

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado Ponente

Radicado No. 46.272

Aprobado Acta No. 080

AP1524-2016

Bogotá, D. C., marzo dieciséis (16) de dos mil dieciséis (2016)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante auto proferido el 5 de junio de 2015, resolvió acceder a la solicitud de preclusión presentada por la Fiscalía Sexta Delegada ante esa Corporación, a favor de MARCO TULIO GONGORA MARTÍNEZ, Juez Segundo de Familia de la referida localidad, por atipicidad de la conducta de prevaricato por acción. El apoderado de la denunciante inconforme con esa decisión, presentó recurso de apelación en su contra.

HECHOS:

El señor Castelar Gutiérrez Cardozo interpuso acción de tutela en contra de la Caja Nacional de Previsión Social, por la violación de sus derechos al debido proceso, igualdad, mínimo vital y seguridad social, en razón a que habiendo laborado para la Rama Judicial

desde el 1 de septiembre de 1975 hasta el 9 de diciembre de 2005, en el cargo de escribiente grado 5 del Juzgado Penal del Circuito de Honda, CAJANAL E.I.C.E. mediante resolución del 16 de noviembre de 2005 le reconoció y ordenó el pago de su pensión vejez, decisión contra la cual interpuso recurso de reposición, siendo confirmada el 13 de febrero de 2006.

Posteriormente solicitó a CAJANAL la reliquidación de la pensión, con base en el salario más alto devengado en el último año de servicio, en el ciento por ciento de la bonificación por servicios, de la prima de productividad y las doceavas partes de la prima de navidad, de la prima de vacaciones, prima de servicios que incluya el 2.5% del incremento, sin recibir ninguna respuesta a dicha petición.

Con fundamento en estos hechos, el señor Castelar Gutiérrez Cardoso interpuso acción de tutela contra CAJANAL.

La demanda de tutela le correspondió al Juzgado Segundo de Familia de Ibagué, que el 9 de junio de 2008 avocó conocimiento de esa solicitud de amparo y vinculó a la entidad accionada. Seguidamente, el 24 de junio profirió fallo mediante el cual amparó los derechos del accionante y ordenó a CAJANAL efectuara la reliquidación de la pensión, teniendo en cuenta el 100% de la bonificación por servicios, las doceavas partes de todos los factores devengados en la prima de navidad, servicio y vacacional, auxilio de transporte y subsidio de alimentación, igualmente el 100% de la prima de productividad y no de manera fraccionada como se le había reconocido. Esta decisión no fue objeto de impugnación, como tampoco fue seleccionada para su revisión por la Corte Constitucional.

Posteriormente, la apoderada de CAJANAL E.I.C.E denunció al Juez Segundo de Familia de Ibagué, MARCO TULIO GONGORA MARTÍNEZ, afirmando que el fallo de tutela que éste profirió a favor del señor CASTELAR GUTIÉRREZ

CARDOZO es abiertamente ilegal, básicamente, por dos motivos: Primero, la improcedencia de la solicitud de amparo, por existir otro mecanismo judicial de defensa y no haberse probado la ocurrencia de un perjuicio irremediable que la habilitara como mecanismo transitorio. Segundo, que la orden de reliquidar la pensión del accionante desconoce que la bonificación por servicios no tiene el carácter de ingreso mensual.

ANTECEDENTES:

1. Con fundamento en la denuncia formulada por la apoderada de CAJANAL E.I.C.E en la que se atribuye al Juez Segundo de Familia de Ibagué, MARCO TULIO GONGORA MARTÍNEZ, la comisión del delito de prevaricato por acción con ocasión del fallo de tutela proferido a favor del señor CASTELAR GUTIÉRREZ CARDOZO, la Fiscalía Sexta delegada ante el Tribunal de Ibagué adelantó la respectiva indagación preliminar y, mediante escrito del 7 de marzo de 2014, solicitó la preclusión a favor del citado funcionario judicial.

1. Luego de analizar las evidencias recolectadas, el Fiscal radicó el escrito de solicitud de preclusión por la causal de atipicidad del hecho investigado, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué realizó la audiencia con tal fin, a la cual asistieron la apoderada de la denunciante, el indiciado, su defensor y el delegado del ente investigador.

1. Durante la vista pública, el Fiscal Delegado ante esa Corporación afirmó que al analizar los elementos materiales probatorios recolectados durante la fase de indagación, evidenció

la ausencia del ingrediente normativo exigido por el tipo penal de prevaricato por acción, toda vez que la tesis jurídica expuesta por el indiciado en el cuestionado proveído, resulta admisible y razonable a la luz del criterio jurisprudencial expuesto por el Consejo de Estado en el fallo de tutela del 30 de septiembre de 1999, expediente No. 1165, el cual, a su vez, fue replicado en innumerables resoluciones administrativas expedidas por CAJANAL, en las cuales se reconocía la bonificación por servicios en un 100%.

Agregó, en su solicitud de preclusión, que diversos Tribunales de lo Contencioso Administrativo, como el de Caldas y Risaralda, señalaban que para el reconocimiento o reliquidación de la pensión de un empleado o funcionario de la Rama Judicial, la bonificación por servicios prestados debía ser tomada en cuenta en la totalidad de su valor y no en forma fraccionada, lo cual indica que la interpretación del Juez GONGORA MARTÍNEZ no se trató de una interpretación insular, absurda o carente de juicio y de razón.

4. En auto proferido el 22 de mayo de 2015, la Corporación de instancia decretó la preclusión a favor del funcionario judicial por el delito de prevaricato por acción. Decisión contra la que la apoderada de la denunciante presentó recurso de apelación que ahora la Sala procede a resolver.

El AUTO IMPUGNADO:

El Tribunal enuncia los planteamientos esbozados por el Fiscal Delegado en su solicitud de preclusión, en la que se afirma que no se evidencia en la conducta de MARCO TULIO GONGORA MARTÍNEZ el ingrediente normativo «manifiestamente contrario a la ley» exigido por el tipo penal de prevaricato por acción, pues conforme a lo previsto en el Decreto 546 de 1971, la Ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario 1158 de 1994; así como, los criterios establecidos por la Corte Constitucional en las sentencias de tutela: T-189 y T-531 de 2001, T-631 y T-1000 de 2002, T-211 de 2007

y T-180 de 2008, resultaba procedente el mecanismo de amparo solicitado por el señor CASTELAR GUTIÉRREZ CARDOZO, pues creyó encontrarse ante una vía de hecho, en el entendido de que CAJANAL había liquidado con un fundamento normativo equívoco la mesada pensional del señor CASTELAR GUTIÉRREZ CARDOZO.

Así mismo, reseñó que el ente acusador al momento de argüir la atipicidad de la conducta del indiciado, adujo que si bien es cierto el fallo de tutela emitido por el Juez Segundo de Familia de Ibagué desconoce que el Consejo de Estado en recientes pronunciamientos ha considerado que la «bonificación por servicios no tiene el carácter de ingreso mensual», su decisión no puede calificarse como arbitraria o caprichosa, pues tras advertir un vacío normativo en ese tópico, dado que los Decretos 274 de 1997 y 1042 de 1978 no indican en qué forma se debe liquidar la bonificación de servicios, acudió a la interpretación judicial, esto es, al fundamento del fallo de tutela del 30 de septiembre de 1999, proferido por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, así como a varias sentencias de tutela y resoluciones administrativas expedidas por CAJANAL.

El a quo, luego de ponderar los elementos materiales probatorios aportados, descartó la configuración del tipo penal de prevaricato por acción en el caso sub examine; explicando así su discernimiento:

«en el caso concreto no se puede afirmar que el Dr. Góngora Martínez haya desobedecido o desconocido un mandato normativo o precepto legal, por la potísima razón que las normas que se aluden como vulneradas – artículos 6 del Decreto 546 de 1971 y 12 del Decreto 717 de 1978-no determinan la forma ni la cuantía en que se debía liquidar la bonificación por servicios prestados, aspecto que constituía el punto central de la acción de tutela y mantenía a las partes en disputa, sino que este tópico era interpretado por las altas cortes por vía jurisprudencial, no siendo un tema pacífico pronunciamiento.

Como claramente lo ha señalado la Fiscalía, si bien hoy en día este aspecto está jurisprudencialmente decantado, anteriormente existían varias posiciones jurídicas en torno a la forma como se debía liquidar la bonificación por servicios. Así, estrados judiciales de diferentes distritos judiciales – como se puede apreciar en las sentencias que obran en el cuaderno de anexos- en decisiones que datan de los años 2005 al 2007 sostenían y reconocían el 100% de la bonificación de servicios, en tanto que otros despachos consideraban que era una prima que se iba causando mes a mes y por lo tanto debía ser liquidada en doceavas partes».1

Con el propósito de sustentar su decisión, hace un detallado recuento de las evidencias recolectadas durante la indagación adelantada contra GONGORA MARTÍNEZ, concluyendo que la decisión cuestionada no puede calificarse como prevaricadora y, por tanto, que deviene procedente la solicitud de preclusión solicitada por la Fiscalía.

LA IMPUGNACIÓN:

Limita su disenso, el apoderado de la denunciante, a reiterar los argumentos que nutrieron su rechazo a la solicitud de preclusión. Repitiendo que en el presente caso se cumplen todos los elementos objetivos estructurales que exige el tipo penal de prevaricato por acción, toda vez que el Juez Segundo de Familia de Ibagué, MARCO TULIO GONGORA MARTÍNEZ, al momento de emitir el fallo de tutela a favor del señor CASTELAR GUTIÉRREZ CARDOZO acudió a diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que no tenían aplicabilidad al caso concreto, siendo ello suficiente para calificar su conducta como delictiva.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 32, numeral 3 de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la denunciante contra el auto por medio del cual

la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué aceptó la solicitud de preclusión de la investigación en favor del Juez Segundo de Familia de Ibagué, MARCO TULIO GONGORA MARTÍNEZ.

Como quiera que el motivo invocado en la solicitud de preclusión es el previsto en el numeral 4 del artículo 232 de la Ley 906 de 2004, y que éste fue aceptado en su integridad por el Tribunal, al considerar atípica la conducta del aquí indiciado, de cara al ingrediente normativo “resolución manifiestamente contraria a la ley”, consagrado en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, la Sala procederá abordar el análisis del anterior cuestionamiento, recordando que la conducta jurídicamente desaprobada se encuentra prevista en el Código Penal en los siguientes términos:

Artículo 413. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

En su aspecto objetivo, se ha considerado un ilícito de resultado, eminentemente doloso en el que la descripción típica tiene la siguiente estructura básica: a) Tipo penal de sujeto activo calificado, para cuya comisión se requiere la calidad de servidor público en el autor, aspecto que no ofreció ningún tipo de controversia y, b) Que se profiera una resolución, dictamen o concepto contrario a la ley, es decir que exista una contradicción evidente e inequívoca entre lo resuelto por el funcionario y lo mandado por la norma².

Definida la estructura del tipo penal de prevaricato por acción, debe precisarse que las autoridades judiciales que no tienen la condición de órganos de cierre, aun cuando tienen el deber de acatar el precedente jurisprudencial, pueden apartarse del

criterio señalado por las altas Cortes siempre que cumplan con la carga de expresar los argumentos por los cuales no lo consideran aplicable al caso bajo su estudio, pero en uno y otro caso la decisión solamente podrá generar responsabilidad penal si está fundada en razones de corrupción³.

Ello es así, por cuanto para considerar que en un evento determinado existe el ingrediente normativo referido, se exige que la contradicción entre lo demandado por la ley y lo resuelto sea ostensible, evidente y grosera, es decir, no puede ser fruto de intrincadas elucubraciones, debe mostrarse de bulto con la sola comparación de la norma que debía aplicarse en el momento en cuya conducta se juzga y no a posteriori.

De tal forma que quedan excluidas del objeto de reproche penal, toda aquella decisión respecto de la cual quepa discusión sobre su acierto o legalidad, diferencias de criterio, interpretaciones o equivocaciones despojadas de ánimo corrupto.

Respecto a este tópico la Corte ha considerado:

El delito de prevaricato no se tipifica por la ocurrencia de una simple equivocación valorativa de las pruebas ni por la interpretación infortunada de unas normas, como tampoco puede proyectarse en el acierto o desacierto de la determinación que se investiga, tema restringido al estudio y decisión de las instancias, constituyendo la verdadera esencia del tipo de prevaricato activo tanto la ocurrencia de un actuar malicioso dentro del cual el sujeto agente se aparta de manera consciente del deber funcional que le estaba impuesto, como la existencia objetiva de una decisión abiertamente opuesta a aquella que le ordenaba o autorizaba la ley, lo que implica el análisis retrospectivo de la situación fáctica que debía resolverse⁴.

En efecto, tal como lo consideró el a quo, no se advierte en el presente caso la existencia de dicho ingrediente subjetivo exigido por el tipo penal de prevaricato por acción, toda vez que el Juez Segundo de Familia de Ibagué MARCO TULIO GONGORA MARTÍNEZ

al momento de resolver la acción de tutela presentada por el ciudadano CASTELAR GUTIÉRREZ CARDOZO, fundó su decisión en el criterio jurisprudencial esbozado por el Consejo de Estado durante el lapso comprendido entre los años 1999 a 20095, al solucionar las problemáticas planteadas por funcionarios de la Contraloría General de la República y de la Imprenta Nacional, mismo que consideró aplicable al caso bajo su análisis porque se trataba del reconocimiento de una prestación (quinquenio) que guarda similitud con la bonificación por servicios reconocida a los servidores de la rama judicial y el Ministerio Público.

Agréguese, que la Fiscalía también anexó a su petición, como evidencias físicas, algunos proveídos de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo de Caldas y Cundinamarca, los cuales al ser confrontados con los argumentos expuestos en el fallo de tutela proferido por el aquí indiciado GONGORA MARTÍNEZ, denotan que con la decisión cuestionada tan solo se pretendía dar una protección efectiva a los derechos que el Juez Segundo de Familia de Ibagué consideró le estaban siendo vulnerados al accionante, llenando el vacío normativo con el criterio jurisprudencial que creyó vigente.

Es más, del análisis de los elementos materiales probatorios aducidos por el representante del ente acusador como sustento de su solicitud de preclusión, es posible concluir que las problemáticas que se han planteado durante la última década ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos del territorio nacional, respecto a la forma en que debe liquidarse la bonificación por servicios, han propiciado matices o variaciones al referido criterio jurisprudencial; lo cual evidencia que la decisión tachada de prevaricadora en el asunto sub examine, podría, a lo sumo, considerarse actualmente como desacertada.

De otra forma dicho, el tema en discusión o, si se lo prefiere, el problema jurídico planteado en la acción de tutela presentada por el señor GUTIÉRREZ

CARDOZO admitía en su momento (24 de junio de 20086) diversas alternativas de solución, todas ellas plausibles como respuesta jurídica, pues el tema de la inclusión del cien por ciento (100%) de la bonificación por servicios en la liquidación pensional continua siendo objeto de discusión, aun al interior del Consejo de Estado, así se puede evidenciar en sentencia del 26 de septiembre de 2012, en la que se afirma:

«Lo anterior, por cuanto independientemente de que la bonificación por servicios se haya devengado como una contraprestación por haber cumplido un año de servicios y haya servido como factor a incluir al momento de liquidar la pensión jubilación, no hay norma que consagre que aquello que se recibió de manera integral, no puede ser fraccionado para efectos de liquidar la pensión»⁷ (Subrayas fuera del texto original).

Y si a lo anterior se agrega que no existe elemento probatorio alguno indicativo de que el juez MARCO TULIO GONGORA MARTÍNEZ haya tenido interés en favorecer con su decisión al accionante de tutela, imperioso resulta concluir que la conducta enrostrada no puede adecuarse al punible de prevaricato por acción cuya comisión requiere el dolo que se echa de menos en este caso, en otras palabras, es atípica por ausencia del elemento subjetivo del delito, y en tal virtud, lo jurídico es confirmar la preclusión decretada en primera 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:

CONFIRMAR el auto de 5 de junio de 2015, mediante el cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué decretó la preclusión de la investigación seguida contra MARCO TULIO GONGORA MARTÍNEZ, en su condición de Juez Segundo de Familia de esa ciudad por la presunta comisión del delito de prevaricato por acción.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Comuníquese, cúmplase 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 Folio 57

2 CSJ, SP del 27 de julio de 2011, radicado 35656.

3 CSJ, SP del 23 de octubre de 2014, radicado 39538

4 CSJ SP 5 Dic. 2009, Rad. 27.290.

5 Hasta cuando el Consejo de Estado recogió dicho criterio en febrero de 2010, al modificar la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 3 de julio de 2008. CE, sentencia del 10 de febrero de 2010, radicado interno 2371-2008, accionante: Cecilia Carrero Garzón.

6 Fecha en que se profirió el fallo de tutela objeto de censura.

7 CE, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 26 de septiembre de 2012. Radicación número: 05001-23-31-000-2010-00458-01 (0710-12).