a la administración de justicia, vulnerados, a su juicio, por decisiones vigentes de la Fiscalía General de la Nación y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso penal que se adelantó en su contra, en contexto con fallos posteriormente proferidos por la Corte Constitucional<sup>1</sup> y el Consejo de Estado<sup>2</sup>. Pide sean anuladas, y desprovistas de valor o efecto, todas las actuaciones en su contra emanadas de la Fiscalía General y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, incluidas las providencias de acusación y condena por adjudicar como Ministro de Comunicaciones la propuesta de la licitación 001 de 1997. Adicionalmente, manifiesta que si esta petición de amparo es acogida e implicara la eventual reanudación de la investigación penal en su contra, y hubiese operado la prescripción, estaría dispuesto a renunciar expresamente al derecho a no ser sometido de nuevo a pesquisas penales, en la instancia penal de rigor.

### 1.2. Los fallos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Destaca el demandante que la Corte Constitucional, en sentencia T-058 de 2006, tuteló el derecho del señor Rodrigo Villamizar al debido proceso; y que el Consejo de Estado, en la sentencia referida, confirmó la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró nulo el proceso disciplinario contra el actor. Ambos sucesos, a su juicio, hacen procedente el amparo: de una parte, habiendo el sido condenado como “determinado” por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, y no existiendo ya un “determinador” después del fallo de la Corte Constitucional mal podría considerarse que existe un “determinado”; de otra parte, porque al desaparecer del mundo jurídico la decisión que en el proceso disciplinario en su contra profiriera el Procurador General de la Nación, se desvanece también el fundamento del fallo condenatorio penal.

Agrega que la presente tutela, entonces, se originó en hechos posteriores que hicieron perder vigencia a la acusación y a la condena de la Sala Penal de la Corte Suprema, las cuales, de pervivir en el tiempo, generan violación de sus derechos fundamentales mencionados. Por ello, estas decisiones posteriores de la Corte Constitucional, del Tribunal

Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado, obligan reconsiderar la situación que en su momento motivó a la Fiscalía General y a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para acusarlo y condenarlo. A su juicio, ya no es posible seguir imputándole el grado de participación -“determinado”- en tanto el otro sujeto extremo de la relación -“el determinador”- hoy no existe en el mundo jurídico, por decisión de la Corte Constitucional. Así mismo, los principios de transparencia, imparcialidad y selección objetiva supuestamente conculcados por el suscrito -para la Fiscalía y la sala Penal-, no fueron desconocidos en sus actuaciones, las que estuvieron concordantes con lo exigido en la ley 80 de 1.993, según la mencionada decisión del Consejo de Estado.

Concluye que no pueden mantenerse unas actuaciones penales desarrolladas por la Fiscalía y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, soportadas en elementos de juicio hoy inexistentes, máxime si la prueba, fundada en el fallo disciplinario de la Procuraduría, fue declarada nula. Así, si el Dr. Villamizar recuperó su inocencia, considera el actor, debe declararse la inocencia suya.

## 1.2. Fundamentos de la Pretensión.

- La Fiscalía General de la Nación, tras abrir investigación formal, dictó Resolución acusatoria el 21-octubre-1993 en contra de los ex ministros de Minas y Energía y de Comunicaciones, Rodrigo Villamizar Alvargonzalez y Saulo Arboleda Gómez, respectivamente, por el delito “interés ilícito en celebración de contratos”: como “determinador” el primero, y como “determinado” el segundo, en la adjudicación de una emisora FM en Calí al periodista radial Mario Alfonso Escobar Izquierdo - la licitación 001 de 1997 del Ministerio de Comunicaciones -. Interpuesto recurso de reposición les fue negado por Resolución de la Fiscalía de 17-11-984. Finalmente, el Dr., Villamizar fue condenado penalmente como “determinador”; y el 25-10-2000, la Corte Suprema de Justicia -Sala Penal-5 condenó al actor como “determinado”.

“...la nulidad de todo lo actuado en la investigación y en el juicio adelantados contra el actor por las autoridades judiciales accionadas, a partir del 20 de agosto de 1997, día en que cesó la competencia de la Fiscalía General de la Nación para investigarlo, en los términos del artículo 235 de la Constitución política...”.

- A la par de la investigación penal señalada, la Procuraduría General de la Nación sancionó

disciplinariamente al demandante en fallo de 13-enero-19996, por los mismos hechos, sanción confirmada en fallo de 10-agosto-19997;

- Los fallos del ente de control fueron demandados por el actor ante la justicia contencioso administrativa. El 27-enero-2005 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declaró "...la nulidad del fallo disciplinario de fecha 13 de enero de 1999, proferido por la Procuraduría General de la Nación"8. Recurrido el fallo anterior por el Procurador General de la Nación, el Consejo de Estado confirmó la decisión de primera instancia mediante fallo del 22 de junio de 2006.

- A continuación, dado que no hay, a su juicio, un "determinador" de las conductas imputadas, presenta una serie de pruebas para demostrar que la propuesta de Escobar era la adjudicable legalmente incluyendo entre ellas:

. La decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en cuanto afirma que "se trataba de dirimir un empate donde el favorecido Escobar ya figuraba entre quienes obtuvieron el puntaje más alto y se había podido llegar a la simple definición aleatoria acudiendo a balotas"9.

. El concepto del Comité Calificador conforme al cual " esa propuesta obtuvo y mantuvo el puntaje máximo -100 puntos sobre 100 posibles- desde el principio hasta el final"10.

. El cuadro del Comité con las calificaciones finales de las propuestas11 ratifica la de Escobar con los máximos puntajes aún en los factores de desempate evaluados.

. El acta No. 25 del 24-julio-1997 del Comité Calificador12.

. El oficio de 6-agosto-98 donde el Presidente del "Comité de Licitaciones de Radiodifusión Sonora Comercial" que calificó y administró la licitación, responde así a la Fiscalía13 en cuanto a la adjudicación a Mario Alfonso Escobar:

"A. en ningún momento se me hizo sugerencia o comentario alguno para que dentro de las calificaciones de la licitación 01 de 1997 apareciese la propuesta del señor Mario Alfonso escobar Izquierdo con la calificación que allí consta...". B. "El Ministerio de comunicaciones realizó una revisión del proceso licitatorio 01 de 1997 desde el punto de vista netamente administrativo (legalidad documental) sin encontrar ninguna irregularidad". B. En cuanto a la

decisión del Ministro Arboleda, a pesar de que no me constan los criterios utilizados para el desempate, en este caso específico no se advierte irregularidad dentro de lo que al Ministerio de Comunicaciones le compete examinar”. “D....Es decir, el único motivo para que apareciese dentro de la recomendación del Comité la propuesta de Mario Alfonso Escobar Izquierdo o cualquier otra es que según los cuadros de evaluación presentados al Comité, estos se encontraban con los puntajes máximos para cada municipio en algunos casos de manera única y en otros compartiendo con otros oferentes”

## 2. Respuesta de los accionados.

Notificadas la Fiscalía General de la Nación y Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (fls. 24 a 29 C.O) esta última respondió que revisados los archivos, se encontró: (i) en sesión del 25 de Octubre de 2000, la Sala de casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con Ponencia del Magistrado Nilson Pínilla Pinilla, emitió sentencia en contra del Ministro de Comunicaciones SAULO ARBOLEDA GÓMEZ, como autor del delito de interés ilícito en la celebración de contratos; (ii) la providencia fue suscrita unánimemente por los Doctores Edgar Lombana Trujillo, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nougues, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón y Nilson Pinilla Pinilla.

## 3. Hechos relevantes y medios de prueba.

### 3.1. Hechos aducidos en apoyo de la pretensión.

- Providencia mediante la cual el Fiscal General de la Nación dicta resolución de acusación contra el tutelante<sup>14</sup>.
- Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que condena al actor por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos “porque de manera consciente y voluntaria, en labor propia de su cargo, se interesó indebidamente en provecho de Mario Alfonso Escobar Izquierdo, mostrando parcialidad en vez de rectitud y contrariando el deber de selección objetiva que siempre debe acompañar a la contratación estatal”<sup>15</sup>.
- Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declara la nulidad del proceso disciplinario<sup>17</sup> por considerar que:

i) Existió imprecisión del auto de cargos en cuanto no se le señaló la norma que describe la prohibición ni se describió con exactitud la conducta violatoria de la prohibición, lo cual dificulta el derecho de defensa del actor y viola el debido proceso. Adicionalmente, “se echa de menos, en relación con el cargo del punto SEGUNDO, la determinación provisional de la naturaleza de la falta donde debe analizarse el aspecto subjetivo de la conducta, como lo consignó la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad del numeral 7º. del artículo 92 y del artículo 150, entre otros, de la ley 200 de 1995, sentencia C-892 de noviembre 10 de 1999, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, donde precisó:

“Por otra parte, en cumplimiento del requisito formal que consagra el numeral 7 del artículo 92 del Código Disciplinario Único, es forzoso concluir que en la determinación provisional de la naturaleza de la falta, se debe incluir el grado de culpabilidad de la falta que se atribuye al servidor público, toda vez, que ésta constituye el elemento subjetivo de la conducta y, por ende, debe hacer parte de su descripción. En efecto, el artículo 27 de la Ley 200 de 1995, al establecer los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta, establece entre otros, el “grado de culpabilidad” lo que conduce a que necesariamente, al realizar la calificación de la falta, se evalúe el tipo subjetivo, esto es, si se cometió con dolo o con culpa.

ii) Estimó imprecisa la afirmación del fallo de que no hay regulación expresa sobre prácticas monopolísticas, pues a nuestro modo de ver de conformidad con lo normado al respecto, si existe y de su alcance se sale la providencia comentada: el texto ya comentado, desarrolla el concepto de la Constitución política (art. 75) indicando que es practica monopolística en la radiodifusión, la concesión de una frecuencia EN LA MISMA BANDA DE FRECUENCIA Y EN EL MISMO ESPACIO GEOGRAFICO, es decir que de haberse concedido por el ex Ministro una frecuencia en el mismo espacio geográfico y en la misma banda, se hubiera incurrido en una práctica monopolística prohibida por la ley 80 al regular el Art. 75 de la Constitución, lo cual no hizo el disciplinado ex Ministro.

iii) Encontró equivocada la apreciación del organismo de control respecto de los cargos endilgados al actor por cuanto “el Sr. Londoño ganó, con el mayor puntaje, empatado con otras propuestas, en Bogotá, Bucaramanga, Cali, Medellín, Pereira, Villavicencio, Neiva y Barranquilla. Le adjudicaron 3 de las 8. Hubieran podido adjudicarle las 8, y NO HUBIERA VIOLADO NINGUNA NORMA DE LA CONSTITUCION NI DE LA LEY a no ser que se hubiere

comprobado dentro de la selección de estos contratista el incumplimiento de los criterios objetivos previstos en el artículo 29 de la ley 80 de 1993.”

iv) Señaló que “con respecto a las 2 adjudicadas al Sr. Padilla, se ha visto que el fallo de la Procuraduría no cuestiona la Adjudicación en Paipa, pues afirma “era de esperarse que resultara seleccionado”. Sin embargo lo cita como si tuviera problemas en el recuento de los hechos, lo que se supone es una equivocación del ente investigador y por esta emisora le hace pliego de cargos y lo sanciona habiendo emitido conceptos contradictorios antes de iniciar la investigación. Por su parte, en Copacabana se pregunta el fallo por que no se adjudicó al Sr. Taborda que estaba empatado con Padilla en ese municipio. Parecería que la supuesta falta no consiste en haber excluido al mencionado proponente -al menos no se dijo así en los cargos- sino en haber adjudicado ilegalmente al que aparece en la resolución, lo que hace inválido este argumento. Es evidente al respecto, que la propuesta del adjudicatario de la concesión reúne las exigencias de ser la mejor opción para la administración pública pues estaba en igualdad de condiciones que la propuesta del señor Taborda, la cual no es mejor objetivamente que la de Padilla. Siendo ello así y dado que se trataba de elegir o seleccionar entre las empatadas, la obligación legal y constitucional del exministro era pronunciarse sobre las frecuencias y su adjudicación. Por ello, es lógico concluir que el Dr. Arboleda, al escoger a Padilla, no viola el artículo 75 de la C.P. ni ninguna otra norma. Lo contrario sería admitir la parálisis en la función del Estado, que no podría salir del empate ni siquiera por vía de la contratación directa, a la cual se llegó por la ya vista recomendación.”

- Sentencia del Consejo de Estado que confirma la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>18</sup>, porque:

“no se presta a la menor duda de que la aludida conversación telefónica calificada por el Procurador como genuina y su contenido como cierto, de conformidad con unas reglas “previstas” en no se sabe qué estatuto, no es de recibo en aplicación de las reglas esas sí previstas en la Constitución Política (artículo 29 in fine), según las cuales “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.” Ahora bien, para la Sala es evidente que el Procurador partió del supuesto de que la grabación de la conversación telefónica fue ilegal, amén de que en el expediente no obra la autorización judicial que la habría legitimado. Por consiguiente, a la luz del claro mandato constitucional transcrito, dicha

grabación es nula de pleno derecho, lo cual significa que ni puede ser genuina, ni cierto su contenido, porque si pudieren verificarse esas cualidades por el operador jurídico, no se estaría enfrente de una nulidad absoluta o de pleno derecho, sino de una nulidad relativa o parcial, que permitiría algún efecto jurídico. La nulidad absoluta o de pleno derecho con que la Constitución Política sanciona a la prueba obtenida con violación del debido proceso, sin mas condiciones, vale decir, independientemente de que ella sea auténtica o su contenido cierto, impide tratar de averiguar, como lo hizo el Procurador, por su autenticidad o certeza, y cuando tal averiguación se llevó a cabo, lo que hizo dicho funcionario no fue mas que infringir directamente dicho mandato constitucional, tratando de legitimar su conducta con las argucias de que se habló anteriormente, así se las hubieran aplicado a un gran número de procesados disciplinariamente. Por consiguiente, al haber tenido el Procurador como soporte para formular el cargo disciplinario al demandante, una prueba nula de pleno de derecho, quebrantó de manera ostensible y grosera el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política.”

Adicionalmente no encontró que se hubiera infringido la norma sobre monopolios invocada por la Procuraduría “al seleccionar como contratistas para la concesión de licencias para emisoras de frecuencia modulada, al consorcio DIEGO FERNANDO LONDOÑO REYES y JUAN MANUEL BELTRAN CHAUVEZ, para las ciudades de Medellín, Pereira y Villavicencio y al señor NESTOR GUILLERMO PADILLA PRIETO para las ciudades de Paipa y Copacabana”

- Sentencia T-058 de 2006 mediante la cual la Corte Constitucional declara la nulidad de lo actuado en el proceso cursado contra el señor Villamizar Alvargonzález por considerar que se desconoció el debido proceso, dado que la competencia para investigarlo no estaba en cabeza del Fiscal General de la nación. Dijo la Corte en esa oportunidad:

Los artículos 235 y 251 de la Carta Política asignan a la Corte Suprema de Justicia y al Fiscal General de la Nación el juzgamiento y la investigación de los delitos cometidos, entre otros funcionarios, por los Ministros del Despacho, mientras estos permanecen en el cargo y así hagan dejación del mismo, en este último evento, sólo “para las conductas que tengan relación con las funciones desempeñadas”.

No obstante, como lo indican los antecedentes, el 8 de junio de 1998 el Fiscal General de la

Nación profirió en contra del doctor Rodrigo Villamizar Alvargonzález – quien había hecho dejación del cargo de Ministro de Minas y Energía el 20 de agosto del año anterior – medida de aseguramiento y, el 21 de octubre del mismo año, lo acusó ante la H. Corte Suprema de Justicia, por un delito sin relación con las funciones desempeñadas.

Se infiere entonces que el Fiscal General quebrantó las garantías constitucionales del accionante, en cuanto lo investigó y acusó lesionando sus derechos al juez natural y al recurso y que en igual conducta incurrieron el Juez Cincuenta y Tres Penal del Circuito de Bogotá, la Sala Penal del H. Tribunal Superior de la misma ciudad y la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, porque estas últimas pasaron por alto la situación, estando obligadas a restablecer las garantías del imputado, en el ámbito de la investigación y el juzgamiento adelantados en su contra.

(...)

De manera que los jueces accionados no podían condenar al actor, en atención a la acusación formulada por un funcionario sin competencia para el efecto y, en razón de que lo que no podía ser aconteció el cargo formulado por el apoderado del Dr. Villamizar Alvargonzález en casación con fundamento en el desconocimiento de los principios del juez natural y de acceso a la justicia tenía que prosperar.

(...)

“Tampoco es de recibo lo afirmado en las sentencias que se revisan respecto de la convalidación de la defensa, porque el apoderado del actor impugnó la sentencia condenatoria y recurrió en casación, entre otras razones, por la violación de las garantías constitucionales acontecida en la etapa de instrucción, de modo que nada se puede argüir al respecto.

“Así las cosas, las sentencias de instancia serán revocadas para en su lugar conceder la protección, anular lo actuado contra el actor a partir del 20 de agosto de 1997 y disponer que la Fiscalía adelante la investigación nuevamente, con sujeción al debido proceso.”

### 3.2. Hechos materia de prueba oficiosa.

Mediante autos de 12 y 21 de mayo de 2008 se solicitó respectivamente a la Sala Penal de la

Corte Suprema de Justicia remitir lo actuado en relación con la demanda de revisión interpuesto por el apoderado del señor Saulo Arboleda y a la Fiscalía General de la Nación enviar u ordenar hacerlo a quien corresponda, copia de la decisión mediante la cual se dispuso dar cumplimiento a lo ordenado en la Sentencia T-058 de 2006 de la Corte Constitucional.

La información solicitada a la Corte Suprema de Justicia incluye: i) la decisión por la cual se inadmite la demanda de revisión presentada por el apoderado del doctor Saulo Arboleda; ii) la providencia que resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la citada providencia.

La Fiscalía General de la Nación a su vez envió copia del proveído del 24 de mayo de 2006 donde, conocida la decisión adoptada por la Corte respecto de las diligencias adelantadas contra Rodrigo Villamizar Alvargonzález, en total acatamiento a la misma dispuso la remisión de lo actuado a la Dirección Nacional de Fiscalías, para que en la oficina de asignaciones se procediera al trámite inherente.

#### 4. Fallos de instancia e impugnación.

##### 4.1. Primera instancia (Sala Jurisdiccional Disciplinaria-Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca en providencia de 15 de agosto de 2007)

- Decisión: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela promovida por SAULO ARBOLEDA GÓMEZ.

- Razón de la decisión: (i) no se cumple el requisito de la inmediatez para la procedibilidad de la acción, pues ya había transcurrido un año y cinco meses desde que la H. Corte Constitucional emitiera el fallo de tutela en comentario, y un año y un mes desde el pronunciamiento del H. Consejo de Estado; (ii) no se advierte la existencia de una causa que justifique el hecho de haber dejado pasar tanto tiempo el actor para presentar la demanda de tutela. En conclusión, se considera relevada de estudiar el fondo del asunto.

##### 4.2. Impugnación del fallo de primera: Inconforme el actor apeló la anterior decisión y señaló como razones de su discrepancia:

- La fecha que ha debido tener en cuenta el Consejo Seccional de la Judicatura para efectos

de sus cálculos, no era la que aparecía en la sentencia T-058 del 2006, emitida por la Corte Constitucional que anuló todo el proceso a Rodrigo Villamizar; sino la del fallo proferido por el Consejo de Estado, el pasado 22 de junio de 2006.

- Los dos pronunciamientos señalados son los que integran un todo para poder ejercer la acción de tutela, lo que le obligó a esperar a que los mismos hicieran tránsito a cosa juzgada formal y material. Circunstancia que no evaluó el juez a quo.

- No tuvo en cuenta la Sala de instancia que el suscrito tuvo que estar a la espera del llamado de la Fiscalía para descartar la vinculación al proceso penal que por los mismos hechos tiene que afrontar el Dr. Rodrigo Villamizar, según orden de la Corte Constitucional.

- La presentación de la demanda ante el Consejo Seccional de la Judicatura ocurre después de haberla presentado en dos instancias a la Corte Suprema de Justicia, la primera de las cuales fue el 18 de abril de 2007. Luego el tiempo transcurrido entre el fallo del Consejo de Estado y la presentación de la tutela es de 9 meses y 20 días, que se vuelven 8 meses excluyendo las vacaciones judiciales de fin de año y semana santa.

- Por carecer de recursos debió elaborar personalmente la demanda, y considerando que no es abogado ello le tomó más tiempo.

4.3. Segunda instancia<sup>19</sup> (Consejo Superior de la Judicatura- Sala Jurisdiccional Disciplinaria en providencia de 8 de octubre de 2007)

- Decisión: Modifica el fallo impugnado pero confirma la decisión de negar el amparo.

- Razón de la decisión: (i) en materia de responsabilidad penal, no necesariamente hacer abstracción o exclusión del partícipe, en este caso del determinador, se traduce indefectiblemente en que la conducta subjetivo-objetiva del denominado autor determinado (quien es el que ha tenido el dominio del hecho o mas claramente el dominio del injusto) llegue a desaparecer; (ii) para arribar a la condición de responsabilidad penal del determinado o autor material no es necesario o imprescindible como prerrequisito haber condenado inicialmente al calificado como determinador, pues excluido éste, la acción material del determinado se mantiene incólume, pues ni el dominio del hecho, ni el dominio

del injusto del mismo desaparece o se torna afectada en el mundo jurídico. Además, no puede llegar a plantearse que por el hecho de no haberse proferido una sentencia condenatoria o decisión de cierre respecto del autor determinador, necesariamente no puede quedar en firme lo decidido respecto del denominado autor determinado, pues ello traduciría dar impulso o instrumentalizar una especie de “prejudicialidad penal en lo penal”, la que no está reglada; (iii) en el evento de haber resultado exento de responsabilidad penal el determinador, ello no significa que en todos los casos debe excluirse de igual al autor determinado; (iv) desde una perspectiva procesal, y no obstante que a la intervención de los doctores VILLAMIZAR y ARBOLEDA en la acción del injusto de referencia, se le atribuyó la ecuación de “autor determinador” al primero de los nombrados, y de “autor determinado” al segundo, debe recordarse que las actuaciones respecto de los mismos se adelantaron por separado por vía de ruptura de la unidad procesal porque uno de los imputados no gozaba de fuero constitucional; (v) al defecto procedimental dado al interior del proceso del doctor RODRIGO VILLAMIZAR, no es posible hacerle producir efectos en el proceso penal adelantado por separado al doctor SAULO ARBOLEDA, así se haya proferido la sentencia de la Corte Constitucional que sirve de fundamento a esta acción, por cuanto, los aspectos relativos a la existencia o no del hecho investigado no hacen parte de las consideraciones que tuvo el Alto Tribunal para producir su decisión, y en estas circunstancias, los temas que hacen relación a la autoría y la responsabilidad penal del aquí actor, corresponden al escenario de valoración efectuado en la decisión penal que lo afectó, así se pueda poner en cuestión su condición de determinado ante la nulidad de la decisión penal que condenó al determinador; (vi) la incidencia del fallo del Consejo de Estado que anuló la sanción disciplinaria que en su oportunidad le impuso la Procuraduría General de la Nación con fundamento en los mismos hechos porque resultó condenado penalmente, no tiene la virtualidad de derrumbar el proceso penal toda vez que el contenido y fines de la justicia penal y la disciplinaria son diversos; (vii) la interposición tardía de la acción de tutela, formulada contra una sentencia penal condenatoria que data del 25 de octubre de 2000, aduciendo como hechos sobrevinientes las sentencias de la Corte Constitucional, del 2 de febrero de 2006 y del Consejo de Estado del 22 de junio de 2006; (viii) frente a la naturaleza esencial de la acción de tutela como mecanismo inmediato de protección de derechos fundamentales, y especialmente cuando la misma se dirige contra una sentencia condenatoria ejecutoriada, no resulta viable el argumento de que la tardanza obedeció a su potencial vinculación al proceso penal reabierto contra el doctor Villamizar, por cuanto su propio proceso penal ya estaba

resuelto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, y tampoco a la necesidad de prepararse para su interposición, dada su condición de no profesional del derecho, pues a esta acción, concebida como eminentemente informal, se puede recurrir incluso de manera verbal y cuya sola interposición, por tratarse de mecanismo judicial de protección de derechos fundamentales, obliga a su juez a desplegar toda diligencia en orden a verificar si existió la vulneración alegada; (ix) el actor cuenta con la acción de revisión, a la luz de la causal prevista en el Art. 220-3 de la Ley 600 de 2000, que permite su interposición contra sentencias ejecutoriadas cuando después de la sentencia aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado; acción que por lo demás ya ha sido interpuesta, surte su trámite respectivo y no es posible desconocerle su condición de medio judicial idóneo para los fines aquí pretendidos.

#### 4.4. Tramites y pruebas en sede revisión

El día 31 de marzo de 2008, el doctor Saulo Arboleda remitió a la Secretaria de la Corte Constitucional escrito en el que manifiesta las razones por las cuales considera inadecuado el fallo de segunda instancia que en lo esencial repiten los argumentos de la demanda.

## II. CONSIDERACIONES.

### 1. Competencia.

La Sala es competente para la revisión del caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, en cumplimiento del Auto del 31 de enero de 2008 de la Sala de Selección de Tutela No. Uno (1) de la Corte Constitucional.

### 2. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala determinar si en el proceso penal en que se juzgó y condenó al actor, como sujeto “determinado” del delito de interés ilícito en la celebración de contratos, se violaron los derechos del demandante debido proceso, buen nombre, honra, presunción de inocencia, trabajo, igualdad y acceso material a la administración de justicia, que el actor estima vulnerados en decisiones expedidas, aún vigentes, por la Fiscalía General de la Nación y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,, en tanto al adoptar esas decisiones

los accionados no tuvieron en cuenta los hechos que como nuevos plantea el tutelante en su demanda.

Para efectos de entrar a resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará el estudio de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales en la jurisprudencia constitucional para luego entrar a estudiar el caso concreto.

3. La procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales en la jurisprudencia constitucional.

Como lo ha reiterado la jurisprudencia, la procedibilidad de la acción de tutela contra las providencias judiciales es excepcional. Para que se configure su procedencia es preciso el cumplimiento de las siguientes condiciones:

“ (...)

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional...
- 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 irremediable.
- 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.

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

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

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o 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<sup>20</sup>

4. El caso concreto.

4.1. Hechos probados.

- Mediante Sentencia de la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia el actor fue condenado

penalmente por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos “porque de manera consciente y voluntaria, en labor propia de su cargo, se interesó indebidamente en provecho de Mario Alfonso Escobar Izquierdo, mostrando parcialidad en vez de rectitud y contrariando el deber de selección objetiva que siempre debe acompañar a la contratación estatal”.

- El demandante fue sancionado disciplinariamente por la procuraduría General de la Nación, proceso que fue declarado nulo por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante fallo que fue confirmado por el Consejo de Estado.

- El doctor Villamizar Alvargonzález fue condenado penalmente como determinador por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, proceso respecto del cual la Corte Constitucional en sentencia T-058 de 2006 declaró la nulidad de lo actuado a partir del momento en que el sindicado había renunciado a su cargo como Ministro.

- Inadmisión de la demanda de revisión interpuesta por el apoderado del actor y la no reposición de esa providencia.

#### 4.2. Razón jurídica de la decisión.

4.2.1. Al estudiar el fallo proferido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se encuentra: (i) no hay defecto orgánico, pues se trata de una sentencia proferida por la autoridad competente en razón del fuero del doctor Saulo Arboleda; (ii) no hay defecto procedimental, porque se siguió el procedimiento establecido en la ley; (iii) no hay defecto fáctico, en tanto la decisión aparece sustentada en pruebas que obraron en el proceso, habiéndose constatado si se aplicaron o no a cabalidad “los once criterios que dice haber tenido en cuenta el Ministro ARBOLEDA GOMEZ para la adjudicación de la emisora a Escobar Izquierdo”, y las pruebas fueron apreciadas en conjunto, de acuerdo con los postulados de la lógica y las reglas de la experiencia, asignándoseles el valor que permitió la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, con base en normas vigentes para la época de los hechos; (iv) fue debidamente argumentada, sin que esta Sala observe contradicción alguna entre los fundamentos y la decisión, por lo cual no se presenta un defecto material ni se está en presencia de una decisión inmotivada; (v) en la providencia se analizó, además, la responsabilidad del accionante, se tomaron en consideración los parámetros reguladores de la sanción penal previstos por el artículo 61 del estatuto punitivo, referidos a la gravedad y modalidades del delito, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o

agravación y la personalidad del agente y se dosificó la pena según los parámetros de la ley.

4.2.2. La decisión adoptada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, si bien menciona que en la etapa del juicio “se solicitó y allegó copia del fallo proferido el 13 de enero de 1999 por el Procurador General de la Nación en el proceso disciplinario adelantado contra los ex Ministros ARBOLEDA GOMEZ y VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ...”, no funda en esta decisión disciplinaria los cargos que le fueron endilgados en la sentencia de condena, contrario a lo que sostiene el demandante. Así, no resulta de recibo señalar que la decisión de la autoridad judicial de lo contencioso administrativo, que anuló el proceso disciplinario, sea definitiva para derrumbar los fundamentos de un fallo condenatorio de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que no se soportó en la actuación disciplinaria.

4.2.3. El actor utilizó la oportunidad que brinda la ley para interponer la acción de revisión, prevista para eventos en que aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas no conocidas al tiempo de los debates que apoyen la inocencia del demandante. La Sala penal de la Corte Suprema de Justicia ya decidió al respecto, inadmitiendo la demanda presentada, por considerar que “no aportó ningún medio probatorio original, deber que le imponía el artículo 222.4 del Código de Procedimiento Penal. Su anhelo es cuestionar el análisis judicial, esto es, reabrir el debate ya concluido, pues los temas relacionados con la ilicitud de la conversación grabada y con la no utilización de las balotas fueron discutidos en la sentencia censurada, de donde surge que no se presentan acontecimientos ni pruebas novedosos, sino que se aspira a reabrir la controversia ya superada, con fundamento en los mismos hechos y pruebas considerados por el juzgador.... Lo diferente, lo novedoso, es la inteligencia diversa que sobre ellos tiene el actor, la que en modo alguno habilita la revisión.” En consecuencia, no puede pretenderse que la tutela subsane tales omisiones, o revivan términos precluidos, ni que se reabra mediante ella el debate probatorio, como procura hacerlo el demandante al presentar una serie de pruebas para demostrar que la propuesta seleccionada de la licitación 001 de 1997 era la legalmente adjudicable.

4.2.4. Esta Sala comparte la argumentación del ad quem, conforme a la cual la atribución de responsabilidad penal al autor de un ilícito, en cuanto sujeto “determinado”, no precisa en todo caso la existencia de una decisión de condena del determinante. La exclusión de responsabilidad penal de un “determinador” no necesariamente conlleva la misma

conclusión respecto del sujeto “determinado”, ya que éste es quien lleva a cabo personalmente el comportamiento típicamente antijurídico y es quien tiene el dominio del hecho ilícito. Al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que “de acuerdo con la llamada ‘teoría del dominio del hecho’, de gran utilidad para diferenciar las dos formas de participación, es autor aquél que se encuentra en capacidad ‘(...) de continuar, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo’<sup>21</sup>”<sup>22</sup>.

4.2.5. Para esta Sala, la sentencia T-058 de 2006 de la Corte Constitucional – que tiene efectos inter-partes entre las cuales no está el actor -: (i) no declaró la inocencia del doctor Villamizar, lo que de ningún modo podía haber hecho, por ser una competencia es exclusiva del juez natural, (ii) ni dió por concluida la investigación penal, ya que se limitó a declarar la nulidad del trámite actuado.

En efecto, la decisión adoptada en esa oportunidad por esta Corporación declaró “la nulidad de todo lo actuado en la investigación y en el juicio adelantados contra el actor por las autoridades judiciales accionadas, a partir del 20 de agosto de 1997, día en que cesó la competencia de la Fiscalía General de la Nación para investigarlo, en los términos del artículo 235 de la Constitución Política”, decisión que se adoptó por cuanto el doctor Villamizar “fue privado de la libertad y acusado en única instancia por el Fiscal General de la Nación, cuando la competencia recaía en los Fiscales Delegados ante los Jueces Civiles del Circuito, quebrantando las disposiciones constitucionales i) sobre juez natural –artículo 29-, ii) en materia de competencia penal en asuntos de funcionarios aforados –artículos 235 y 251-, y iii) relativas al acceso a los recursos establecidos en la ley, igualdad ante la ley, y autonomía e independencia judicial –artículos 13, 228 y 230-”.

No sucede lo mismo respecto del doctor Arboleda: el cargo a él endilgado tenía relación directa con sus funciones, lo cual permitió mantener su condición de aforado durante todo el proceso.

4.2.6. En cuanto a las decisiones adoptadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, ha de precisarse que la fundamentación de las mismas obedeció en el primer caso, de una parte, a que fue “violado al demandante el derecho de defensa, ante la ostensible vaguedad o ambigüedad de los cargos y la imprecisión de las normas en que se fundamentaron, como consecuencia de que la Procuraduría no cumplió la obligación de

especificar los cargos que consideró probados indicando para cada uno de ellos las normas infringidas, sino que mezcló los dos cargos imputados en el auto correspondiente y señaló un conjunto de normas sin indicar cuáles fueron infringidas con cada una de las conductas". De otra parte, en lo referente a la sanción impuesta por la adjudicación de las emisoras al consorcio de Diego Fernando Londoño Reyes y Juan Manuel Beltrán Chavez en las ciudades de Medellín, Pereira y Villavicencio y las adjudicadas a Nestor Guillermo Padilla Prieto para las ciudades de Paipa y Copacabana, "es concepto errado el criterio de sancionar a una persona por un hecho o acto que en criterio del mismo sancionador no está prohibido por la ley, amén de que de acuerdo con la norma se puede definir con absoluta claridad que hacer las concesiones en distinta localidad y banda está permitido. Al respecto, en primer lugar, "al haber tenido el Procurador como soporte para formular el cargo disciplinario al demandante, una prueba nula de pleno de derecho, (se refiere a la grabación ilegal de una conversación telefónica) quebrantó de manera ostensible y grosera el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, arriba transcrito"; y en segundo lugar, en los casos de las adjudicaciones en Medellín, Pereira y Villavicencio "uno fue el criterio de la ley 80 de 1993 para impedir las prácticas monopolísticas tratándose del uso del espectro electromagnético y otro muy distinto el que el Procurador estimó que debía tenerse en cuenta con el mismo fin, pero contrario desde luego al de la ley, y que le sirvió de fundamento para sancionar disciplinariamente al actor."

Como puede observarse, las decisiones que anularon la sanción impuesta por el Procurador no se fundaron en la inexistencia de la falta disciplinaria en relación con la adjudicación de la emisora sino en la violación al debido proceso, en tanto se utilizó como fundamento una prueba ilícitamente obtenida. Así, no podría considerarse que tales providencias tengan como consecuencia inexorable la demostración de la inocencia del actor.

4.2.7. Al no haberse probado en la decisión adoptada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, un vicio en contra del accionante que constituya un presupuesto de procedibilidad de la tutela contra sentencias, es evidente que tampoco pueden considerarse vulnerados los otros derechos que el actor invoca. Así, no se encontró demostrada la vulneración del debido proceso, como tampoco la presunción de inocencia ni el derecho de acceso material a la administración de justicia.

4.3. Conclusión.

Esta Sala considera que el fallo de tutela objeto de revisión debe ser confirmado, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia, así: (i) al no acreditarse para el caso la existencia de una condición de procedibilidad de la acción de tutela en los términos de la jurisprudencia de esta Corte; (ii) al reafirmar que no le es dado a esta Corte presuponer un juicio de absolución o de condena respecto del presunto determinador; (iii) al concluir que la nulidad del proceso disciplinario no implica desvirtuar la decisión adoptada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia; (iv) y encontrando probado que el actor tuvo la oportunidad de utilizar los mecanismos judiciales de defensa frente a la decisión que le fue adversa.

### III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política.

#### RESUELVE:

Primero. LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el proceso de la referencia.

Segundo. CONFIRMAR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, las sentencias sentencia del Consejo Superior de la Judicatura- Sala Jurisdiccional Disciplinaria del 8 de octubre de 2007 (2ª instancia), confirmatoria de la sentencia la Sala Jurisdiccional Disciplinaria-Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca del 15 de agosto de 2007 (1ª instancia), proferidas en el proceso de la acción de tutela instaurada por SAULO ARBOLEDA GÓMEZ contra la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Fiscalía General de la Nación.

Tercero. Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Impedimento aceptado

MARTHA V. SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Sentencia T-058 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis

2 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda-Subseccion "A" veintidós (22) de junio de dos mil seis (2006) Radicación número: 25000-23-25-000-2000-03519-01(5306-05) Consejero ponente: Jaime Moreno García

3 Folios 1 y ss del Anexo N° 1.

4 Folios 65 y ss Anexo N° 2.

5 Folios 90 ss Anexo N° 3.

6 Folios 191 ss Anexo N° 5.

7 Folios 272 ss Anexo N°7.

8 Folios 297 ss Anexo N°8.

9 Folios 90 ss Anexo N° 3.

10 Folios 459 ss Anexo N° 19

11 Folios 470 ss Anexo N° 20

12 Folios 472 ss Anexo N° 21

13 Folios 475 ss Anexo N° 22.

14 Folios 1 y ss Anexo N° 1.

15 Folios 90 ss Anexo N° 3.M.P. Nelson Pinilla Pinilla

16 Folios 191 ss Anexo N° 5.

17 Folios 297 ss Anexo N° 8.

18 Folios 339 ss Anexo N° 9.

19 Folios 57 av 73 cuaderno de copias

20 Sentencias C-590 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T- 1065 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto

21 Klaus Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, Madrid, Marcial Pons, 1998, p.42

22 Proceso No 22327 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrado Ponente: Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ Aprobado Acta N° 21 Bogotá, D. C., nueve de marzo de dos mil seis. Ver además procesos 10990, 10991, 18308, 18443, 20218, 20691, 20873, 21081, 21382, 22235, 22327, 23033 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otros.