



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal



Magistrado Ponente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

SP2143-2018

Radicación N° 52321

(Aprobado Acta N°189)

Bogotá D.C., trece (13) de junio de dos mil dieciocho (2018)

VISTOS

1. La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ, en contra de la sentencia condenatoria proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena por el delito de peculado por apropiación a favor de terceros en grado de tentativa y el concurso homogéneo de prevaricato por acción.

HECHOS

2. Según el escrito de acusación, el procesado PAYARES PÉREZ en su condición de Juez Segundo Civil del Circuito de Magangué - Bolívar profirió el 11 de diciembre de 2006 una sentencia de tutela a favor de 95 maestros que reclamaban el reconocimiento de la pensión gracia y ordenó el desembolso de recursos de la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL.

3. El referido fallo no fue acatado y el 5 de marzo de 2010, en el curso de un incidente de desacato, el funcionario ordenó mediante medida cautelar el embargo y retención provisional de los dineros de dicha entidad, hasta por \$21.053'024.851,25 (veintiún mil cincuenta y tres millones veinticuatro mil ochocientos cincuenta y un pesos con veinticinco centavos), para ser girados al apoderado de los maestros.

4. Ante esta situación, la representante judicial de CAJANAL le solicitó revocar la orden al juez PAYARES PÉREZ, entre otros argumentos, debido a la inembargabilidad de dichos bienes. No obstante, mediante auto del 23 de marzo de 2010, el funcionario mantuvo en firme la decisión.

ACTUACIÓN PROCESAL

5. El 8 de julio de 2010 tuvo lugar la audiencia de formulación de imputación en el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena, en contra de ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ, por los delitos de prevaricato por acción y peculado por

apropiación a favor de terceros en grado de tentativa.

6. En agosto de 2010 se radicó el escrito de acusación, y en noviembre del mismo año se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena. En esta última fecha se aclaró que los cargos de prevaricato eran por las decisiones adoptadas en los autos del 5 y el 23 de marzo de 2010.

7. La audiencia preparatoria tuvo lugar en las sesiones del 4 de abril y 28 de julio de 2011, y el juicio oral se llevó a cabo los días 25 de abril de 2016, 28 de noviembre de 2017 y 30 de enero de 2018.

8. El sentido del fallo condenatorio fue dado a conocer el 30 de enero de 2018, y la lectura de la decisión se efectuó el 13 de febrero del mismo año, frente a la cual el apoderado de la defensa interpuso recurso de apelación¹.

LA SENTENCIA RECURRIDA

9. La Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena refirió que la presente actuación no afectaba el principio del *non bis in ídem*, debido a que si bien PAYARES PÉREZ había sido condenado por proferir la sentencia de tutela del 11 de diciembre de 2006, las decisiones objeto del presente juzgamiento estaban suscritas a los autos proferidos en el trámite del incidente de desacato promovido para el

¹ El recurso fue interpuesto en la diligencia de lectura del fallo del 13 de febrero de 2018, y lo sustentó por escrito el 19 de febrero siguiente.

cumplimiento de la aludida acción constitucional.

10. Luego, reseñó las características del delito de prevaricato por acción y concluyó que dicha conducta la había cometido el procesado cuando profirió el auto del 5 de marzo de 2010, pues contaba con otros mecanismos para ejercer las labores de vigilancia al fallo de tutela, distinto a la decisión de embargar dineros públicos y ordenar la liquidación de prestaciones económicas.

11. En ese sentido, el *a quo* afirmó que hubo una contradicción entre las normas del incidente de desacato y aquellas que permitían proferir una medida cautelar de embargo, y que el funcionario no estaba habilitado para ordenar esta última medida. Por ende, se evidenciaba la intención de contrariar el ordenamiento jurídico para que los solicitantes accedieran a sus pretensiones económicas.

12. La primera instancia efectuó un análisis similar en relación con el auto del 23 de marzo, mediante el cual PAYARES PÉREZ resolvió el recurso de reposición a la orden de embargo, al considerarlo contrario al ordenamiento jurídico y, además, porque con este el funcionario pudo actualizar su conocimiento sobre la inembargabilidad de estos fondos públicos y corregir el curso del proceso.

13. Al mantener la orden de embargo, en contravía con los elementos de prueba obrantes en el proceso, tales como un certificado bancario y otro de la Dirección de Presupuesto Público Nacional que certificaba la inembargabilidad de estos

recursos, se evidenció que actuó en contravía de las disposiciones legales y con plena conciencia de lo que hacía.

14. En cuanto al delito de peculado por apropiación a favor de terceros, el Tribunal consideró que tuvo lugar cuando el procesado acudió a sus facultades jurisdiccionales como juez para disponer de los recursos mediante la orden de embargo, y porque ordenó disponer el dinero público en beneficio de los incidentantes.

15. Aunque al final la orden no se ejecutó, pues la misma no la cumplió la entidad bancaria y fue revocada en sede de tutela por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior de Cartagena, lo cierto es que el delito se configuró el grado de tentativa con actos idóneos e inequívocos para su consumación.

16. En definitiva, el Tribunal resolvió condenar a PAYARES PÉREZ a la pena de 48 meses de prisión por el delito más grave, esto es, por el peculado por apropiación a favor de terceros, e incrementó en 20 meses por cada una de las dos (2) conductas de prevaricato por acción. Impuso entonces la pena de 88 meses de prisión, multa de 50 SMLMV y 114,6 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

17. La decisión de primera instancia concluyó con la negativa al procesado de suspender condicionalmente la ejecución de la pena y de concederle la prisión domiciliaria.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

18. El abogado de la defensa solicitó revocar el fallo condenatorio y ordenar el archivo del proceso. De manera subsidiaria, requirió que en caso de confirmarse la sentencia condenatoria se le concediera al funcionario el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria. Dichos argumentos se exponen a continuación, en orden de trascendencia para el proceso:

19. Como ya lo había alegado en el curso de juicio oral, insistió en que la presente actuación debió tramitarse bajo el régimen procesal penal de la Ley 600 de 2000, y evitar así que se configurara una nulidad, ya que bajo dicha norma se surtió el proceso en contra de PAYARES PÉREZ como consecuencia del fallo de tutela que profirió el 11 de diciembre de 2006 y que hizo tránsito a cosa juzgada.

20. En contra de esa decisión se interpuso el incidente de desacato que dio origen a la orden de embargo del 5 de marzo de 2010, objeto del presente asunto. Por ende, al existir un *“factor sustancial -más que cronológico-”* entre las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, todo el proceso debió surtirse por la primera de las referidas normas, al ser más favorable, con independencia de la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio.

21. El procesado tuvo en su momento la complejidad de promover que se acatara fallo de tutela -inclusive por orden del Consejo Superior de la Judicatura-, respecto del cual fue

denunciado penalmente y le iniciaron una actuación disciplinaria. De esa decisión y de las órdenes para su cumplimiento existe una “*unidad de conducta*”, de la que hacen parte todos los hechos objeto de juzgamiento.

22. Como consecuencia de las actuaciones en su contra, fue sancionado disciplinariamente y condenado penalmente, decisión ratificada en segunda instancia por la Corte Suprema de Justicia. En esta última oportunidad se reconoció la existencia de la “*unidad de conducta*” en relación con los actos proferidos por PAYARES PÉREZ para hacer cumplir el fallo de tutela.

23. La emisión del fallo de la acción constitucional y los autos en el curso del incidente de desacato son acciones que se subsumen en el comportamiento inicial, como lo expuso la Fiscalía en la audiencia de formulación de imputación y en el escrito de acusación. Esto, debido a que comparten una misma finalidad con independencia del tiempo transcurrido entre uno y otro momento (4 años aproximadamente).

24. El Tribunal profirió sentencia condenatoria, en aplicación de la Ley 600 de 2000, al considerar como prevaricadoras las acciones de tutela que profirió el funcionario. Los mismos juzgadores conocieron del proceso seguido por las órdenes en el curso del incidente de desacato, objeto del presente juzgamiento, situación que impidió garantizar su imparcialidad.

25. No fue contraria a la ley la orden de embargo a

CAJANAL contenida en el auto del 5 de marzo de 2010, puesto que se trata del reconocimiento de una prestación laboral cuyos recursos tienen el carácter de parafiscal y pueden ser embargados, más aun si el objetivo es garantizar el pago de dichas prestaciones. Esta línea argumentativa ha sido reconocida por la jurisprudencia de las altas cortes.

26. El juez tenía la facultad de tomar medidas provisionales para garantizar el cumplimiento del fallo, evento que se configuró luego de haber fracasado la sanción impuesta en el incidente de desacato debido a que no se pudo materializar el arresto en contra del gerente de CAJANAL. En ese escenario, persistía la obligación de garantizar los derechos fundamentales que se consideraron vulnerados y que tenían que ver con el pago de acreencias laborales.

27. Lo que buscaba en últimas PAYARES PÉREZ con las órdenes impartidas en el incidente de desacato, era hacer valer el imperio de la ley contenido en unas órdenes judiciales que habían hecho tránsito a cosa juzgada y que debían cumplirse. En ese contexto, está llamado a efectuarse el juicio de responsabilidad penal en su contra, además que, para el momento de los hechos, llevaba pocos años ejerciendo como juez.

28. El Tribunal interpretó una prueba en contra del servidor público, pese a que la misma le favorecía. En concreto, afirmó que la vigilancia administrativa que obraba en proceso de la tutela había sido solicitada por CAJANAL, cuando realmente la requirieron los accionantes, y tenía la

finalidad de que se ejecutaran las medidas necesarias para materializar el cumplimiento del fallo de tutela.

29. Ahora bien, con la orden de embargo no se incurrió en el delito de peculado por apropiación a favor de terceros tentado, puesto que no hubo entrega o disposición de los recursos a favor de los accionantes. Dicho mandato siempre estuvo condicionado a la existencia de otro pronunciamiento judicial, que en efecto ocurrió, y que revocó la decisión, independientemente de los oficios proferidos para el cumplimiento de la orden.

30. El auto del 23 de marzo de 2010 -mediante el cual no accedió a revocar el que profirió el 5 de ese mismo mes-, no se puede apreciar como otra conducta de prevaricato, puesto que no fue comunicado por la Fiscalía en la audiencia de formulación de imputación del 8 de julio de 2010. Esta situación contradice la congruencia que debe existir entre la imputación, la acusación y el fallo.

31. La primera instancia no hizo un análisis integral de las pruebas aportadas por la defensa y que conducían a la absolución de PAYARES PÉREZ, desconociendo las reglas de apreciación de la prueba. Dichos elementos deben valorarse en conjunto, desde aquellos que fueron soporte a la emisión del fallo de tutela, como las decisiones subsiguientes en procura de su cumplimiento.

32. Finalmente, el apoderado de la defensa refirió que en caso de no revocarse el fallo, su prohijado cuenta con la

totalidad de los requisitos previstos para acceder a la concesión de la prisión domiciliaria, según lo establecido en el artículo 23, numeral 1°, de la Ley 1709 de 2014. Esto, teniendo en cuenta que la conducta de peculado por apropiación a favor de terceros por la cual fue condenado oscila entre 96 a 270 meses de prisión, y porque se trata de un padre cabeza de hogar.

CONSIDERACIONES

33. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver el recurso de apelación según lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, pues se interpuso en contra de una decisión proferida en primera instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena.

34. Cabe precisar que la competencia en segunda instancia es funcional, esto es, limitada al estudio de los argumentos de inconformidad expuestos oportunamente por el apelante y aquellos que estén ligados de manera inescindible.

35. En el presente caso, la Corte deberá resolver si el funcionario judicial ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ incurrió en los delitos de prevaricato por acción en concurso homogéneo, en concurso con peculado por apropiación a favor de terceros en grado de tentativa, por hechos ocurridos en el incidente de desacato de la acción de tutela que profirió el 11 de diciembre de 2006.

36. Se abordarán los siguientes temas con el objetivo de estudiar el recurso de apelación y efectuar las labores de control judicial al fallo de primera instancia: *(i)* régimen procesal aplicable al presente asunto; *(ii)* concepto de unidad de conducta o unidad de acción; *(iii)* principio de congruencia; *(iv)* el delito de prevaricato por acción; *(v)* el delito de peculado por apropiación a favor de terceros; y *(vi)* la prisión domiciliaria.

***i.* Régimen procesal aplicable al presente asunto**

37. El apoderado judicial de PAYARES PÉREZ considera que para evitar una nulidad en la presente actuación el proceso debió tramitarse bajo los presupuestos de la Ley 600 de 2000 en la que fue condenado por el Tribunal Superior de Cartagena, decisión que fue confirmada parcialmente por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SP583-2017.

38. La condena en el referido proceso penal fue por el delito de prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo, y se originó como consecuencia de los fallos de tutela que el funcionario profirió el 6 de octubre de 2006 y el del 11 de diciembre de 2006, mediante los cuales ordenó el reconocimiento y pago de la pensión gracia a favor de algunos docentes identificados como del orden nacional.

39. En relación con la tutela del 11 de diciembre de 2006, en el año 2010 el procesado dio trámite a un incidente de desacato en el que profirió el auto del 5 de marzo de 2010

ordenando el embargo de los fondos de CAJANAL, y luego, mediante auto del 23 de ese mismo mes y año, mantuvo su decisión al resolver un recurso de reposición. Dichos autos son objeto del presente juzgamiento.

40. Del anterior cotejo cronológico es posible advertir dos momentos con características distintas. Primero, los fallos de tutela del 2006 mediante los cuales se ordenó el reconocimiento y liquidación de prestaciones sociales a favor de los docentes; y segundo, las decisiones que se adoptaron en el 2010 en el curso del incidente de desacato que promovieron los accionantes para el cumplimiento del fallo del 11 de diciembre de 2006.

41. A efectos de determinar el régimen procesal aplicable, sea oportuno referir que el sistema procesal penal con tendencia acusatoria (L. 906/04) entró a regir el 1° de enero de 2005, pero no lo hizo en todo el territorio nacional, sino que inició en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Luego, a partir del 1° de enero de 2006, en los de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal.

42. Las decisiones proferidas por PAYARES PÉREZ y que fueron reseñadas en su momento, las expidió cuando se desempeñaba como Juez Segundo Civil del Circuito de Magangué en el Departamento de Bolívar, que pertenece al Distrito Judicial de Cartagena, donde la Ley 906 de 2004 inició a regir el 1° de enero de 2008, según lo indica el inciso final del artículo 530 de dicha norma.

43. Es decir que, en relación con las decisiones del 2006, no resulta extraño que el proceso se haya tramitado en aplicación de la Ley 600 de 2000, como en efecto ocurrió; pero frente a los autos que profirió en el año 2010, el régimen aplicable es la Ley 906 de 2004, que inició su vigencia en ese distrito judicial desde el 1° de enero de 2008.

44. Lo anterior tiene sustento en el respeto del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual establece que las normas con las que se adelanta un juzgamiento son las preexistentes al acto o actos que se imputan, ante un juez o tribunal competente y con observancia de las formas propias de cada juicio.

45. En la misma línea del texto superior se encuentra el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que instauró como regla de nuestro ordenamiento jurídico la aplicación inmediata de la ley procesal, con excepción de las actuaciones que ya estuvieran iniciadas, las cuales deben regirse por la ley vigente al momento de iniciarse el respectivo proceso.

46. No escapa de estos mandatos el principio de favorabilidad, pues en materia penal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable -ibíd., Const. Pol., art. 29-. De hecho, este es uno de los argumentos por los cuales el apoderado de PAYARES PÉREZ solicita que se le aplique la Ley 600 de 2000.

47. Si bien la Corte ha reconocido, en sujeción con el principio de favorabilidad, que algunos institutos de la Ley 906 de 2004 puedan aplicarse a la Ley 600 (como fue expuesto en la reciente decisión SP379-2018), lo cierto es que no es posible interpretar esos criterios jurisprudenciales con miras a que el presente asunto curse en su integridad en aplicación de la Ley 600 de 2000.

48. Lo anterior, por tanto, de los fallos de tutela del 6 de octubre de 2006 y del 11 de diciembre de 2006 se surtió un proceso penal en el que se profirió condena en primera y segunda instancia, es decir que, respecto de aquellos hechos, ya operó el fenómeno jurídico de la cosa juzgada.

49. La solicitud de tramitar en conjunto los hechos ocurridos en el incidente de desacato de la acción de tutela, con aquellos por los cuales ya se profirió sentencia condenatoria, conduce al desacierto de pretender que se discutan hechos contenidos en las decisiones judiciales ya proferidas y por circunstancias ajenas a aquellas excepcionales con las que se podría remover la cosa juzgada que pesa sobre ellas.

50. Así el objetivo no sea discutir la condena en firme en contra de PAYARES PEREZ sino sólo que el proceso se tramite bajo la Ley 600 de 2000, debe precisarse que el régimen procesal penal no se escoge a discreción de parte, pues como se vio, depende de la norma vigente al momento de los hechos que para este caso es la Ley 906 de 2004. En

todo caso, no se alegó en específico por qué para el procesado es más favorable el primero de dichos ordenamientos jurídicos.

51. En últimas, resulta evidente que el presente asunto se ha llevado a cabo con estricto cumplimiento del debido proceso y no se configura algún tipo de irregularidad que tenga como efecto la declaratoria de nulidad del proceso, como lo sugiere el recurrente.

ii. El concepto unidad de conducta o unidad de acción

52. Una vez resuelta la discusión en cuanto al régimen procesal penal aplicable, debe analizarse la solicitud de reconocer la existencia de una “*unidad de conducta*” en relación con la sentencia de tutela y los autos proferidos en el curso del incidente de desacato. El apelante considera que corresponden a una sola acción y comparten una misma finalidad, con independencia del tiempo transcurrido entre uno y otro momento.

53. Pues bien, como ya se ha dicho con anterioridad, el procesado profirió en un inicio los fallos de tutela del 6 de octubre de 2006 y del 11 de diciembre de 2006, mediante los cuales ordenó el reconocimiento y pago de la pensión gracia a favor de algunos docentes, y luego, en el año 2010, los autos del 5 y 23 de marzo en el curso del incidente de desacato instaurado para el cumplimiento del fallo de diciembre de 2006.

54. De tiempo atrás la jurisprudencia de la Corte ha reconocido el concepto de unidad de conducta o unidad de acción, principalmente para los delitos de ejecución sucesiva, cuando los mismos se realizan con un *“dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal, es decir, un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de intención...”* (CSJ. AP, 20 feb. 2008, rad. 28880).

55. En la decisión SP2933-2016, se dijo que en los delitos de ejecución instantánea se puede acudir al concepto de unidad de conducta, cuando los mismos se realizan *“mediante actos diversos prolongados en el tiempo”*, a efectos de determinar *“cuándo opera su consumación y de ahí el momento a partir del cual empieza a correr el término de prescripción de la acción penal (...), pues es claro que, frente a tal supuesto, tendría la connotación de un verdadero delito continuado”*.

56. De todas formas, el evento o eventos circunstanciales en que se cometieron las conductas con relevancia penal, determinan si es posible entenderlos como una unidad. Para eso, resulta indispensable establecer si se trató de un delito continuado, de ejecución instantánea, un concurso de conductas, o simplemente, un solo hecho antijurídico perpetrado mediante una sucesión de actos.

57. En el proceso AP6938-2015 la Corte estudió un caso de prevaricato por acción en el que se dio aplicación al concepto de unidad de conducta o de acción. Allí se dijo que,

en estricto sentido, la jurisprudencia aceptaba su aplicación cuando se trataba de delitos cometidos en contra del patrimonio económico y en los delitos continuados.

58. Pero adicionalmente se precisó que la existencia de una unidad de delito *“no opera [de manera] apenas teleológica, esto es, porque se tenga una idea criminal general y ella abarque todas las conductas (...), sino en virtud de que pese a poder diferenciarse como efectivamente delictuosa cada conducta individualizada, todas ellas se atan por ocasión del querer criminal común o inicial”* (ibíd., AP6938-2015).

59. Por ende, en los casos en que existen varias decisiones que se tildan de prevaricadoras, como en el caso concreto, será necesario el análisis de cada una para determinar en ellas los componentes de tipicidad objetiva y subjetiva, pues dicho delito se considera dogmáticamente como de ejecución instantánea, esto es, que se consuma cuando el servidor público profiere la decisión contraria a derecho.

60. En cuanto a su comprensión como una unidad, cabe decir que si bien el conjunto de decisiones proferidas por PAYARES PÉREZ guardan relación, pues se trata de una sentencia de tutela y su consecuente cumplimiento, lo cierto es que cada acto resulta ontológicamente diferenciable, por lo que deben apreciarse de manera individual.

61. En general, son distintas las circunstancias en que profirió las sentencias de reconocimiento y pago del derecho

a pensión gracia a los docentes, por las cuales fue condenado en primera y segunda instancia (Cfr. CSJ SP SP583-2017), de aquellas en que profirió los autos del 5 y 23 de marzo de 2010, donde decretó el embargo de determinadas sumas de dinero con miras a garantizar su cumplimiento.

62. Resulta claro que en el primer evento el funcionario ordenó el reconocimiento de un derecho, y como consecuencia, el pago del mismo; pero luego, la situación era muy distinta, ya que su actuar estaba mediado por el escenario procesal del incidente de desacato, donde el conjunto de decisiones adoptadas se evalúan individualmente desde su contrariedad o no con el ordenamiento jurídico.

63. La Corte advirtió inclusive, en el proceso en que fue condenado el funcionario por las acciones de tutela, que dicha actuación “...se lleva[ba] a cabo sobre los presupuestos fácticos, probatorios y jurídicos de la decisión que se acusa de prevaricadora, a fin de establecer si la misma es o no manifiestamente contraria a la ley, con independencia de los hechos consecuentes a la decisión”, esto es, de los autos proferidos para hacer cumplir el fallo del 11 de diciembre de 2006 (ibíd., SP583-2017). Subrayas fuera del texto original.

64. Lo antedicho tampoco involucra la imparcialidad de los juzgadores y, en concreto, la conformación de la Sala de Conocimiento de primera instancia. Dicha instancia juzgó tanto los hechos de prevaricato por las acciones de tutela que profirió el procesado, como los autos de la presente

actuación. Según lo estableció en su momento el *a quo* al resolver la recusación que se interpuso en contra de sus integrantes², se trata del conocimiento de dos circunstancias fácticas distintas donde no hay una relación jurídica material que comprometiera su independencia.

65. Es decir que, como consecuencia de la argumentación que antecede, no se acepta para este caso la aplicación de la categoría de unidad de conducta o de acción, respecto de los hechos objeto de debate.

iii. El principio de congruencia

66. Previo a decidir lo que corresponda en relación con los delitos por los cuales fue condenado PAYARES PÉREZ, deberá estudiarse el argumento según el cual, el auto proferido el 23 de marzo de 2010 en el cual no accedió a revocar la decisión del 5 de ese mismo mes, no puede apreciarse como otra conducta de prevaricato ya que dicho acto no fue comunicado por la Fiscalía en la audiencia de formulación de imputación del 8 de julio de 2010.

67. El apoderado judicial considera que debido a esto se produjo una vulneración al principio de congruencia que debe existir “*entre la imputación, la formulación de acusación y la sentencia*”, asunto que -se advierte de primera mano- no está llamado a prosperar, teniendo en cuenta los criterios que al respecto ha trazado la Corte en reiterada y pacífica

² Carpeta 3 del proceso, folios 54 a 64.

jurisprudencia.

68. Se ha dicho en concreto que se quebranta el principio de congruencia, en el marco de la Ley 906 de 2004, si se está frente a determinadas circunstancias, las cuales fueron compendiadas en la decisión AP4064-2016³ y reiteradas en la SP107-2018. Esto es, cuando:

“(i) Se condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación.

(ii) Se condena por un delito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación.

(iii) Se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad no imputada en la acusación.

(iv) Se suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación.

Es de anotar que frente a la primera de las aludidas hipótesis, la Corte tiene dicho también que la vulneración del principio de congruencia, en lo referente a la imputación fáctica, se produce siempre que se desconozca el núcleo esencial de la misma”⁴.

Subrayas fuera del texto.

69. Es decir que, el principio de congruencia tiene una directa relación con los aspectos fácticos de las audiencias de formulación de imputación y de acusación, y de estas con

³ Las mismas fueron establecidas en sujeción con las decisiones: CSJ SP, 6 de abr. de 2006, rad. 24668; CSJ SP, 28 de nov. de 2007, rad. 27518; CSJ SP, 8 de oct. de 2008, rad. 29338.

⁴ CSJ SP, 27 de jul. de 2007, rad. 26468; CSJ SP, 3 de jun. de 2009, rad. 28649; CSJ SP, 15 de oct. de 2014, rad. 41253.

el fallo, guardando el respeto de su *núcleo esencial*, el cual se entiende como el conjunto de elementos que configuran la conducta o conductas delictivas.

70. Pues bien, una vez trazados los anteriores lineamientos, conviene precisar que según la audiencia de formulación de imputación del 8 de julio de 2010 a que hace alusión el apelante, le fue comunicado en efecto a PAYARES PÉREZ que se le investigaba por los delitos de peculado por apropiación con circunstancia de agravación en la modalidad de tentativa, y de prevaricato por acción⁵.

71. En lo que concierne al prevaricato por acción, la delegada de la Fiscalía refirió que se imputaba como consecuencia del auto que profirió el 5 de marzo de 2010, mediante el cual emitió la orden de embargo a las cuentas de CAJANAL⁶, aunque fácticamente también aludió al auto del 23 de marzo de 2010. Dijo en concreto la representante del ente investigador:

“...además de lo anterior, y luego de haberse tomado la decisión de embargo, el día 9 de marzo del 2010 la apoderada de CAJANAL presenta un escrito mediante el cual le solicita que se revoque la medida, alegando entre otras cosas que dicho embargo no es procedente...(...), pero el Juez Civil Segundo del Circuito mediante proveído de fecha 23 de marzo (...) decide no revocar la medida cautelar ateniéndose a las decisiones antecedentes que dieron origen a la decisión de embargo...”⁷.

⁵ Audiencia del 8 de julio de 2010, registro 134304089003_01_01, minuto 27:50.

⁶ Ibid., minuto 21:50.

⁷ Ibid., minuto 27:36.

72. Tiempo después, en la audiencia de formulación de acusación llevada a cabo el 2 de noviembre de 2010, adicionó el escrito de acusación describiendo nuevamente la situación fáctica que da cuenta de las circunstancias en que fue proferido el auto del 23 de marzo de 2010⁸, y concluyó que se trataba de dos (2) decisiones contrarias a la ley contenidas en los autos del 5 y 23 de marzo de 2010⁹.

73. Se evidencia entonces que el auto del 23 de marzo de 2010 fue relacionado fácticamente en la imputación, y formulado fáctica y jurídicamente en la audiencia de acusación. Dichos hechos se ven reflejados en el fallo de instancia, por lo que no se advierte que exista una vulneración al principio de congruencia, a efectos de excluir uno de los delitos de prevaricato, tal como lo solicitó el recurrente en la alzada.

iv. El delito de prevaricato por acción

74. El delito de prevaricato por acción contenido en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, establece:

“El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.”

⁸ Audiencia del 2 de noviembre de 2010, registro 130012204000_01_01, minuto 7:50.

⁹ Ibid., minuto 10:00.

75. El tipo objetivo hace alusión a un sujeto activo calificado que realiza la conducta, esto es, un “*servidor público*”. También se encuentra presente el verbo rector de *proferir*, junto con los siguientes ingredientes normativos: que sea una “*resolución, dictamen o concepto*”, y que la misma contenga la característica de ser “*manifiestamente contrario[a] a la ley*”.

76. Es decir que, para que se configure el delito debe haber contradicción entre la decisión que profiere el servidor público y la norma que regula la materia. Pero además, que se busque quebrantar el ordenamiento jurídico, pues cuando son temáticas complejas, discutibles, susceptibles de opiniones disimiles o diversas, no podría afirmarse que existe tal contradicción (Cfr. CSJ, entre otras, SP 18 mar. 2009, rad. 31052).

77. En cuanto al elemento subjetivo de la conducta, cabe reiterar que la misma contiene la voluntad de proferir una decisión contraria a derecho, ya que la sola equivocación del servidor impide que se configure el delito. Es decir que, el dolo debe demostrarse “*...en su aspecto intelectual, referido al conocimiento de la tipicidad y la antijuridicidad del comportamiento, y volitivo, entendido como la inclinación síquica de quebrantar la ley*” (SP 5 dic. 2007, rad. 27290).

78. Ahora bien, a partir de la sentencia SP14499-2014 -en sujeción con el Acto Legislativo 02/15- se estableció que en los casos de prevaricato por acción deben concurrir

circunstancias fácticas adicionales de aquellas que tienen que ver con el conocimiento y voluntad de proferir determinada decisión, esto, bajo los preceptos del texto constitucional y del bloque de constitucionalidad, y en aras de amparar la autonomía e independencia de la administración de justicia.

79. Se busca que el componente subjetivo, el cual necesariamente debe analizarse bajo las circunstancias particulares de cada caso y los elementos de juicio con los que se contaba para proferir la decisión¹⁰, contenga la intención de incurrir en un acto de corrupción.

80. Con esta línea se resguarda la inviolabilidad e intangibilidad de las decisiones judiciales, ya que se parte del respeto por la autonomía de los servidores judiciales en sus actuaciones, aunque dicha protección no es absoluta, pues no ampara aquellos actos que estén destinados a *“abandonar deliberadamente este propósito para aplicar el derecho y la justicia al revés”* (ibíd., SP14499-2014).

81. En últimas, el ingrediente subjetivo de la conducta de prevaricato por acción exige, por un lado, el conocimiento y la voluntad de obrar en determinado sentido, y además, que la conducta esté guiada a contrariar el ordenamiento jurídico mediante una decisión propia de sus funciones, con el fin de favorecer intereses propios o ajenos.

¹⁰ Cfr. Entre otras: CSJ SP 8 nov. 2001, rad. 13956.

v. Caso concreto

82. En el caso objeto de estudio, el apoderado de la defensa plantea que la decisión proferida por PAYARES PÉREZ de ordenar el embargo de las cuentas de CAJANAL, contenida en el auto del 5 de marzo de 2010, no fue contraria a la ley, sino un acto destinado a garantizar el cumplimiento del fallo de tutela y proteger derechos fundamentales.

83. Con base en lo expuesto en el acápite anterior y en armonía con las solicitudes del recurso de alzada, sea lo primero precisar el contexto en el cual se encontraba el funcionario al momento de proferir la decisión, esto es, en curso de un incidente de desacato de una acción de tutela.

84. Del análisis de las circunstancias que se describen a continuación, y que antecedieron la orden de embargo, podrá determinarse si las decisiones adoptadas fueron contrarias a la ley según lo exige el elemento normativo el delito de prevaricato por acción:

(i) Luego de haberse proferido la acción de tutela del 11 de diciembre de 2006, mediante el cual el funcionario le ordenó a CAJANAL el reconocimiento y pago de la pensión gracia, el apoderado de los accionantes presentó un incidente de desacato -en enero de 2007- para que se cumpliera la orden proferida en la acción de tutela. En dicho trámite, ordenó el arresto del representante legal de CAJANAL.

(ii) En los actos administrativos que profirió la entidad con posterioridad al fallo de tutela, les negó el reconocimiento de la pensión gracia a los accionantes.

(iii) En diciembre de 2009 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resolvió una tutela en segunda instancia en la cual le ordenó a CAJANAL proceder con el cumplimiento del fallo.

(iv) Según el auto del 5 de marzo de 2010, el apoderado de los accionantes había solicitado tres (3) veces el embargo de las cuentas de CAJANAL, como medida cautelar, en aras de salvaguardar los derechos fundamentales de aquellos.

(v) Como consecuencia del fallo de tutela y del curso de su cumplimiento, el funcionario judicial había sido denunciado penal y disciplinariamente, y cursaba una vigilancia administrativa en dicho proceso¹¹.

85. Este fue el contexto en el que el funcionario PAYARES PÉREZ profirió la decisión de embargo, y bajo el mismo debe examinarse su legalidad, aunque su defensor insiste en que la orden fue legal pues se trata de bienes parafiscales embargables, según la jurisprudencia de las altas cortes.

86. No obstante, adicional a que en el recurso no se

¹¹ Estos elementos de contexto se extraen de los veintidós (22) documentos incorporados al juicio oral el 28 de noviembre de 2017, y contenidos en la carpeta No. 3 del proceso, folios 60 a 275.

expuso la supuesta correlación entre la jurisprudencia vigente al momento de los hechos y la orden impartida, lo cierto es que en el proceso obra el auto de la Corte Constitucional del 9 de septiembre de 2010 en el que ordenó -entre otras cosas- levantar cualquier embargo a CAJANAL en el curso de la referida tutela, actuación que culminó con la revocatoria del fallo que reconoció esas pensiones gracia (CC T-218-12).

87. Es decir que tiempo después de proferirse la decisión, la Corte Constitucional determinó que no se trataba de bienes parafiscales sujetos a embargo. Pero anterior a esto, tampoco se podía asumir que aquellos recursos tuvieran dicha categoría, pues la propia CAJANAL había determinado que los accionantes no cumplían con los requisitos legales para acceder al derecho pensional que reclamaban.

88. En el auto del 5 de marzo de 2010 no se acudió a ningún tipo de argumento jurisprudencial o legal para concluir que eran bienes parafiscales susceptibles de embargo. Su fundamentación se basó principalmente en el fallo de tutela de segunda instancia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que ordenó a CAJANAL proceder con el cumplimiento del fallo.

89. Aun así, se insiste en que el escenario para valorar la legalidad de la orden de embargo es aquel ocurrido con posterioridad a que se profiriera el fallo de tutela. Dicha decisión de amparo no había sido revocada al momento de

promoverse el incidente de desacato, trámite en el cual, se ordenó el embargo mediante auto del 5 de marzo de 2010.

90. Dicho embargo resulta contrario a las facultades del juez de tutela, ya sea en el incidente de cumplimiento o al momento de decidir sobre una sanción por desacato, según los artículos 23, 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, asunto que en efecto lo tenía presente PAYARES PÉREZ, quien adicional a dicha normativa invocó el principio de integración con el procedimiento civil de que trata el artículo 4° del Decreto 306 de 1992.

91. Es claro que el juez de tutela, en el curso del incidente de cumplimiento, puede *disponer de lo necesario* para que se pueda ejercer el derecho vulnerado (Corte Constitucional, A-010-04, decisión citada en el auto del 5 de marzo de 2010), no obstante, de ninguna manera quiere decir que por esa vía hayan estado a su disposición las cuentas de CAJANAL, entidad que por orden legal era la facultada para administrar tales recursos (Cfr. Dto. 65/04 y L. 100 de 1993).

92. Ahora bien, como ya se dijo, en el presente asunto se ordenó -ante el incumplimiento de la tutela- una sanción por desacato consistente en el arresto del representante legal de CAJANAL, pero no quiere decir que habían cesado sus deberes como juez constitucional de requerir pruebas (CC A114-05); dictar órdenes modificatorias o complementarias (CC A141B-04 y SU1158-03), o de convocar a diligencias públicas para su seguimiento (T-025-04).

93. Lo evidente es que, la sanción que impuso PAYARES PÉREZ no era un punto definitivo con el que haya podido fundamentar el embargo de estos recursos, ni tampoco el fallo de tutela en segunda instancia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura o los procesos en su contra, pues todo el tiempo contó con otras herramientas en el curso del incidente de cumplimiento o de sanción por desacato.

94. En su momento pudo inclusive proseguir con las órdenes de tipo sancionatorio como un nuevo requerimiento a la autoridad competente, la solicitud de apertura de procesos disciplinarios o la compulsa de copias en lo penal, todas en el marco del Decreto 2591 de 1991, o simplemente reconsiderar el alcance de las decisiones adoptadas ante la evidente contrariedad entre la orden impartida en sede de tutela y las resoluciones adoptadas por CAJANAL.

95. Ahora bien, adicional al auto del 5 de marzo de 2010, se encuentra el del 23 del mismo mes y año en el que se resolvió el recurso de reposición que CAJANAL interpuso a esa orden, en el cual el procesado continuó con la misma línea y desconoció arbitrariamente los argumentos de orden legal en relación con la inembargabilidad de recursos del denominado Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional – FOPEP.

96. Según la solicitud de la entidad, que además fue transcrita en el referido auto:

“Los recursos que se encuentran depositados en la cuenta de reservas del Fondo de Pensiones del Nivel Nacional – FOPEP, y con los cuales se garantiza el pago de los pensionados de las cajas y fondos del nivel nacional (...), son inembargables, en virtud de lo dispuesto en los artículos 19 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, 6° de la Ley 179 de 1994, 37 de la Ley 1169 de 2007 y 177 del Código Contencioso Administrativo, habida cuenta que el Ministerio de la Protección Social es la sección presupuestal 3601 y sus recursos independientemente de su denominación son inembargables, según (...) constancia expedida por la Directora Nacional del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.”¹²

Subrayas fuera del texto.

97. Pese a esto el funcionario manifestó que se trataba de acreencias de orden laboral cuya destinación era la misma para la cual se ordenaba el embargo. Desconoció no solo las argumentaciones transcritas sino la fragilidad del derecho reconocido mediante la acción constitucional, además que las excepciones a los embargos de obligaciones laborales hacen alusión a procesos en la jurisdicción ordinaria y no constitucional, como lo expone la jurisprudencia que citó en el auto del 23 de marzo de 2010 (CC T-262-97).

98. Es decir que, aunque tuvo todas las herramientas para actualizar su conocimiento y corregir los errores en las órdenes judiciales que impartió, el funcionario quiso cumplir a toda costa el fallo, contrariando especialmente sus facultades legales y las normas vigentes, asunto que tenía como consecuencia la apropiación de recursos públicos a

¹² Dicho documento fue incorporado en la audiencia de juicio oral del 28 de noviembre de 2017 junto con otros 21 documentos. Se identifica como prueba documental No. 17. Carpeta 3, folios 216 a 224.

favor de los accionantes.

99. El contenido de las órdenes que impartió en el curso del cumplimiento de una acción de tutela, no se justifica por el hecho de no contar con una experiencia considerable como juez, pues las acciones constitucionales junto con su respectivo alcance, son el quehacer esencial que todo funcionario judicial debe conocer y respetar en el ejercicio de sus facultades constitucionales y legales (Cfr. Const. Pol., art. 86 y Dto. 2591/91, arts. 1° y 37).

100. Por lo expuesto, la Corte considera que los dos (2) autos mediante los cuales se impulsó el cumplimiento al fallo de tutela del 11 de diciembre de 2006 configuran la conducta concursal de prevaricato por acción.

vi. El delito de peculado por apropiación a favor de terceros

101. La defensa de PAYARES PÉREZ considera que con la orden de embargo no se incurrió en el delito de peculado por apropiación a favor de terceros en grado de tentativa, ya que no se produjo una entrega inmediata o la disposición de los recursos a favor de los accionantes.

102. Dicho delito, contenido en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, establece:

“El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o

custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. (...)”

103. Para que se configure el delito se requiere que la conducta la realice un sujeto activo calificado, esto es, un “*servidor público*”. E igualmente, que exista una *apropiación* en provecho personal o de un tercero de bienes del Estado, con las distintas variantes ya transcritas de los elementos normativos del tipo.

104. Se trata de un delito de ejecución instantánea que se configura cuando el patrimonio público es objeto de un acto de disposición, que como lo establece el tipo penal, puede ser a favor del funcionario que dicta la orden o de un tercero. El análisis de dicha disposición depende necesariamente de la relación que exista entre el sujeto activo y los recursos públicos.

105. Como se dijo en la sentencia SP9235-2017, el acto de apropiación es fácilmente demostrable cuando el servidor público dispone materialmente de los recursos, y no sucede lo mismo “*cuando el sujeto activo no detenta una relación tangible con estos, sino que la posibilidad de apropiación depende de su disponibilidad jurídica, del ejercicio de un deber funcional*”, como ocurre con algunas ordenes que imparten los jueces de la República.

106. En estos casos la lectura del verbo “*apropiar*” parte del alcance mismo de las decisiones judiciales, pues las mismas están revestidas en principio de un carácter vinculante, y amparadas por la presunción de acierto y legalidad. De ahí que, “*cuando quiera que se apartan de su cometido legal y constitucional, para otorgar ilegítimamente a particulares derechos sobre bienes públicos, actualizan el tipo de peculado por apropiación*” (ibíd., SP9235-2017).

107. La consumación de la conducta puede darse de manera inmediata o supeditada -como en el caso objeto de estudio- al cumplimiento de las órdenes contrarias a la ley por quienes disponen de los bienes. Es decir que, si se producen actos ejecutivos ciertos para lograr su disposición o apropiación material, y aun así no se concrete ese cometido, nada impide que la conducta se configure en grado de tentativa (Cfr. art. 27, L. 599/00).

vii. Caso concreto.

108. De la revisión del auto del 5 de marzo de 2010 se evidencia que adicional a la orden de “*embargo y retención provisional*” de los dineros de CAJANAL (\$ 21’053.851.024,25) -art.2-, también se dispuso que la entidad bancaria procediera de conformidad -art. 3-, y que por Secretaría se efectuara la respectiva liquidación de cada pensión incluyendo todos los factores salariales, retroactivos e indexaciones -art. 5-.

109. En la misma fecha del referido auto, se remitió por Secretaría una comunicación al banco BBVA donde se informó de la suma embargada y que la misma debía ser consignada *“en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario de Colombia, para ser girados a este ciudad, a órdenes del Juzgado y a favor de ANDRÉS FELIPE MAHECHA REYES”* [apoderado de los accionantes]. Subrayas fuera del texto.

110. Luego de esto, ante el funcionario PAYARES PÉREZ se radicó el recurso de reposición y algunos oficios del propio banco BBVA, en el que referían a la inembargabilidad de esos bienes, incluyendo la remisión de un certificado en ese mismo sentido suscrito por el Director General del Presupuesto Nacional.

111. Lo que prosiguió en relación con los actos dispositivos de los recursos de CAJANAL se dio con posterioridad al auto del 23 de marzo de 2010 que no repuso la orden de embargo, y por el contrario, mediante oficio del 24 de marzo siguiente el entonces Juez Segundo Civil de Magangué requirió *“al Gerente del BBVA de la ciudad de Bogotá, para que se sirva dar cumplimiento a la orden de embargo ordenada...”*¹³.

112. Esto condujo a que fueran *“congelados”* los recursos públicos por parte de la entidad bancaria, como lo reconoció la propia CAJANAL mediante certificado en el que consta la falta de disposición sobre los bienes para cubrir los

¹³ Carpeta 4 del proceso, folio 279.

gastos de funcionamiento del proceso liquidatorio y del recaudo de cotizaciones al Sistema General de Pensiones recuperados en el proceso liquidatorio.

113. De lo expuesto se evidencia que si bien los dineros no pasaron a manos del apoderado o de los accionantes, sí se insistió por parte del funcionario público en que así fuera, pese a los evidentes elementos con los que contaba para reconsiderar en el curso de cumplimiento del fallo los alcances de las órdenes que profirió.

114. Es decir, se emitieron órdenes destinadas a consumir la apropiación de los recursos por parte de los particulares, las cuales se aprecian idóneas por tratarse precisamente de órdenes judiciales, las cuales terminaron por afectar la disposición que la entidad tenía sobre los recursos.

115. La Corte concluye que también se encuentran reunidos los elementos que configuran el delito de peculado por apropiación a favor de terceros en la modalidad de tentativa.

***viii.* La prisión domiciliaria**

116. En el recurso de apelación se afirma que el procesado cumple con los requisitos para acceder a la concesión de la prisión domiciliaria, en atención a la pena de prisión establecida en las conductas por las cuales fue

condenado y por tratarse de un padre cabeza de hogar.

117. La sustitución de la prisión intramural por domiciliaria se encuentra consagrada en el artículo 38 original de la Ley 599 de 2000 -previo a las modificaciones introducidas por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014-. La misma no resulta aplicable al presente asunto, por cuanto la pena mínima prevista en la ley para el delito de peculado por apropiación excede los 5 años que la norma prevé como límite objetivo para que proceda.

118. Si se analizara por favorabilidad el artículo 38B del Código Penal, introducido por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, así el delito de prevaricato por acción cuenta con una pena mínima igual o inferior a 8 años de prisión como lo establece el numeral 1º, no se cumpliría el numeral 2º de dicha norma que impide la concesión del beneficio cuando alguno de los delitos por los que se emite condena se encuentra enlistado en el inciso 2º del artículo 68A *ibídem*.

119. Lo que se busca es evitar las concesiones a las conductas punibles dolosas contra la administración pública, como el prevaricato por acción y el peculado por apropiación objeto de juzgamiento en este proceso, asunto frente al cual también se torna inviable la concesión del mecanismo sustitutivo solicitado.

120. Finalmente, en lo que tiene que ver con la calidad de padre cabeza de familia que se reclama del procesado, la

Corte tiene dicho (entre otras, en la sentencia SP10919-2015) que para acceder por esa circunstancia a la prisión domiciliaria regulada en la Ley 750 de 2002 se debe cumplir con los siguientes requisitos:

“i) que el condenado, hombre o mujer, tenga la condición de padre o madre cabeza de familia; ii) que su desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo; iii) que la condena no haya sido proferida por alguno de los delitos allí referidos y; iv) que la persona no tenga antecedentes penales.”

121. La persona que invoca el beneficio es quien tiene *“hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas...”* -art. 1º, num. 1.3., Dto. 190/03-, y no es posible otorgarlo cuando esté presente el compañero o la compañera del procesado, o exista una incapacidad física o psicológica de su pareja para atender las necesidades familiares.

122. Los requisitos en mención no fueron demostrados, así como tampoco se desvirtuó la argumentación que expuso el *a quo* para no reconocer al procesado la calidad de padre cabeza de hogar, y que en consecuencia, acceda al beneficio de prisión domiciliaria.

123. En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena el 8 de febrero de 2018, que condenó a ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ como responsable del delito de peculado por apropiación a favor de terceros en grado de tentativa y el concurso homogéneo de prevaricato por acción, y le negó la sustitución de la prisión intramural por domiciliaria.

SEGUNDO. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria