

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado Ponente

AP3143-2014

Radicado No. 43174

Aprobada Acta N° 181

Bogotá, D. C., once (11) de junio de dos mil catorce (2014).

VISTOS:

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la representación de la víctima, contra la decisión del Tribunal Superior de Manizales, adoptada en audiencia celebrada el 23 de enero de 2014, mediante la cual accedió a la solicitud de la Fiscalía Delegada y dispuso la preclusión de la investigación seguida contra el doctor LUIS ALBERTO TIBAQUIRÁ BAHENA, Juez Séptimo Penal del Circuito de Manizales (Caldas).

ANTECEDENTES:

1.- Los hechos objeto de investigación se compendian así:

Mediante sentencia calendada el 11 de marzo de 2005, el Juez Séptimo Penal del Circuito de Manizales, doctor LUIS ALBERTO TIBAQUIRÁ BAHENA, decidió amparar los derechos

fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital de BEATRIZ SERNA ECHEVERRY, GONZALO ARCE LONDOÑO, GONZALO ORTIZ HINCAPIÉ, LIDIA CIELO LADINO TEJADA, LUIS ANIBAL REYES, MARÍA AUREA ESTRADA MONTOYA, MARIA LIDUELLA GÓMEZ HURTADO, MARÍA RUBIDIA OSORIO HURTADO, MARIELA MUÑOZ URIBE, MARY DE JESUS RANGEL FERNÁNDEZ, OSMILDO DE JESUS CADAVID GONZÁLEZ, y, en consecuencia ordenar a CAJANAL, SUBDIRECCIÓN DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, reliquidar las pensiones de los amparados, en cuanto consideró que no se habían reconocido algunos factores salariales, lo cual debía hacerse además, de manera indexada.

Siete años más tarde (mayo de 2012), la CAJA NACIONAL DE PREVISION EICE, por intermedio de abogado presenta denuncia por el delito de prevaricato en contra del Juez TIBAQUIRÁ BAHENA. Sostiene la denuncia que el juez desconoció que no es procedente la reclamación de prestaciones laborales a través de la tutela, lo cual desconoció el carácter residual de la acción. Se indica en la denuncia que el juez de tutela no puede ordenar el pago de prestaciones indexadas y además, desconoció que las acciones derivadas de los derechos reclamados se encontraban prescritas.

2. Luego de adelantar las diligencias propias de la indagación, de acuerdo con el programa metodológico (a14 de junio de 2012), la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior de Manizales, el 19 de febrero de 2013, radicó ante dicha Corporación, solicitud de preclusión.

La solicitud de preclusión se sustenta de la siguiente manera:

Destaca inicialmente que la solicitud se fundamentará en la atipicidad de la conducta y de manera subsidiaria se argumentará sobre la atipicidad por ausencia de dolo.

Hace referencia igualmente a que las decisiones judiciales están amparadas por la presunción de acierto y veracidad, lo cual no puede cuestionar la denunciante, sobre

todo cuando fue citada al proceso y no concurrió, a lo cual se suma la incuria y el desorden con que se manejaban los asuntos en CAJANAL como es bien sabido.

Postula el Fiscal que contrariamente a lo sostenido en la denuncia, la acción de tutela era un mecanismo idóneo para reclamar los derechos laborales conculcados, como que a los accionantes se les había reconocido la pensión por un monto disminuido, lo que ponía en riesgo otros derechos, cita apartes de la decisión de tutela T-234 DE 2011, en la que la H. Corte Constitucional admite como probable la procedencia de la acción de tutela en estos casos, en tanto no se les puede exigir a los pensionados acudir a las vías ordinarias caracterizada por la congestión y largas esperas para pretender una respuesta a su legal aspiración.

En cuanto a la queja que proclama la ilegalidad de la orden de pagar de manera indexada, argumenta el Fiscal que es un asunto decantado, aceptado por el mismo Tribunal, que cuando se ordena pagar reliquidaciones debe hacerse de manera indexada y se apoya en decisiones de la Corte Constitucional, bajo el presupuesto de que toda obligación debe ser actualizada de acuerdo con la capacidad adquisitiva de la moneda a la fecha en que debió pagarse la obligación.

Argumenta el Fiscal que el Juez de tutela no estaba obligado a decretar la prescripción de las mesadas, y culmina hincando que la circunstancia de que los accionantes estuviesen pendientes de que se les resolviera un derecho de petición no era obstáculo para la procedencia de la tutela. Finalmente hace referencia a que era factible incorporar distintos factores salariales en el total del 75 por ciento.

Por último, aduce el Fiscal que aunque la conducta es manifiestamente atípica, igualmente se presenta ausencia de culpabilidad subjetiva, en tanto no resulta demostrado el actuar doloso por parte del juez procesado.

3. A la diligencia concurren la agente del Ministerio Público y la defensa del indiciado

quienes apoyan la petición de la Fiscalía, además, la representación de las víctimas, quien demanda lo contrario.

LA DECISIÓN IMPUGNADA:

La Sala de decisión del Tribunal Superior de Manizales, como ya se indicó accedió a la petición de la Fiscalía Delegada, concluyendo que la conducta es atípica y disponiendo la preclusión de la investigación.

El Tribunal destaca cómo esa Corporación ha fallado varios casos en que se involucra al exservidor TIBAQUIRÁ HABENA, por similar situación fáctica, disponiendo la preclusión de la investigación por atipicidad de la conducta. Siguiendo el mismo derrotero definido por el Fiscal, se ocupa de los puntos centrales de la cuestión que ponen en entredicho la legalidad de la sentencia de tutela.

Así, inicialmente analiza la competencia y la procedencia de la tutela respecto de asuntos en donde se reclaman prestaciones laborales, y con fundamento en la jurisprudencia concluye que excepcionalmente procede el amparo, cuando quiera que se den determinadas condiciones, bien como mecanismo transitorio, o bien de manera definitiva cuando el medio ordinario no es lo suficientemente expedito para brindar la protección inmediata, justificación que se acrecienta cuando los reclamantes son personas de la tercera edad, y se coloca en riesgo la vida, el mínimo vital o la salud.

De la misma forma se pronuncia sobre la orden de pagar las mesadas indexadas y el no decreto de la prescripción, para concluir que el Juez al actuar de esa forma no desconoció el ordenamiento jurídico.

DE LA IMPUGNACIÓN:

El apoderado de la víctima sustenta su disenso con la decisión de preclusión adoptada

en los siguientes términos:

- a. Si bien, sostiene, la tutela podía ser procedente, el Juez no argumentó nada sobre los derechos de los accionantes, sino que se centró en señalar que la actitud de la demandada era lesiva de los intereses de los actores, lo cual fue suficiente para considerar que la tutela era el medio más idóneo para garantizar esos derechos. Esto, en criterio de la Víctima, transgrede el ordenamiento jurídico, desconoce el principio del juez natural, se desconoce que la pensión gracia la concede el Estado, sin que se afecten los derechos laborales, los aportes del trabajador, sino simplemente como una dádiva o gracia.
- b. Cajanal intentó dar a conocer su punto de vista, sin embargo, la crisis en que se encontraba, declarada como estado de cosas inconstitucional, le impidió ejercer su derecho a la defensa, situación que fue aprovechada por los accionantes.
- c. Aduce que de acuerdo con jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado el juez de tutela no podía usurpar la competencia de los jueces ordinarios ni estaba facultado para reconocer pensiones.
- d. Hace mención al carácter excepcional de la tutela, salvo que afecte derechos fundamentales.
- e. El Principio de seguridad jurídica fue desconocido por cuanto se falló desconociendo la competencia de otros funcionarios.
- f. Señala que ciertas normas hacen referencia a la prescripción.

Sostiene finalmente que el Juez procesado desconoció las normas, y llama la atención sobre que, en los casos anteriores se trató siempre del mismo abogado, la misma entidad demandada y el mismo juez.

Así, demanda la revocatoria de la decisión.

LOS NO IMPUGNANTES:

La Fiscalía.- Al descorrer el traslado del recurso interpuesto demanda la confirmación de la decisión cuestionada.

Sostiene que los argumentos de la representación de la Víctima son circulares y no atacan la decisión, lo cual implica que no ha confrontado adecuadamente la misma.

En punto al argumento de la apelante de que el juez aprovechó el estado de cosas inconstitucional, sostiene que ese tema no fue abordado por la decisión apelada, y por tanto no debe ser estudiado. El estado de cosas inconstitucional no autoriza a la entidad para no atender los requerimientos judiciales y pretermitir los términos legales. No puede ser un argumento válido protegerse en el desorden, sino que tenía que descorrer los traslados, atender los requerimientos y contestar las peticiones de los usuarios. Concluye aduciendo que la negligencia de la entidad demandada no es excusable frente a su propia omisión.

En punto del argumento de la apelante, a cerca de que le parece sospechoso que sea un mismo abogado y un mismo juez, refuta el fiscal argumentando que de acuerdo con información de la gerencia de CAJANAL, se fallaron más de 400 tutelas y fueron muchísimos los jueces que en ellas intervinieron, e indica que más de 40 funcionarios judiciales de ese distrito fallaron tutelas en el mismo sentido que el Juez TIBAQUIRÁ BAHENA.

En esa misma línea argumentativa expone que no hay prueba que indique que las acciones de tutela contra CAJANAL hayan sido direccionadas en el reparto para que le fuesen asignadas al Juez TIBAQUIRÁ, y reclama tener en cuenta que el denunciante nunca discutió la legalidad del reparto.

Aduce que está de acuerdo con la recurrente en que la sustentación que el juez procesado le dio a la sentencia cuestionada fue escasa, pero que eso mismo se argumentó por la Fiscalía, no obstante la decisión tiene los fundamentos suficientes para entender el problema jurídico, así por ejemplo, el juez adujo que había una vía de hecho, si estaba argumentando, lo cual explicó con claridad, indicando que encontró que la entidad CAJANAL había hecho mal las liquidaciones de las pensiones concedidas, ordenando el pago de una pensión disminuida, lo cual constituye una vía de hecho, de donde deduce la procedencia de la tutela.

Finalmente arguye el Fiscal que el Juez indiciado no desconoció que se tratara de un régimen especial, como tampoco desconoció la seguridad jurídica, por cuanto hizo referencia a las normas aplicables.

La defensa y el Ministerio Público adhieren a la petición de la Fiscalía.

CONSIDERACIONES

1. La Corte es competente para resolver los recursos de apelación contra las decisiones que toman en primera instancia los Tribunales Superiores (Ley 906 de 2004, artículo 32-3).
2. Reclama el Fiscal delegado ante el Tribunal la declaratoria de desierto del recurso presentado en tanto considera que la argumentación de la impugnante plantea aspectos que no fueron tratados en la providencia recurrida, de una parte, y, de otra, expone que la argumentación de la recurrente es circular y no controvierte las razones del Tribunal.

A pesar de que el Tribunal haya pasado por alto pronunciarse en torno a la petición del Fiscal sobre la declaratoria de desierto, conforme le correspondía (artículo 179 A de la Ley 906 y artículo 92 de la Ley 1395), de donde se desprende que implícitamente

consideró lo contrario, esto es, que la sustentación era adecuada, de allí que la decisión de conceder el recurso, como se verá, resulta acertada.

Sostiene el representante de la Fiscalía que no deben atenderse los argumentos de la apelante alusivos a hechos o circunstancias no referidos o no considerados en la providencia que impugna. Si bien el arsenal argumentativo con el cual se cuestiona una decisión, se dirige esencialmente a controvertir lo expuesto o lo fundamentado en la misma, ello no excluye el reproche a la susodicha decisión refiriéndose a los temas no considerados en ella. Si la finalidad de la impugnación es demostrar el desacierto de una providencia, nada se opone a que se traiga a colación temas o argumentos no considerados en la misma, pues podría ser que justamente allí radicase el yerro de la decisión impugnada.

Seguidamente, el Fiscal hace referencia a que la apelante utiliza una argumentación circular y no controvierte los fundamentos expuestos por el Tribunal. Sobre tales aspectos dígase que el señalamiento no es claro, dado que no explica el Fiscal si se trata de un argumento circular en la forma en que lo concibió Aristóteles, el cual mantiene una validez lógica en la pretensión de demostrar algo, o si con el calificativo se pretendió indicar que se trataba de un sofisma o de una falacia circular. De cualquier forma, no alcanza ello a desvirtuar la adecuada argumentación expuesta, por lo que habrá de entenderse que el recurso ha sido adecuadamente sustentado, esto es, con la exposición de una carga argumentativa suficiente.

3. El delito de prevaricato por acción (art. 413 C.P.), de conformidad con su tenor literal, se estructura en su forma objetiva cuando se emite o se profiere una resolución, concepto o dictamen, manifiestamente contrario a la ley. El concepto de ley en este caso, debe entenderse en sentido amplio de manera que cubre todo el ordenamiento jurídico. Contrario a la ley o al derecho no es necesariamente lo injusto.

NO es suficiente para la configuración objetiva del delito una mera contradicción u oposición a la ley, sino que ello debe ser manifiesto, patente, evidente, por lo tanto quedan excluidas como lo ha sostenido la jurisprudencia, las decisiones que obedecen a criterios interpretativos razonados, o en aquellos casos que por su complejidad ya sea por vacíos legales u oscuridad de la ley, se pueden generar disparidad de criterios, en este caso, la decisión por la que se opte igualmente debe estar revestida de sensatez y ponderación.

En punto de la culpabilidad, el prevaricato es delito esencialmente doloso, lo que comporta que es necesario establecer que la voluntad del servidor fue encaminada de manera consciente a realizar la conducta.

4. En el caso sub examine, el ejercicio dialéctico realizado por el Fiscal y el Tribunal, así como el desplegado por los otros sujetos procesales, se encamina a establecer que, en términos generales, aquellos aspectos sobre los cuales recaían dudas en torno a la aplicación del derecho en uno u otro sentido, si bien se trataba de asuntos conflictivos, no obstante, la jurisprudencia de las altas cortes, había abierto un camino, que habría de permitirle al juez fallar en el sentido en que lo hizo, lo cual hace que la decisión y, en general la actuación del investigado Juez TIBAQUIRÁ BAHENA, no resulte contraria a derecho, mucho menos, manifiesta o groseramente contraria al ordenamiento jurídico.

Cada aspecto señalado en la denuncia como punto de derecho cuyo desconocimiento se atribuyó al procesado fue elucidado de manera correcta por el Tribunal, así:

5. En relación con la competencia del procesado, para fallar por vía de tutela los asuntos que se sometieron a su consideración, quedó claro que si bien este tipo de asuntos laborales no pueden ser reclamados por vía de tutela, sino a través de la justicia ordinaria laboral o administrativa, excepcionalmente es factible que el juez de tutela se ocupe de ellos cuando aparejan el peligro de vulneración de derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la salud, al mínimo vital.

Es pretérita oportunidad la Corte se pronunció sobre asunto similar seguido contra el mismo indiciado TIBAQUIRÁ BAHENA (RAD. 40671), para lo cual trajo a colación diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el punto:

En ese sentido, se ha pronunciado esa Corporación en las sentencias T-799 de 2007, T-681 de 2008, T-779 de 2008 y, concretamente, en la T-083 de 2004 cuando dijo:

“Aceptar que el juez de tutela tiene competencia privativa o cobertura absoluta para resolver los conflictos relacionados con derechos prestacionales, es entonces desconocer el carácter extraordinario que identifica al mecanismo de amparo constitucional, e incluso, contrariar su propio marco de operación, ya que, de manera general, el propósito de la tutela se orienta a prevenir y repeler los ataques que se promuevan contra los derechos fundamentales ciertos e indiscutibles, y no respecto de aquellos que aún no han sido reconocidos o cuya definición no se encuentra del todo consolidada por ser objeto de disputa jurídica.

3.3. No obstante lo dicho, la regla que restringe la participación de la acción de tutela en la protección de los derechos prestacionales tampoco es absoluta. Conforme con su propia filosofía, la Corte ha venido sosteniendo que, excepcionalmente, es posible el reconocimiento de esta clase de derechos por la vía del amparo constitucional, no solo cuando se ejerce como mecanismo transitorio, caso en el cual es necesario demostrar la existencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando el medio judicial preferente es ineficaz o no es lo suficientemente expedito para brindar una protección inmediata, circunstancias que deben ser valorados por el juez constitucional en cada caso particular.

(...)

Tratándose del reconocimiento o reliquidación de la pensión, la jurisprudencia viene considerando que, bajo condiciones normales, la acciones laborales – ordinarias y

contenciosas- constituyen medios de impugnación adecuados e idóneos para la protección de los derechos fundamentales que de ella se derivan. No obstante, también ha sostenido que, excepcionalmente, es posible que tales acciones pierdan toda eficacia jurídica para la consecución de los fines que buscan proteger, concretamente, cuando una evaluación de las circunstancias fácticas del caso o de la situación personal de quien solicita el amparo constitucional así lo determina. En estos eventos, la controversia planteada puede desbordar el marco meramente legal y pasar a convertirse en un problema de índole constitucional, “por lo que el juez de tutela estaría obligado a conocer de fondo la solicitud y a tomar las medidas necesarias para la protección del derecho vulnerado o amenazado.”¹

4.2. Con base en ello, este alto Tribunal ha sostenido que la procedencia excepcional de la acción de tutela en los casos de reconocimiento o reliquidación de pensiones, adquiere cierto grado de justificación cuando sus titulares son personas de la tercera edad, ya que se trata de sujetos que por su condición económica, física o mental se encuentran en condición de debilidad manifiesta, lo que permite otorgarles un tratamiento especial y diferencial más digno y proteccionista que el reconocido a los demás miembros de la comunidad². Para la Corte, la tardanza o demora en la definición de los conflictos relativos al reconocimiento y reliquidación de la pensión a través de los mecanismos ordinarios de defensa, sin duda puede llegar a afectar los derechos de las personas de la tercera edad al mínimo vital, a la salud, e incluso a su propia subsistencia, lo que en principio justificaría el desplazamiento excepcional del medio ordinario y la intervención plena del juez constitucional, precisamente, por ser la acción de tutela un procedimiento judicial preferente, breve y sumario de protección de los derechos fundamentales.

Bien pudiera concluirse de lo dicho que, si se confronta ello con el caso que se examina, varias son las justificantes allí mencionadas que se conjugan en el caso sometido a consideración: En primer lugar, se trataba de un grupo de pensionados varios de los cuales superaban el umbral de la tercera edad, MARIA ESTRADA 77 años, OSMILDO

CADAVID 73 años, GONZALO ARCE 69 años, MARIELA MUÑOZ 65, LIDIA LADINO 65, GONZALO ORTIZ 63, LUIS ANIBAL REYES 62, MARIA OSORIO 59, BEATRIZ SERNA 57, MARIA GÓMEZ 54. Es oportuno destacar que el concepto de “Tercera Edad”, se ha definido recientemente por la Corte Constitucional³, como aquel que supera la expectativa de vida oficialmente declarada por el gobierno nacional, para el caso, 72 años hombres y 78 años mujeres. De igual manera, es preciso destacar que el concepto no ha sido unánime y que ha fluctuado a través de los años, en reconocer que pertenecen a la tercera edad las personas que han adquirido status de pensionados, o atenerse a ciertas definiciones legales como las contenidas en las leyes 1251 de 2008 (adulto mayor, que es quien supera los 60 años), o a la definición contenida en la Ley 1276 de 2009, sobre el particular revítese la ya citada sentencia T-138 de 2010.

No obstante lo que pueda sostenerse sobre el particular, debe igualmente señalarse que para la fecha en que se emite la decisión que se denuncia como prevaricadora, no existían en el ordenamiento legal las normas referidas. De esta manera, el concepto de tercera edad, podía estar derivado con mayor libertad por parte del juez, de las determinadas circunstancias.

Conclúyese entonces que el relativo concepto de la “tercera edad” de los accionantes, bien podía legitimar el desarrollo de la acción de tutela, sin que fuese menester acudir a otros supuestos, como v.gr., la demostración de un perjuicio irremediable⁴

.

Lo anterior aunado al caótico estado de la entidad CAJANAL, reconocido y admitido por la representación de las víctimas, en el que los derechos de petición introducidos por los pensionados eran desoídos, encuentra adecuación en aquellas circunstancias que la jurisprudencia constitucional considera viable la acción de tutela para conjurar

perjuicios irremediables.

En ese sentido, el Juez indiciado, en la sentencia que se denunció como prevaricadora justificó la procedencia de la tutela, al advertir que “constituye vía de hecho, violatorio del debido proceso administrativo la inaplicación o aplicación parcial del régimen especial de los docentes y, por tanto, la vía adecuada para remediar la situación anómala, es la acción de tutela”⁵.

Sobre la configuración de una vía de hecho, de manera generalizada y de vieja data, se ha sostenido:

(...), la jurisprudencia ha admitido que, no existiendo medios judiciales idóneos y oportunos para restaurar los derechos vulnerados o para resguardarlos frente al acto u omisión que los amenaza, cabe la acción de tutela, fundada en la existencia de una vía de hecho que desvirtúa la intangibilidad del trámite judicial y despoja a la providencia de su normal respetabilidad.

La vía de hecho, tal como la ha descrito la doctrina de la Corte, corresponde a una determinación arbitraria adoptada por el juez, o a una omisión del mismo carácter, en virtud de la cual se atropella el debido proceso, se desconocen garantías constitucionales o se lesionan derechos básicos de las personas, en razón de una flagrante desobediencia a lo prescrito por la Constitución y la ley.

Desde luego, también se ha destacado que únicamente se configura la vía de hecho cuando pueda establecerse sin género de dudas una transgresión evidente y grave del ordenamiento jurídico, de tal entidad que rompa por completo el esquema de equilibrio procesal instaurado en las normas aplicables.

Por supuesto, las garantías que integran el debido proceso (art. 29 C.P.) deben preservarse íntegramente, de lo cual se infiere que la falta de cualquiera de ellas repercute en la

pérdida de validez de lo actuado, y puede constituir -depende de su gravedad- una vía de hecho susceptible de la acción de tutela.⁶

Ese deliberado desconocimiento de los derechos de los pensionados, como lo admite la misma entidad demandada, que conlleva a no liquidar las pensiones conforme a las leyes y a la jurisprudencia, constituye la vía de hecho de carácter administrativo que faculta al juez constitucional para actuar de manera residual como lo hizo⁷

. El que se trate de una situación generalizada, no elimina la arbitrariedad que contiene la sistemática estrategia de liquidar parcialmente las pensiones. Nótese que la entidad accionada no cuestiona la corrección o incorrección de las liquidaciones hechas por ella cuando liquidó inicialmente las pensiones de los accionantes, sino la vía que estos escogieron para reclamar.

Tan particular aspecto relacionado con la procedencia o no de la acción de tutela, enfrenta distintas posiciones al respecto, que se matizan en que es procedente cuando se dan determinadas circunstancias, que, como se ha visto de cumplían en el caso asignado al Juez Séptimo Penal del Circuito de Manizales. De esta manera, la alternativa adoptada por el procesado, se torna razonable y por consiguiente excluyente del prevaricato.

6. En el mismo sentido, revisten ese carácter polémico la orden de pago de pensiones indexadas o el no reconocimiento oficioso de la prescripción de las mesadas que superasen los tres años. Estos temas fueron absueltos con suficiencia por el Tribunal estableciendo con fundamento en la jurisprudencia constitucional y laboral sobre el particular que sí era procedente el reconocimiento de la indexación y que no estaba obligado el juez de tutela a declarar la prescripción de las mesadas.

De manera que todo el ejercicio que se desarrolla en la búsqueda de determinar la ostensible contradicción de la sentencia de tutela del 11 de marzo de 2005, se concreta

a indagar en la jurisprudencia especializada precedentes emitidos en el mismo sentido a aquel de la sentencia cuestionada.

En relación con la emisión de la orden de reliquidación, y el carácter definitivo o temporal de la misma, se constata que la Corte Constitucional ha admitido que en casos similares la orden de tutela tenga carácter definitivo, entre cuyas decisiones se citan los siguientes fallos: T-470 de 2002 y T-806 de 2004.

Producida la sentencia al amparo de precedentes jurisprudenciales emanados de la propia Corte Constitucional, mal puede predicarse su contradicción con el ordenamiento legal.

7. Por último, hace referencia la apelante a las sospechas que puedan recaer sobre el hecho de que el indiciado TIBAQUIRÁ BAHENA, haya conocido de otras tutelas incoadas por el mismo abogado contra CAJANAL.

El argumento fue debidamente refutado por el Fiscal al indicar el número total de tutelas que fueron falladas en ese Distrito judicial, en despachos de diferentes especialidades y de la misma forma cómo el Tribunal Superior en sus distintas salas avaló las decisiones adoptadas por los jueces en similar sentido al emitido por el Juez indiciado. Sobre el particular, el acucioso fiscal allegó varias carpetas que contienen respuestas de los distintos despachos judiciales en los cuales indagó sobre el tema de las tutelas contra CAJANAL y otra denominada PRECEDENTE HORIZONTAL, que contiene decisiones del mismo Tribunal Sala Penal, al fallar sobre solicitudes de preclusión contra varios jueces en casos similares al iniciado contra TIBAQUIRÁ BAHENA.

Aunque válido el argumento de la apelante en tanto cuestiona aspectos subjetivos del tipo, señalando que hubo direccionamiento del reparto hacia el Juez TIBAQUIRÁ BAHENA, lo cual pudiera estar indicando algún tipo de intencionalidad, ese hecho no resulta constatado en autos, como lo puso de manifiesto el Fiscal.

Los argumentos expuestos por la apelante, como se ha evidenciado, carecen de la fuerza suficiente para desvirtuar el acierto de la decisión impugnada, y ello surge de la debilidad de los argumentos presentados por cuanto la recurrente admite la posibilidad de que procediera la tutela, al igual que la orden de reliquidación de manera indexada fuera con carácter definitivo y la no obligatoriedad de proveer oficiosamente sobre la prescripción de algunas mesadas pensionales. Por manera que si admite que la decisión era una probabilidad sensata de solución, mal puede pensarse en la configuración de un prevaricato.

De otro lado, es la misma apelante quien admite la incuria de la entidad que representa, la mora de dicho ente en resolver las peticiones de los exservidores que reclaman sus derechos, todo lo cual conllevó a que se declarara la existencia de un estado de cosas inconstitucional, en el cual justamente, y de manera contradictoria se pretende amparar, para sostener su tesis de improcedencia de la tutela, cuando en verdad que un caos semejante es lo que determina y justifica que los asociados recurran a la acción de tutela, en procura de protección de sus derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, se confirmará la decisión recurrida.

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

RESUELVE:

1. CONFIRMAR íntegramente la decisión de fecha 23 de enero del año en curso, mediante la cual el Tribunal Superior de Manizales, decretó la preclusión de la investigación adelantada en contra de el doctor LUIS ALBERTO TIBAQUIRÁ BAHENA, en su condición de Juez Séptimo Penal del Circuito de Manizales (Caldas).

2. Esta decisión se notifica en estrados y contra ella no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

Con respeto por la posición mayoritaria de la Sala, procedo a consignar las razones por las cuales salvé el voto respecto de la decisión del 11 de junio de 2014, por cuyo medio se confirmó el auto del 23 de enero de la misma anualidad proferido por el Tribunal Superior de Manizales que dispuso, a instancia de la Fiscalía, precluir investigación a favor de LUIS ALBERTO TIBAQUIRÁ BAHENA, en su condición de Juez Séptimo Penal del Circuito de la referida ciudad, por el delito de prevaricato por acción,

quien mediante fallo de tutela del 11 de marzo de 2005 amparó los derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social y mínimo vital de once pensionados de Cajanal, oportunidad en la cual ordenó reliquidar las pensiones incluyendo algunos factores salariales e indexar sus valores.

Debo resaltar que ya respecto de otras dos decisiones de precluir la investigación a favor del doctor TIBAQUIRÁ BAHENA por hechos sustancialmente similares (CSJ AP, 11 sep. 2013. Rad. 40671 y CSJ AP, 21 may. 2014. Rad. 42638) he salvado mi voto, pues al igual que en esta ocasión considero que no hay lugar a declarar la atipicidad de la conducta (numeral 4° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004) por falta de actualización del elemento objetivo del tipo penal del prevaricato: “manifiestamente contrario a la ley”.

Comienzo por señalar que dado el carácter esencialmente residual de la acción constitucional, no era el instrumento expedito para definir el asunto frente a los reclamos particulares de los pensionados, máxime cuando se está ante un número significativo de inconformes, que ahora se suman a los que también accionaron en las otras dos actuaciones en las cuales la Sala ha avalado la preclusión de la investigación promovida a favor del doctor TIBAQUIRÁ BAHENA.

Tal determinación desvirtúa por completo la noción de vía de hecho en tanto procede cuando existe vulneración grave, ostensible, grosera, flagrante e inminente de derechos fundamentales, no así, por tanto, cuando se deriva de un tema discutible o controversial, en cuyo caso a quien le corresponde dirimirlo, necesariamente, es al juez natural a través del mecanismo judicial procedente, en este caso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa dada la condición de ex servidores públicos de los demandantes y no, desde luego, al operador constitucional, desdibujando la naturaleza de esta acción.

Sobre el concepto de vía de hecho administrativa, ha dicho la Corte Constitucional:

“Vía de hecho administrativa

4- En relación particular con el derecho al debido proceso, la Corte Constitucional ha considerado que pueden presentarse situaciones en las cuales los servidores públicos ejercen sus atribuciones separándose totalmente de los mandatos de dicho ordenamiento, en abierta o abultada contradicción con él, en forma tal que en vez de cumplirse la voluntad objetiva del mismo se aplica la voluntad subjetiva de aquellos y, como consecuencia, bajo la apariencia de actos estatales, se configura materialmente una arbitrariedad, denominada vía de hecho, con la cual se vulneran o amenazan derechos fundamentales de las personas y que da lugar a la prosperidad de la acción de tutela.

En consonancia con lo anterior, tal institución ha sido aplicada principalmente en el campo de la actividad judicial, pero es aplicable también en el ámbito de los procesos y actuaciones administrativos. Al respecto, esta corporación ha manifestado:

‘La vía de hecho, tal como la ha descrito la doctrina de la Corte, corresponde a una determinación arbitraria adoptada por el juez, o a una omisión del mismo carácter, en virtud de la cual se atropella el debido proceso, se desconocen garantías constitucionales o se lesionan derechos básicos de las personas, en razón de una flagrante desobediencia a lo prescrito por la Constitución y la ley.

(...)

‘Desde luego, también se ha destacado que únicamente se configura la vía de hecho cuando pueda establecerse sin género de dudas una transgresión evidente y grave del ordenamiento jurídico, de tal entidad que rompa por completo el esquema de equilibrio procesal instaurado en las normas aplicables.

(...)

‘Por supuesto, las garantías que integran el debido proceso (art. 29 C.P.) deben preservarse íntegramente, de lo cual se infiere que la falta de cualquiera de ellas repercute en la pérdida de validez de lo actuado, y puede constituir -depende de su gravedad- una vía de hecho susceptible de la acción de tutela.’⁸

5-Esta Corporación en su jurisprudencia ha establecido una doctrina en relación con las vías de hecho, al clasificar varios tipos de defectos en los que incurren las autoridades judiciales o, en casos como el concreto, autoridades administrativas que conllevan a que sus decisiones sean consideradas como tales. Así, las ha dividido en:

“(1) un grave defecto sustantivo, es decir, cuando se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto;

“(2) un flagrante defecto fáctico, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado;

“(3) un defecto orgánico protuberante, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate; y,

“(4) un evidente defecto procedimental, es decir, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones.⁹

Visto lo anterior, haciendo aplicación al caso de los pronunciamientos y decisiones tomadas por autoridades administrativas, se puede decir que una vía de hecho se produce cuando quien efectúa, sea una decisión judicial o administrativa, en forma arbitraria y con fundamento en su única voluntad, actúa en franca y absoluta desconexión

con la voluntad del ordenamiento jurídico, vulnerando o amenazando derechos fundamentales”¹⁰ (negritas tomadas del texto original y subrayas por la suscrita).

En consecuencia, con total seguridad puedo afirmar que no hay vía de hecho cuando, insisto, desde el punto de vista jurídico la actuación o la decisión reprochada es discutible o controversial, como sucedió en el caso de la especie, que no era para ese entonces, acorde con una valoración ex ante, tema pacífico en la jurisprudencia; de modo que, ante esta eventualidad poco incidía que los accionantes hubieran sido personas de la tercera edad para otorgar el amparo con carácter definitivo, a tenor de la jurisprudencia que en tal sentido ha labrado la Corte Constitucional y que la suscrita no desconoce, pues se soslaya la existencia del medio de defensa judicial de índole contencioso administrativo procedente para obtener la pretendida reliquidación.

Para considerar la decisión administrativa como una verdadera vía de hecho era necesario que el tema no revistiera polémica y sólo de esa forma se autorizaba conceder la protección en forma definitiva, por tratarse los accionantes de personas de la tercera edad, hipótesis que no encaja en la fallada por el funcionario investigado, lo cual corrobora a todas luces que la decisión fue manifiestamente contraria a la ley, en contraposición a lo esbozado por la mayoría en la providencia de la que me aparto.

En esa misma dirección, además, tampoco era viable tomar el conjunto de normas y la jurisprudencia que sustenta una de las posturas existentes sobre el tema, como lo hizo el funcionario investigado para defender la protección constitucional, aspecto en el que se basó erradamente la Sala mayoritaria para colegir que la decisión fue fruto de un ejercicio interpretativo inherente a sus funciones, lo cual sería válido frente a otro tipo de disquisiciones jurídicas, pero definitivamente no para calificar como vía de hecho una decisión o actuación y disponer así la protección constitucional de raigambre residual.

Debo señalar, de otra parte, que en lo relativo a la indexación también ordenada por el juez indiciado en la sentencia de tutela en cuestión, la situación no es nada diferente, pues, en mi sentir, resulta también ostensiblemente contrario a derecho hacer un reconocimiento de esa naturaleza de manera definitiva, cuando se trata de un asunto que le corresponde definirlo a la jurisdicción contencioso administrativa, juez competente de la materia, sin que sea dable aducir que la demora en el trámite del proceso ordinario justifique pretermitir dicha instancia, por cuanto al interior del mismo bien podía solicitarse la suspensión provisional del acto administrativo atacado, demostrándose su manifiesta ilegalidad.

Las razones expuestas me llevan a apartarme de la decisión mayoritaria en cuanto se estimó que la sentencia de tutela dictada por el funcionario implicado no fue manifiestamente contraria a la ley y, bajo ese exclusivo supuesto, se confirmó la preclusión de investigación dictada a su favor.

Finalmente, quiero señalar que con comportamientos como el juzgado se pervierte y se desnaturaliza en su esencia la acción constitucional con el fin de conceder en forma masiva y poco reflexiva acreencias económicas laborales en asuntos que se tornan jurídicamente discutibles, en contravía de la postura de la propia Corte Constitucional según la cual ello tiene carácter excepcional, acogida por esta Sala en múltiples oportunidades, principalmente en la defraudación a FONCOLPUERTOS, como se plasmó, entre muchas, en las sentencias de marzo 8, rad. 37352, y noviembre 14, rad. 39883, ambas del año 2012.

En los anteriores términos, dejo sentado mi salvamento de voto.

Con la mayor atención,

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Magistrada

Fecha ut supra.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Rdo. Segunda instancia 43174

Procesado. LUIS ALBERTO TIBAQUIRÁ BAHENA

La acotación parcial que anuncié al voto en la Sala, respecto de la decisión mayoritaria tiene que ver con la preclusión por reconocimiento de prestaciones sociales prescritas por tutela, a mi juicio el amparo constitucional de derechos laborales en esas condiciones tiene argumentos a favor y en contra del procesado, pues de mi parte la regla civil ordena el pronunciamiento ante proposición expresa de la excepción (lo que no se hizo por Cajanal), de otra se opone a lo anterior la premisa de la extinción del derecho por ese fenómeno. .

Acertada y ajustada a derecho es la preclusión respecto de la tutela otorgada para las prestaciones no prescritas y por esta razón es la acotación parcial a la preclusión de la acción penal en contra de LUIS ALBERTO TIBAQUIRÁ BAHENA.

Cordialmente,

Eugenio Fernández Carlier

José Leonidas Bustos Martínez

1 Sentencia T-076 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

2 Cfr. las Sentencias T-111 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), T-292 de 1995 (M.P. Fabio Morón Díaz), T-489 de 1999 (M.P. (e) Martha Victoria Sáchica de Moncaleano) y T- 076 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), entre otras.

3 T-138 de 2010

4 Sólo excepcionalmente esta Corte ha considerado que el juez de tutela pueda no exigir la demostración del perjuicio irremediable. Ello sucede cuando el tipo de reclamo que se formula permite razonablemente presumir que existe afectación gravosa de derechos fundamentales y, en esa medida, corresponde es a la entidad demandada desvirtuar la referida presunción. O cuando en general el perjuicio irremediable o la necesidad de la eficacia inmediata de la tutela, aparezcan justificadas por las circunstancias del caso, conforme a la aplicación de las reglas derivadas de la experiencia o de la evidente condición de debilidad del sujeto que reclama. Particularmente, la Corte ha señalado que los requisitos o condiciones para que se estructure tal perjuicio se hacen más flexibles cuando la acción es promovida por un sujeto de especial protección o que se encuentre en situación de debilidad manifiesta, a saber, discapacitados, madres cabeza de familia o las personas de la tercera edad Vid. sentencias T-083 de 2007, T-158 de 2006, T-446 de 2004. En cuanto a las personas mayores de 70 años, su edad permite entender que puede producir un perjuicio irremediable la falta de reconocimiento, reliquidación o reajuste de la pensión, no obstante puedan presentarse también excepciones. Ver entre otras las sentencias T-076 de 1996; T-295 de 1999; T-116 de 2000 y T-452 de 2001, T-668 de 2007.

5 Ver fallo de tutela pag. 6

6 SU-960 de 1999, T-1051 de 2006

7 Ver T-631 de 2002 “23. Si quien liquida una pensión no toma el porcentaje de la base reguladora que figura en un régimen especial, se incurre en vía de hecho y se viola el

debido proceso y además los derechos a la vida digna, el trabajo, la seguridad social y la garantía a los derechos adquiridos

Se incurre en vía de hecho cuando la actuación de una autoridad pública carece de fundamento objetivo, obedece a motivaciones internas y tiene como consecuencia la violación de derechos fundamentales, especialmente el del debido proceso. Una conducta de éstas desconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5), la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228) y por consiguiente, el juez de tutela debe proceder a la defensa de los derechos fundamentales vulnerados (T-79/93).

8 Sentencia SU - 960 de 1999.

9 Sentencia T-567 de 1998

10 Sentencia T-1051 de diciembre 7 de 2006.