

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

AP1069-2016

Radicación n° 44684

(Aprobado Acta n.º 46)

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

I. ASUNTO

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por la representación de la víctima, contra la providencia proferida en audiencia por el Tribunal Superior de Manizales el 27 de agosto de 2014, mediante la cual se decidió favorablemente la solicitud de la Fiscalía de precluir la investigación a favor del doctor LUIS ALBERTO TIBAQUIRÁ BAHENA, investigado por el delito de prevaricato por acción en su condición de Juez Séptimo Penal del Circuito de esa ciudad.

II. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Los hechos objeto de investigación se originan en la actuación del doctor LUIS ALBERTO TIBAQUIRÁ BAHENA como Juez 7 Penal del Circuito de Manizales, dentro del trámite de tutela radicado con el número 2006-00136, que

culminó con el fallo de fecha 9 de octubre de 2006.

El 19 de abril de 2012, el apoderado de la Caja Nacional de Previsión Social -EICE- en liquidación, instauró denuncia en contra del doctor TIBAQUIRÁ BAHENA por el delito de prevaricato por acción al proteger los derechos fundamentales de Fredy Francisco Fernández Fernández, quien accionó en tutela para solicitar la reliquidación de su pensión de jubilación.

Señala el denunciante, que el funcionario judicial al ordenar a CAJANAL reliquidar la pensión del accionante a través del fallo de tutela, desconoció la competencia del juez natural para dirimir los conflictos prestacionales; adoptó decisiones contrarias a la ley en materia de pensión de jubilación, dado que al prescribir incluir el 100% del valor de la bonificación por prestación de servicios, omitió lo preceptuado en el Decreto 247 de 1997, y por último, ninguna motivación realizó acerca de la orden de pagar de manera indexada los dineros reconocidos en el fallo de tutela.

Adelantadas las diligencias propias de la etapa de indagación preliminar, la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal de Manizales radicó¹ solicitud de preclusión, por considerar que se estructura la causal 4ª señalada en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, «Atipicidad del hecho investigado».

El 27 de agosto de 2014, el Tribunal Superior de Manizales celebró la audiencia requerida por el ente fiscal, en la que se sustentó la petición de preclusión, en presencia de la representante de la víctima² y el defensor del indiciado.

Escuchadas las partes e intervinientes se resolvió favorablemente la petición, ordenándose la preclusión de la investigación a favor del doctor TIBAQUIRÁ BAHENA.

Contra el anterior proveído interpuso recurso de apelación la apoderada de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, en adelante UGPP3.

III. LA DECISIÓN APELADA

La Sala de decisión del Tribunal Superior de Manizales, accedió a la petición de la Fiscalía Delegada al no hallar configurada la tipicidad objetiva, considerando que:

La acción de tutela se caracteriza por ser un mecanismo residual para la protección de derechos pensionales, sin embargo, por vía jurisprudencial, la Corte Constitucional ha reconocido que excepcionalmente procede en tratándose de personas de la tercera edad, siempre que en cada caso se realice una rigurosa tarea de indagación de las circunstancias específicas a partir de las cuales se concluya la potencialidad de poner en peligro derechos fundamentales.

El juez de tutela se encuentra habilitado para asumir el conocimiento de temas atribuidos ordinariamente a otros funcionarios judiciales, siempre que halle vulnerados derechos fundamentales, circunstancia que además le permite tutelar de manera definitiva.

En punto del ingreso base de liquidación pensional, comparte la postura del Fiscal delegado, en cuanto acepta que en el año 2006 concurrían posturas sobre el porcentaje de la bonificación por servicios que se tiene en cuenta para la liquidación de la pensión, lo cual descarta la estructuración del delito de prevaricato por acción.

Frente a la orden emitida por el Juez 7 Penal del Circuito, de pagar en forma indexada las sumas reconocidas en la misma decisión, halló el A quo que no obstante la corta argumentación en el fallo, tal vicio resulta insuficiente para

estructurar una conducta prevaricadora, en cuanto el funcionario tuvo en cuenta pronunciamientos jurisprudenciales.

Decisión contra la cual, la apoderada de la UGPP interpuso el recurso de apelación.

IV. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

La apoderada de la víctima se muestra en desacuerdo con el Tribunal,⁴dando a conocer las siguientes razones:

El juez investigado obvió el estudio de las pruebas allegadas con la demanda de tutela, de tal forma que no escudriñó en el régimen especial de los empleados de la Contraloría General de la República y falló la tutela usurpando las funciones del juez natural.

El juez reconoció «ultra petitamente» la reliquidación de una pensión indexada, sin tener en cuenta que había operado la prescripción trienal, pero además, bajo una interpretación errónea a partir de la cual mezcló elementos propios de las prestaciones pensionales de la Rama Judicial.

No se puede desconocer que la conducta funcional del indiciado ha sido desordenada, al punto que fue desvinculado de su cargo por la Sala Disciplinaria.

En consecuencia, solicita a esta Corte que «estudie a plenitud el expediente, que verifique los documentos aportados en la tutela, que examine los argumentos y consideraciones que el juez de tutela ha tomado frente a este caso particular y concreto...», para que revoque la decisión de la primera instancia.

V. PLANTEAMIENTOS DE LOS NO RECURRENTES

Al unísono, el Fiscal Delegado ante el Tribunal y el abogado defensor,

solicitan la declaratoria de desierto del recurso interpuesto, por considerar que la recurrente no dio a conocer los argumentos con los cuales pretende demostrar que la judicatura de primera instancia incurrió en errores al precluir la investigación en favor del doctor LUIS ALBERTO TIBAQUIRÁ BAHENA.

Como pretensión subsidiaria, de accederse a la concesión del recurso de alzada, el Fiscal señala que la representante de la víctima acude a supuestos erróneos para sustentar el recurso, pues afirma que el juez aplicó al accionante el régimen de la Rama Judicial a pesar de ser pensionado de la Contraloría, cuando realmente lo que ocurrió fue lo contrario, negó la aplicación de ese régimen por no tener derecho.

Aclara que la desvinculación del juez no ocurrió en razón de una decisión disciplinaria, sino por la situación administrativa presentada a raíz de una calificación insatisfactoria.

Sobre los fallos de tutela con órdenes extra petita, señala que han sido admitidos por la Corte Constitucional, trayendo en cita la Sentencia T-532 de 1994.

Solicita impartir confirmación al auto recurrido.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, la Corte es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido el 27 de agosto de 2014, por el Tribunal Superior de Manizales.

Correspondería entonces adentrarse en el tema objeto de estudio, de no ser porque la

Sala observa que la recurrente no cumplió con la obligación de sustentar el recurso de alzada interpuesto, como lo impone el artículo 178 del Código de Procedimiento Penal de 2004, modificado por la Ley 1395 de 2010.

Así, la misma normatividad procesal señala la consecuencia de no sustentar el recurso, cual es la declaratoria de desierto a voces del artículo 179 A, eventualidad ocurrida en el presente caso, dado que la parte inconforme con la decisión no ofrece los argumentos de hecho y de derecho que controviertan, refuten o nieguen los propuestos por el juzgador.

El mandato de la mencionada disposición no se limita al plano formal, sino que impone la carga procesal de sustentar el recurso, entendiéndose por ello la obligación de referirse a los argumentos fácticos y jurídicos de la decisión que impugna y mostrar dialécticamente su inconformidad con los mismos.

Precisamente en relación con ese aspecto, la Sala ha señalado lo siguiente:

«De ahí que la fundamentación de la apelación constituya un acto trascendente en la composición del rito procesal, en la medida que no basta con que el recurrente exprese inconformidad genérica con la providencia impugnada, sino que le es indispensable concretar el tema o materia de disenso, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que conducen a cuestionar la determinación impugnada, carga que de no ser acatada, obliga a declarar desierto el recurso, sin que se abra a trámite la segunda instancia, toda vez que de frente a una fundamentación deficiente el funcionario no puede conocer acerca de qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio. Pero una vez satisfecho el presupuesto de la fundamentación explícita o suficiente, en cuanto identifica la pretensión del recurrente, adquiere la característica de convertirse en límite de la competencia del superior, en consideración a que sólo se le permite revisar los aspectos impugnados.» (CSJ SP, 11 abr. 2007. Radicado 23667).

Entonces, la declaratoria de desierto del recurso se presenta bajo dos circunstancias: (i) el silencio absoluto del apelante durante el término otorgado por la ley para sustentar, y, (ii) cuando a pesar de haber hecho uso de ese término, no da a conocer los motivos de disenso.

Tal examen corresponde al juez de primera instancia de cara a cumplir con lo normado por el artículo 179 A de la Ley 906 de 2004:

Cuando no se sustente el recurso de apelación se declarará desierto, mediante providencia contra la cual procede el recurso de reposición.

Escrutinio, que a pesar de las peticiones del Fiscal y el apoderado de la defensa, fue superado rápidamente por el A quo, dando como sustentado el recurso a pesar de lo insustancial de la intervención de la impugnante, quien limitó su discurso a reproducir los hechos e inconformidades puestos en conocimiento de la Fiscalía en la denuncia, quedando sin conocimiento de esta Sala los motivos de disenso con la decisión.

Y es que la controversia procesal quedó superada en la primera instancia, con la exposición que las partes hicieron de sus pretensiones, la exhibición de las evidencias y la oposición de los intervinientes, todo lo cual sirvió de fundamento a la decisión que contestó los puntos en polémica, sin que se haya conocido –en la oportunidad procesal correspondiente–, las razones de la apoderada de la víctima para cuestionar esa postura, según la cual, la conducta del indiciado no es constitutiva del delito de prevaricato por acción.

Así, el A quo fincó su decisión preclusiva en los siguientes ejes temáticos:

1. La Corte Constitucional ha admitido que, excepcionalmente, se pueda acudir a la acción de tutela para dirimir temas pensionales, cuando se encuentran en riesgo o afectados derechos fundamentales como la vida, el mínimo vital, personas de la tercera edad, etc., lo cual desvirtúa la posición del denunciante, citando, en apoyo de su postura, la sentencia T-631 de 2002.
2. El porcentaje de la bonificación salarial por prestación de servicios que conforma la base para la liquidación de la pensión, no era un tema pacífico, para lo cual citó diversos pronunciamientos de las Altas Cortes y Tribunales, cuyas posiciones eran contrapuestas.
3. El pago indexado de las pensiones ha sido reconocido como un derecho por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.
4. La Corte Constitucional ha admitido que la tutela pueda otorgarse como mecanismo definitivo.
5. CAJANAL no dio a conocer ninguna norma que hubiera sido vulnerada de manera cierta en el fallo de tutela cuestionado.

A esos concretos aspectos desarrollados por el juez de conocimiento, debía la representante de la víctima dirigir la reclamación; sin embargo, su intervención, a más de somera, también estuvo desprovista de sustancia jurídica, lo cual impide que la Sala aborde el estudio dirigido a encontrar errores en el proveído confutado.

A modo de ejemplo, la recurrente manifestó su inconformidad con el auto que precluyó la investigación en contra del juez, porque: «...nuestra entidad en cabeza de los procesos no misionales de CAJANAL se aparta de que se le haya permitido por medio de la tutela estas extralimitaciones en la materia a este juez,

donde se le reconoció valores que incrementan notoriamente una pensión de una persona que conllevan a un detrimento del erario público, que son taxativamente claros y exceptuados...», agregó más adelante: «...creemos que la conducta del indiciado, así como lo ha manifestado el Tribunal, la cual si ha sido un poco desordenada y que inclusive ha sido juzgado por la Sala disciplinaria que llevó, en lo que conoce nuestra entidad, a su pérdida de investidura como juez, cree que si definitivamente ha incursionado en que se haya visto un detrimento dentro de nuestra entidad y que se haya apartado de la jurisprudencia y de las normas tácitas que le correspondían a la vía ordinaria y al juez natural competente⁵.

La escasez de argumentos de refutación alcanzó el más alto nivel, cuando la recurrente solicitó a esta Corte que estudiara la totalidad de la actuación para lograr encontrar las pruebas que conllevarían a revocar el proveído del Tribunal, olvidando la carga procesal impuesta por el artículo 178 de la Ley 906 de 2004.

Con ese panorama procesal, y ante la ausencia de señalamientos claros, concretos y precisos de los yerros en que incurrió el Tribunal en el auto impugnado, el Tribunal de primera instancia debió adoptar la decisión prevista en el artículo 179A del Código de Procedimiento Penal, sin embargo, ante la omisión de tal pronunciamiento, ahora se impone la declaratoria de deserción del recurso presentado porque ningún objeto de discusión sobre la providencia impugnada se plantea para dirimir en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

R E S U E L V E

DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación presentado por la apoderada de la entidad denunciante, en contra del auto proferido por el Tribunal

Superior de Manizales el 27 de agosto de 2014, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

Contra esta decisión procede recurso de reposición.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 El 12 de mayo de 2014.

2 Para ese momento la abogada Ana Bolena Pabón Camacho, como apoderada de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP.

3 Unidad que asumió el reconocimiento de las obligaciones pensionales del Régimen de Prima Media, a cargo de las entidades públicas del orden nacional, una vez venció el plazo dispuesto para la liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL-.

4 Escuchar la sustentación desde el récord 01:28:00 al 01:33:48.

5 Corresponde a transliteración fiel de la sustentación oral del recurso de apelación que se puede escuchar desde el récord 01:28:00 a 01:31:43.