

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado Ponente

SP583-2017

Radicación N° 47586.

Aprobado acta No. 17.

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017).

VISTOS

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el procesado, su defensor y el apoderado de la parte civil, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, mediante la cual condenó a ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ por el delito de Prevaricato por acción en concurso homogéneo sucesivo y en concurso heterogéneo sucesivo con el reato de Prevaricato por omisión.

ANTECEDENTES

1. Fácticos

En la resolución de acusación de segunda instancia, la Fiscalía Delegada ante esta Corporación los narró de la siguiente manera:

El 7 de agosto de 2008 el doctor Fernando Antonio Torres Gómez, actuando en su condición de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja Nacional de Previsión Social formuló denuncia penal en contra del doctor Arnedys José Payares Pérez, toda vez que en su condición de Juez 2 Civil del Circuito de Magangué -Bolívar-, incurrió probablemente en los delitos de prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo, al proferir las sentencias del 6 de octubre de 2006 y 11 de diciembre del mismo año dentro de las acciones de tutela instauradas, de una parte, por la señora Rosa Inés Otálora de Contreras y otros, y de otra, la interpuesta por Amparo Sierra de Quintero y otros. En dichos fallos se ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL E.I.C.E., en liquidación, el reconocimiento y pago del derecho a la pensión gracia a docentes del orden nacional en contravía de la Constitución Política de Colombia, la ley y la jurisprudencia constitucional.

De otra parte se inició investigación en contra de dicho funcionario al considerar que podría encontrarse incurso en el delito de prevaricato por omisión atendiendo que los fallos proferidos dentro de las acciones de tutela mencionadas fueron emitidos con posterioridad al término preciso e improrrogable que ordena el artículo 86 Superior, esto es, el de 10 días.

2. Procesales

Por los anteriores hechos, mediante resolución del 15 de abril de 2010, el Fiscal 52 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá, adscrito a la Unidad Nacional para la Investigación de Funcionarios de la Rama Judicial, declaró la apertura de la investigación en contra del ex-juez ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ, quien fue escuchado en diligencia de indagatoria.

Fenecida la etapa instructiva, se decretó su cierre el 22 de noviembre de 2011 y mediante resolución del 25 de mayo de 2012 se calificó su mérito, acusándose al doctor PAYARES

PÉREZ como autor de los delitos de prevaricato por acción y prevaricato por omisión, decisión que impugnada por el procesado, fue objeto de confirmación por la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, el 31 de agosto de 2012.

El proceso fue remitido al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, a cuya llegada la Secretaría de la Sala Penal surtió el traslado previsto en el artículo 400 del Código de Procedimiento Penal de 2000, por el término de quince (15) días que contabilizó desde el 27 de septiembre de 2012 hasta el 18 de octubre siguiente, según constancia secretarial que se anota al folio 3; llevándose a cabo la audiencia preparatoria el 11 de marzo de 2013.

La audiencia pública de juzgamiento inició el 28 de octubre de 2013 y luego de varias sesiones concluyó, por lo que el 7 de octubre de 2015 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena profirió la sentencia, mediante la cual se condenó a ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ como autor penalmente responsable del delito de Prevaricato por acción en concurso homogéneo sucesivo y heterogéneo sucesivo con el reato de Prevaricato por omisión, imponiéndole la pena principal de sesenta y tres (63) meses de prisión, multa en cuantía equivalente a 175 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción principal; también le concedió el beneficio sustitutivo de la prisión domiciliaria. En la misma providencia, se condenó al pago de la suma de diecisiete mil doscientos setenta y siete millones trescientos cincuenta y ocho mil cuatrocientos noventa y tres pesos con ochenta y nueve centavos (17.277.358.493.89) por concepto de perjuicios materiales y se dejó sin efectos el fallo de tutela radicado 194-2006 del 6 de octubre de 2006 y las resoluciones de Cajanal o UGPP expedidas como consecuencia del mismo.

L A S E N T E N C I A A P E L A D A

Luego de hacer un recuento de la actuación procesal surtida dentro de este asunto, el Tribunal inicia su argumentación manifestando que los dos fallos de tutela «comparten, emulan argumentos, y se identifican al espejo como una sola, difiriendo únicamente en accionantes y fecha», por lo que el análisis de ambas providencias se realizará de manera conjunta.

Dicho lo anterior, asegura el Tribunal que el procesado no tenía competencia para proferir ambas decisiones, pues «(i) los accionantes no contaban con cédula de ciudadanía de Magangué o Bolívar, (ii) no tenían su residencia en ese Departamento, y prestaron sus labores en Departamentos diferentes al mencionado, (iii) el lugar donde se proferieron las resoluciones que denegaban la prestación fue Bogotá, misma ciudad donde se recibirían notificaciones la parte demandante¹», en consecuencia, el acusado contravino los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

Por otra parte, el A-quo asevera que el procesado trasgredió el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, pues, en ninguno de los dos casos se satisfacían los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico «para reclamar prestaciones sociales como la pensión gracia», en tanto, además de que la mayoría de los accionantes no superaban los 60 años de edad, no se avizoraba el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

Adicional a lo expuesto, el Tribunal se plantea el siguiente problema jurídico: «¿Los docentes vinculados por la Nación podían aspirar a la pensión gracia?», y, luego de realizar un análisis sistemático de la jurisprudencia proferida por las Corporaciones de cierre, responde negativamente el interrogante, por lo que termina concluyendo lo siguiente: «...ubicándonos en el contexto histórico de los fallos de tutela año 2006, en el que había más de una sentencia en la Corte Constitucional y Consejo de Estado que avalaban la negativa a la pensión gracia en los términos de

Cajanal, y dejaban en un terreno aislado o insular el entendimiento que del fallo de Consejo de Estado del año 2000 hizo derivar el procesado, además del análisis sistemático de las sentencias del año 1998 y 1999 de la Corte Constitucional, en las que la pensión gracia nunca ha estado ligada a docentes de orden nacional por la finalidad misma para la cual fue creada; debemos entonces deducir que el juez, a pesar de tener todos esos elementos a su consideración, decidió firmemente desconocerlos, denotando tangiblemente la adecuación típica del delito de prevaricato por acción en su doble cariz, objetivo y subjetivo²».

En cuanto a la configuración de dolo, asegura la Corporación que el mismo aparece demostrado con los siguientes hechos: (i) el fácil acceso que tenía el juez para conocer el «criterio que imperaba en cuanto a la pensión gracia³», (ii) la ausencia de justificación sobre las razones por las cuales se apartó de los lineamientos trazados en la Jurisprudencia, (iii) el conocimiento que tenía el procesado relacionado con que su particular interpretación contravenía esas directrices, y aun así, reiteradamente (pues profirió dos fallos de tutela en el mismo sentido) decidió desatenderlos y, (iv) la amplia experiencia y conocimientos profesionales del acusado.

De otro lado, y con relación al delito de Prevaricato por omisión, asegura el A-quo que la acción de tutela instaurada por la señora Amparo Sierra de Quintero y otros en contra de CAJANAL fue fallada por fuera del término establecido en el artículo 86 de la Constitución Nacional, siendo que «el transcurrir del tiempo no tiene justificación alguna, si se tiene en cuenta que se trataba de un fallo copia de la sentencia del 6 de octubre de 2006⁴».

Ahora bien, asevera que el argumento suministrado por el procesado para justificar la tardanza en el proferimiento del fallo, esto es, que se estaba a la espera de que la entidad accionada recibiera la notificación mediante la cual se le enteraba sobre el adelantamiento del trámite tutela, no es de recibo pues, «a más de no tener respaldo

probatorio, no alcanza a justificar la duplicación del término para el fallo de una tutela».

A renglón seguido, el fallador de primer grado afirma que la conducta ejecutada por el procesado además de típica, es antijurídica, dado que se vulneró el bien jurídico de la administración pública y se ejecutó con dolo, sin que se advierta causal alguna de ausencia de responsabilidad.

Determinada la responsabilidad del acusado, el A-quo pasó a dosificar la pena, imponiendo como principal 63 meses de prisión y multa en cuantía equivalente a 175 salarios mínimos legales mensuales vigentes; y como pena accesoria, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

De igual forma, no concedió el subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena, por considerar que no se cubre el requisito objetivo para el efecto contemplado en la ley.

En contrario, otorgó al acusado el beneficio de prisión domiciliaria porque se cubre la exigencia temporal y además, considera que no pondrá en peligro a la comunidad dados sus antecedentes personales, familiares, sociales y profesionales.

Así mismo, lo condenó al pago de la suma de diecisiete mil doscientos setenta y siete millones trescientos cincuenta y ocho mil cuatrocientos noventa y tres pesos con ochenta y nueve centavos (\$17.277.358.493.89), por concepto de perjuicios ocasionados con la comisión de la conducta; y finalmente, dejó sin efectos la sentencia de tutela de fecha 6 de octubre de 2006.

L O S R E C U R S O S

1. El defensor

Asegura la defensa apelante que, contrario a lo manifestado por el A-quo, su prohijado al momento de proferir los fallos de tutela que se acusan de prevaricadores, realizó una interpretación sistemática del complejo normativo regulador del régimen especial de la pensión gracia, que lo condujo a concluir que «los docentes de la secundaria del orden nacional al igual que los maestros del orden territorial, también tenían derecho a ese régimen especial de la pensión gracia»; interpretación que coincidió con aquella que fue exteriorizada por el Congreso de la República en la exposición de motivos de los proyectos de ley 114 Senado y 296 Cámara de 2010, lo que revela que las argumentaciones expuestas por el juez acusado en las providencias tildadas de prevaricadoras, lejos están de ser caprichosas, equivocadas, mendaces o manifiestamente contrarias a la ley.

Otra prueba de lo atinada que resultó ser la interpretación jurídica realizada por el acusado al momento de proferir los fallos de tutela, fueron las diferentes actuaciones judiciales que se adelantaron para su efectivo cumplimiento, entre ellas, vigilancias administrativas, incidentes de desacato y proceso de jurisdicción coactiva. Dice el defensor: «...por lo menos esos antecedentes, reafirman que no fueron manifiestamente arbitrarias; pues lo arbitrario y abiertamente contrario a la ley, no puede generar tantas reacciones institucionales en sentido afirmativo».

Por otra parte, en lo que titula el impugnante como «Precedente judicial», asegura que el Juez acusado incurrió en un error invencible en la interpretación de las normas que regulaban la materia; prueba de ello es que por los mismos hechos, la Fiscalía Delegada de Cartagena precluyó investigaciones que se adelantaban en contra de dos jueces, luego de reconocer que si bien la interpretación por ellos realizada era errada, las decisiones no podían ser consideradas como prevaricadoras por ausencia del dolo, precedente que inexplicablemente no fue aplicado en el caso de PAYARES PÉREZ.

De otra arista, y en lo que denomina el recurrente como «La experiencia del procesado en el ejercicio de la judicatura como prueba de su responsabilidad penal», asevera que, contrario a lo manifestado por el Tribunal, la experiencia del juez acusado en la jurisdicción civil y laboral lo fue de tan solo tres años, sin que además hubiese tenido la oportunidad de capacitarse en esas materias, encontrándose probado que se sentía tan incómodo en el desempeño de su nuevo rol, que el día 12 de enero de 2007 solicitó al Director de la Unidad Nacional de la Carrera Judicial su traslado a un Juzgado de Familia, siéndole negado «por no reunir el puntaje mínimo de evaluación anual que se requería para ello».

Con relación al dolo, afirma el defensor que el juzgador lo encontró demostrado «precisamente en el recorrido hermenéutico que hizo en su sentencia sobre las leyes 113/1914; 116/1928; 33/1973 y 91/1981; que esa es la mejor demostración de su propósito de apartarse del correcto entendimiento de la ley», siendo que de conformidad con la jurisprudencia nacional, para que se estructure el delito de prevaricato, no es suficiente la sola contrariedad de la decisión con la ley.

Asegura que los hechos que encontró el Tribunal típicos de prevaricato por omisión, se constituyen en la prueba de la ausencia del dolo en el actuar del juez acusado, pues, no profirió la segunda decisión de tutela «hasta tanto no estuvo convencido de que Cajanal hubiera recibido efectivamente la notificación sobre la apertura de la segunda acción de tutela en su contra».

De otra parte, asevera que el Tribunal al proferir la sentencia condenatoria en contra de su representado, partió del análisis de un problema jurídico diferente al que se le planteó a PAYARES PÉREZ en las dos demandas de tutela. Ello por cuanto encontró que las decisiones eran prevaricadoras porque no se probó la vulneración del mínimo vital, ni la existencia de un perjuicio irremediable ni que los actores eran personas de la tercera edad, cuando lo que tuvo en cuenta el juez enjuiciado al momento de proferir los fallos de

tutela fue la presunción de veracidad, el derecho a la igualdad y el principio constitucional de prevalencia de la interpretación más favorable en materia laboral.

Finalmente, señala que resulta paradójico que el juez acusado esté sometido a un proceso de jurisdicción coactiva ante la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Seccional Bolívar-, por no haber logrado que Cajanal cumpliera el fallo de tutela adiado 6 de octubre de 2006, y al tiempo, sea condenado, sin motivación alguna, al pago de la suma de \$17.277.358.493, monto que canceló la entidad accionada en cumplimiento tardío a la referida decisión.

1. La defensa material

El acusado afirma que, contrario a lo manifestado por el Tribunal, el domicilio lo determina el actor en la demanda de tutela y no en el memorial-poder que se le confiere a un abogado. En consecuencia, en la acción de tutela encabezada por Amparo Sierra de Quintero se manifestó que todos los actores tenían su domicilio en el municipio de Magangué. Y, en el trámite tutelar encabezado por Rosa Inés Otálora, si bien se señaló que los actores recibirían notificaciones en la oficina de su abogado, ubicada en la ciudad de Bogotá, tal afirmación no implica que los accionantes tuvieran su domicilio en esa ciudad.

En consecuencia, en uno y otro caso fueron los propios accionantes quienes señalaron que su domicilio estaba ubicado en Magangué, hecho que no le puede ser a él atribuible.

Ahora bien, asegura que una vez se admitieron las demanda de tutela, Cajanal no rindió el informe solicitado, por lo que «no solo se activó la presunción de veracidad prevista en el art. 20 del Decreto 2591/91, sino que de igual manera, también saneo la falta de competencia por el factor territorial con fundamento en la facultad que se le da al juez

constitucional el art. 4 del Decreto 306 de 1992, para integrar los vacíos del Decreto 2591/91...como lo es para el caso lo dicho en el art. 143-1º, en concordancia con lo previsto en el art. 144-5 del C. P. C., que permiten su saneamiento cuando no se alega por el afectado ni se viola su derecho a la defensa».

Asegura que el Tribunal edificó su condena en un problema jurídico diferente al que le fue planteado en las demandas de tutela, que no fue otro, sino el referido a la posibilidad de que a los accionantes se les concediera la pensión gracia, a la luz del derecho fundamental a la igualdad y a la interpretación más favorables de la ley en materia laboral; y no, si los actores reunían o no los requisitos de base para acceder a la pensión, pues, su cumplimiento aparecía acreditado con unas resoluciones expedidas por Cajanal, ni mucho menos así aparecía acreditada la condición de miembros de la tercera edad de aquellos, o la afectación del mínimo vital o la existencia de un perjuicio irremediable; yerro que, a su sentir, conlleva irremediablemente a su absolución.

Concluye el acusado diciendo lo siguiente: «En síntesis, como los actores también invocaron como violados su derecho fundamental a la igualdad en relación con los docentes del orden territorial, no era menester como erróneamente lo entiende la Sala, que se probara la violación del mínimo vital y el correspondiente perjuicio irremediable dado que se trata de un derecho autónomo que encuentra su fuente directa en la Constitución».

Por otra parte, afirma que las decisiones atacadas, lejos están de ser prevaricadoras, pues las adoptó luego de hacer una interpretación sistemática del complejo normativo que regula la materia, que coincidió con la que hiciera el Congreso de la República en la exposición de motivos de un proyecto de ley, en donde se estableció que «tanto los docentes de secundaria del orden nacional como los nacionalizados, también gozan de ese mismo derecho». Pero si, en gracia de discusión, su juicio jurídico resultó equivocado, obedeció a un «error invencible en la interpretación de la ley y la

jurisprudencia en cita, ante la falta de respuesta de Cajanal y la imposibilidad de superar el juicio de convicción expuesto en los fallos. De ahí que hasta el mismo fiscal en el Auto de apertura de investigación, le pidió tanto a Cajanal como al Ministerio de Educación Nacional que le explicaran que docentes tenían derecho a la pensión gracia consagrada en la ley 113 de 1914 y demás normas posteriores».

Señala que el Tribunal omitió valorar las “pruebas de referencia, sin tener en cuenta que había prometido valorarlas”. Concretamente, las decisiones adiadas 17 de mayo y 21 de octubre de 2013, proferidas por el Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar y por el Consejo Superior de la Judicatura, respectivamente; las resoluciones por medio de las cuales la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena precluyó la investigación a varios jueces que como él, mediante fallos de tutela les reconocieron la pensión gracia a docentes del orden nacional y el referente jurisprudencial CC A-043A/2014.

De igual modo, afirma que el Tribunal no podía, como lo hizo, deducir y dar por probado «la intensidad del dolo» a partir de los argumentos esbozados por la Corte Constitucional en la sentencia T-218/2012, pues, se trata de una decisión posterior a la fecha en que tuvieron ocurrencia los hechos investigados, y en donde de ninguna manera se reprocharon las consideraciones expuestas, para lo cual cita apartes de la jurisprudencia de esta Corporación.

De otra arista, con relación a la condena en perjuicios proferida por el A-quo, considera inexplicable que el Consejo Superior de la Judicatura lo sancionase por «no haber podido lograr que Cajanal le diera efectivo cumplimiento» al fallo de tutela correspondiente al grupo encabezado por Rosa Inés Otálora, siendo que aparece demostrado que Cajanal pagó la suma de \$17.277.358.493 con ocasión al fallo de tutela tantas veces referido; y que ahora el Tribunal le ordene rembolsar esa misma suma de dinero a Cajanal por concepto de perjuicios materiales ocasionados con la presunta comisión del delito.

Asevera que Cajanal intervino en el proceso penal adelantado en su contra, con el objetivo de lograr una condena, para de esta forma justificar «ese pago astronómico» que realizó de manera absolutamente irregular, pues, en las decisiones que se acusan de prevaricadoras jamás ordenó ningún pago.

Con relación al delito de prevaricato por omisión, asegura que el Tribunal encontró probada su responsabilidad por este reato pues, la tutela instaurada por la señora Amparo Sierra de Quintero fue fallada por fuera de los 10 días hábiles establecidos en la Constitución Nacional.

El acusado intenta justificar la tardanza manifestando que si bien avocó el conocimiento de la acción constitucional el día 8 de noviembre de 2006, la entidad accionada solo se enteró de su admisión para el día 23 de noviembre, por lo que a partir del día 24 de ese mes empezó a correr el término constitucional, que vencía el jueves 7 de diciembre de 2006, y, como quiera que los días 8, 9 y 10 eran festivos, la decisión se emitió el 11 de diciembre de 2006.

Lo anterior, en su opinión, revela que jamás incurrió en el delito de prevaricato por omisión, sino en un «excesivo celo por parte del juzgado por garantizarle a Cajanal su derecho a la defensa».

Por otra parte, en lo que titula «Absolución porque la Fiscalía no investigó toda la verdad que acompañó el trámite y definición de las tutelas del 2006», argumentó que el Fiscal al momento de rendir sus alegatos de conclusión lo sorprendió manifestando que con relación a la tutela encabezada por la señora Rosa Inés Otálora no existió acta de reparto, hecho que no le fue enrostrado en la indagatoria, por lo que se vulneró su derecho de defensa y a la verdad, y que por demás le favorecía, en tanto, «demuestra que no tenía ningún interés en conocer de esas dos acciones de tutela, con la probabilidad de que se hubiera podido conocer, quizás otros detalles no conocidos sobre el caso. Mi

responsabilidad se contrae al haber proferido los fallos, mas no a cualquier otra circunstancia relacionada con los trámites de secretaría».

Asegura que el proferimiento de los fallos de tutela de fecha 6 de octubre y 11 de diciembre de 2006, no implica la existencia del concurso homogéneo del delito de prevaricato por acción, pues, ambas acciones constitucionales eran jurídica y fácticamente iguales, solo que por estrategia de los accionantes las dividieron en dos grupos de actores; de no haber ello ocurrido, se trataría indiscutiblemente de una sola decisión.

1. La parte civil

El apoderado de la parte civil afirma que el A-quo al momento de condenar al procesado por concepto de perjuicios materiales omitió referirse al lucro cesante «correspondiente al reconocimiento de la tasa de interés bancario corriente que certificara la Superfinanciera desde la fecha de consumación del delito hasta el pago efectivo del perjuicio».

Asevera que, como consecuencia de la comisión de los delitos por los cuales fue condenado PAYARES PÉREZ la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones parafiscales de la Protección Social (en adelante UGPP), se vio obligada a pagar la suma de \$17.277.358.493.89 (valor que configuró el daño emergente); sobre el cual «se dejó de percibir la ganancia o provecho perteneciente a la misma (lucro cesante), debido a que ésta salió del patrimonio de la UGPP, sin que a la fecha se haya reintegrado a sus arcas», razón por la cual solicita se condene a ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ, además, al pago del lucro cesante.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 3º, de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de los recursos de apelación contra los autos y sentencias que profieran en primera instancia los Tribunales Superiores.

Sea lo primero decir, que la Fiscalía General de la Nación acusó a ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ por el delito de Prevaricato por acción en concurso homogéneo sucesivo, pues, en su condición de Juez Segundo Civil del Circuito de Magangué-Bolívar profirió dos fallos de tutela, el primero de fecha 6 de octubre de 2006 dentro de la acción instaurada por la señora Rosa Inés Otálora de Contreras y otros contra CAJANAL; y el segundo adiado 11 de diciembre de ese mismo año, dentro de la acción de tutela presentada por Amparo Sierra de Quintero y otros en contra de la misma entidad; decisiones mediante las cuales le ordenó a la entidad accionada, -Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL E.I.C.E., en liquidación-, el reconocimiento y pago del derecho a la pensión gracia a favor de los accionantes.

Pues bien, examinadas las decisiones judiciales que se acusan de prevaricadoras, la Sala advierte, como así lo hizo el Tribunal, que la motivación fáctica y jurídica es semejante en uno y otro caso, difiriendo solo en los nombres e identificación de los actores, el lugar de notificaciones y en los apoderados judiciales, por lo que el análisis sobre el delito de prevaricato por acción se realizará de manera conjunta.

Dicho lo anterior, el artículo 413 del Código Penal, prescribe:

“El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión (...)”.

El presupuesto fáctico de la norma transcrita, se encuentra constituido por tres elementos, a saber: (i) un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor

público; (ii) que profiera resolución, dictamen o concepto; y (iii) que este pronunciamiento sea manifiestamente contrario a la ley, esto es, no basta que la providencia sea ilegal, por razones sustanciales, de procedimiento o de competencia, sino que la disparidad del acto respecto de la comprensión de los textos o enunciados -contentivos del derecho positivo llamado a imperar- “no admite justificación razonable alguna”.

En torno de la contrariedad manifiesta de una decisión con la ley, la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SP 13 agosto 2003, rad. 19303 consideró:

Esta última expresión, constituye un elemento normativo del tipo penal al cual la jurisprudencia de la Corte se ha referido en forma amplia para concluir, que para que la actuación pueda ser considerada como prevaricadora, debe ser “ostensible y manifiestamente ilegal”, es decir, “violentar de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma”, dependiendo siempre de su grado de complejidad, pues resulta comprensible que del grado de dificultad para la interpretación de su sentido o para su aplicación dependerá la valoración de lo manifiestamente ilegal, de allí que, ciertamente, no puedan ser tenidas como prevaricadoras, todas aquellas decisiones que se tilden de desacertadas, cuando quiera que estén fundadas “en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso.

Se concluye, entonces, que para que el acto, la decisión o el concepto del funcionario público sea manifiestamente contrario a la ley, debe reflejar su oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo.

Como metodología, para una mejor resolución de los temas sujetos a discusión y como quiera que los tópicos relacionados en las impugnaciones propuestas por ARNEDYS

JOSÉ PAYARES PÉREZ y su defensor guardan identidad temática, la Sala los abordará en forma conjunta, aunque no estrictamente dentro del orden allí consignado.

1. Del recurso presentado por la Defensa Técnica y Material

1. De la competencia del Juez acusado para conocer las dos acciones de tutela

El primer reparo que planteó el procesado al momento de sustentar el recurso de apelación, está dirigido a refutar el argumento del Tribunal según el cual no tenía competencia territorial para conocer ambas acciones de tutela, por lo que contravino los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

En ese sentido, dijo el inculcado que, contrario a lo manifestado por el A-quo, el domicilio lo determina el actor en la demanda de tutela y no en el memorial mediante el cual otorga poder a un abogado para su interposición.

Con esa claridad, asegura que en el petitorio encabezado por Amparo Sierra de Quintero se señaló que todos los actores tenían su domicilio en el municipio de Magangué⁵, afirmación que en su sentir era suficiente para atribuirse la competencia por factor territorial. Y, con relación a la acción de tutela presentada por Rosa Inés Otálora de Contreras, adujo que si bien en el libelo se manifestó que los actores recibirían notificaciones en la oficina de su abogado ubicada en la ciudad de Bogotá⁶, tal aserto no implica «que tenían allí su domicilio».

Concluye que, como en uno y otro caso fueron los propios accionantes quienes «la fijaron

en esa región», refiriéndose a la competencia, ese hecho de ningún modo puede a él atribuírsele como «apropiación indebida de la competencia».

Pues bien, el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, por medio del cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, establece lo siguiente:

Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud.

El que interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos. Al recibir la solicitud, se le advertirá sobre las consecuencias penales del falso testimonio.

De las acciones dirigidas contra la prensa y los demás medios de comunicación serán competentes los jueces de circuito del lugar.

Sobre la jurisdicción territorial competente para conocer de las acciones de tutela, la Corte Constitucional de antaño y de manera pacífica⁷, ha señalado lo siguiente:

“(...) la competencia (...) se tiene “a prevención” por los jueces o tribunales con jurisdicción, no en el sitio en el cual tenga su sede principal el ente administrativo al que pertenecen aquellos a quienes se sindicó de vulnerar o amenazar con sus hechos u omisiones los derechos fundamentales, sino “en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motiva la presentación de la solicitud”.

Por tanto, si, como acontece en el presente caso, el juez ante quien la acción se ha instaurado encuentra que los hechos y situaciones objeto de la controversia han tenido

lugar en el área de su jurisdicción, goza en principio de competencia para decidir y está obligado a hacerlo.

En ese orden de ideas, el domicilio del demandado o el lugar en el cual habitualmente despacha no son factores determinantes de la competencia del juez de tutela. Bien puede ocurrir, por ejemplo, que la actividad en virtud de la cual se vulneran o amenazan derechos fundamentales se desarrolle en un lugar ajeno por completo a la sede o al ámbito de competencia del servidor público contra quien se propone la tutela y, más aún, no puede descartarse que precisamente esa circunstancia sea uno de los elementos que configuran la arbitrariedad o el abuso que ante el juez de amparo se denuncia. Mal puede éste, entonces, abstenerse de tramitar el proceso y de decidir con la celeridad que la materia demanda, remitiendo las diligencias a los jueces con jurisdicción en el lugar de la sede del funcionario y desconociendo la norma legal que deduce la competencia del sitio en el cual han ocurrido los hechos.

La naturaleza de la acción de tutela amerita una interpretación como la expuesta en la anterior jurisprudencia. Sin lugar a dudas, atendiendo al carácter preferente y sumario de la tutela, el juez constitucional tiene el deber de abocar el conocimiento de las demandas presentadas ante su despacho cuando los efectos materiales que vulneran o amenazan los derechos fundamentales cuya protección se solicita, se materializan al interior de su jurisdicción. Un entendimiento a contrario sensu del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 no concordaría con la naturaleza especialísima de la acción constitucional de amparo e implicaría una dilación injustificada en el trámite de la misma⁸.

En el mismo sentido, esta Corporación ha establecido que conforme a los parámetros de competencia que brindan el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y de reparto el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurrió

la violación o amenaza para los derechos fundamentales, concepto que como lo ha precisado la Sala Plena de esta Corte en múltiples ocasiones, no se circunscribe de manera exclusiva a aquél en donde se produjo la acción u omisión que origina la solicitud de amparo, ni tampoco al domicilio de la entidad accionada, sino que se extiende al sitio donde se proyectan sus efectos por cuyo medio se amenazan o vulneran derechos fundamentales⁹.

En la misma dirección se ha precisado, además, que por virtud de la expresa referencia al factor «competencia a prevención», destacado normativamente como criterio rector para definir este aspecto en materia de tutela, es competente para conocer de ella el juez ante quien se formula la demanda, siempre que, claro está, de dicho lugar resulte predicable la ocurrencia del quebranto o la de sus efectos (Ver CSJ. Sala Plena, 16 jun 2005, Exp. 00015).

En consecuencia, la competencia a prevención prevista en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, se determina no sólo por el lugar donde tuviere ocurrencia la violación o amenaza, «sino también por aquél en donde nace o se origina el acto que se considera lesivo de los derechos fundamentales», lo mismo que en el que razonablemente se producen los efectos del mismo. El juez de cualquiera de estos lugares en el cual se formula la demanda de tutela deberá asumir la acción constitucional sin que le sea procedente alegar la incompetencia, pues, bajo el criterio de prevención, es viable su conocimiento.

Con el anterior entendimiento, la Sala al examinar la foliatura advierte que, con relación a la acción de tutela radicada 2006-194, esto es, aquella instaurada por la señora Rosa Inés Otálora de Contreras y otros en contra de CAJANAL, en la solicitud de amparo se señaló por parte del apoderado judicial que él, los actores y la entidad accionada recibirían notificaciones en la ciudad de Bogotá¹⁰.

Además, era suficiente revisar, incluso someramente, los poderes otorgados por los actores a los abogados Juan Carlos y Andrés Henz Gil Cristancho, John Frey Osorio Peña y José Guillermo Jara Pardo, para concluir sin el menor asomo de duda, que los accionantes no tenían su domicilio en el municipio de Magangué, pues los mandatos tienen nota de presentación personal por parte de los mandantes en círculos notariales diferentes y además muy distantes a ese municipio¹¹.

Adicional a lo expuesto, las resoluciones que fueron aportadas a la demanda de tutela, por medio de las cuales CAJANAL les negó a los accionantes el reconocimiento de la pensión gracia, revelan que los demandantes no prestaron sus servicios en esa jurisdicción¹².

En conclusión, la demanda de tutela y sus anexos revelaban con diafanidad que las partes (demandante y demandado) no tenían su domicilio en el municipio de Magangué, y, además, que los actores no prestaron sus servicios profesionales en ese lugar.

Ahora bien, con relación a la acción de tutela identificada con el radicado 2006-217, esto es, la instaurada por la señora Amparo Sierra de Quintero y otros, en contra de CAJANAL, si bien en la petición de amparo se señaló que «Todos mayores de edad, residentes en la ciudad de Magangué (Bolívar) identificados como aparecen el párrafo (sic) anterior quienes actúan a través de apoderado y a quienes se les puede oficiar a la ciudad de Magangué (Bolívar¹³)», lo cierto es que en el punto 10 de la demanda de tutela se enunció que los accionantes y su apoderado judicial recibirían notificaciones en la ciudad de Santa Marta¹⁴, señalándose además que la entidad accionada recibiría notificaciones en la ciudad de Bogotá; luego entonces, las partes no estaban domiciliadas en el municipio de Magangué.

Por lo expuesto, surge evidente que el doctor ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ, en su calidad de Juez Segundo Civil del Circuito de Magangué-Bolívar no tenía

competencia para avocar el conocimiento de las dos acciones de tutela antes relacionadas, pues (i) la presunta vulneración de los derechos fundamentales de los actores no ocurrió en el municipio de Magangué; (ii) los efectos de la presunta violación de las garantías de los accionantes no acaecieron en esa jurisdicción; (iii) los actores no tenían su domicilio en esa población; (iv) el lugar donde los demandantes recibirían notificaciones no era en el municipio de Magangué, sino en las ciudades de Bogotá y Santa Marta; (v) la entidad accionada tenía su domicilio en la ciudad de Bogotá; (vi) los apoderados no recibían las notificaciones en el municipio de Magangué y, (vii) los actores no prestaron sus servicios laborales en ese lugar.

Es decir, en el municipio de Magangué-Bolívar no tuvo ocurrencia la violación o amenaza de los derechos fundamentales de los actores, ni fue el lugar en donde nació o se originó el acto que se considera lesivo de las garantías constitucionales de los actores, ni en el que se produjeron los efectos del mismo, por lo que no se verifica ninguno de los factores de la competencia a prevención, lo que se traduce en una flagrante violación a los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000; normas que el funcionario PAYARES PÉREZ estaba obligado a respetar y cumplir, a fin de asegurar la efectividad de las garantías que integran el debido proceso, así como de los principios de imparcialidad, transparencia, celeridad y economía procesal, que abiertamente desobedeció.

Ahora bien, adujo el procesado que, como quiera que la entidad accionada no rindió el informe solicitado, una vez fueron admitidas las demandas de tutela, «no solo se activó la presunción de veracidad prevista en el art. 20 del Decreto 2591/91, sino que de igual manera, también saneo la falta de competencia por el factor territorial con fundamento en la facultad que se le da al juez constitucional el art. 4 del Decreto 306 de 1992, para integrar los vacíos del Decreto 2591/91...como lo es para el caso lo dicho en el art. 143-1º, en concordancia con lo previsto en el art. 144-5 del C. P. C., que permiten su saneamiento cuando no se alega por el afectado ni se viola su derecho a la defensa».

La Corte Constitucional ha señalado que el Juez de Tutela se encuentra vinculado por el postulado constitucional del debido proceso de las partes y de los terceros con interés legítimo en el proceso, por lo que le corresponde velar porque dicha garantía se cumpla a cabalidad, para lo cual se estableció la posibilidad de aplicar las reglas de la nulidad previstas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, conforme a las cuales el proceso es nulo en todo o en parte: “2. Cuando el juez carece de competencia¹⁵”.

En aplicación de este precepto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha admitido que la falta de competencia es una causal de nulidad del proceso, la cual puede ser declarada a petición de las partes o de oficio¹⁶. No obstante, ha precisado que tratándose de una nulidad fundada en el factor territorial, esta es considerada como una nulidad saneable conforme al artículo 145 del Código de Procedimiento Civil¹⁷.

Así, la Corporación ha construido las siguientes reglas jurisprudenciales¹⁸ en torno a este tema:

«(i) Cuando el mencionado vicio es advertido en la primera instancia del trámite de tutela, se debe remitir la demanda y sus anexos al juez competente, en cualquier lugar del país y respetando las reglas de reparto, de forma tal que se garantice la protección oportuna de los derechos fundamentales.

(ii) Cuando es el juez de segunda instancia el que observa la carencia de competencia del que asumió el conocimiento en un primer momento, la Corte ha indicado que debe seguirse el procedimiento previsto en el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil que establece que si la nulidad fuere saneable ordenará ponerla en conocimiento de la parte afectada. Si dentro de los tres días siguientes al de notificación dicha parte no alega la nulidad, ésta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario,

el juez la declarará”.

(iii) Cuando la falta de competencia es advertida en sede de revisión, la Corte ha procedido a declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda¹⁹. A esta solución ha llegado la Corporación en eventos en que se ha advertido una censurable tergiversación del factor territorial de competencia previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, con el velado o manifiesto propósito de menguar las posibilidades».

De conformidad con lo expuesto surge evidente que, en efecto, la nulidad por falta de competencia territorial es subsanable siempre que no se viole, en general, el debido proceso, y, en particular, el derecho de defensa, en virtud de la aplicación del principio de economía procesal, para evitar dilaciones injustificadas²⁰; sin embargo, ello no quiere significar que las normas que regulan la competencia territorial en materia de tutela puedan desconocerse caprichosamente, como parece entenderlo el procesado.

Como ya quedó visto, en el presente asunto era irrefutable que el juez acusado ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ no tenía competencia territorial para conocer y fallar las dos acciones de tutela interpuestas en contra de CAJANAL, por lo que de conformidad con el ordenamiento jurídico, estaba obligado a remitir la demanda y sus anexos al juez competente, en cualquier lugar del país y respetando las reglas de reparto; deber que el funcionario judicial infringió, pues, contrario a ello, avocó el conocimiento de las acciones de amparo constitucional y las decidió mediante proveídos aditados 6 de octubre y 11 de diciembre de 2006; y, si bien la nulidad por falta de competencia territorial se puede subsanar como remedio procesal para evitar dilaciones injustificadas, ello de modo alguno lo habilitaba para desconocer las normas de competencia y asumir motu proprio el conocimiento de ambos casos, ceñido para ello única y exclusivamente a la voluntad de los demandantes.

Para concluir, como consecuencia del trámite del proceso por parte del acusado, sin que existiera el nexo territorial que la ley establece entre la vulneración o amenaza de los derechos y la sede del proceso, se desconocieron los fines implícitos en los factores objetivos de competencia como la seguridad de los actores procesales sobre la sede del funcionario judicial que debe conocer de un proceso, la imparcialidad del juez garantizada por el hecho de que será el señalado por el legislador y no el que elige a su arbitrio el demandante, así como el ejercicio efectivo del derecho de defensa por parte de la parte demandada.

Por ello, encuentra la Sala que la actuación del acusado ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ, desconoció el factor territorial que de conformidad con los artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000, determina la competencia en materia de tutela, lo que se traduce, a no dudarlo, en una violación directa de la Ley.

1. De la manifiesta contrariedad de las decisiones judiciales adoptadas por el Juez acusado con el ordenamiento jurídico

1. Asegura la defensa -material y técnica-, que el Tribunal al proferir la sentencia condenatoria, partió del análisis de un problema jurídico diferente al que se le planteó al acusado en las dos demandas de tutela, pues en uno y otro caso, lo que se pretendía era que a los actores se les tutelara el derecho fundamental a la igualdad y a la interpretación más favorable de la ley en materia laboral, y en consecuencia, se les reconociera la pensión gracia, razón por la cual resultaba inocuo analizar si los accionantes cumplían o no los requisitos de base para acceder a la pensión, pues, ello se encontraba acreditado con las pruebas aportadas a las demandas de tutela.

Así mismo, asegura que resultaba intrascendente establecer la condición de miembros de la tercera edad de los actores, o la afectación del mínimo vital o la existencia de un perjuicio irremediable, ya que el derecho fundamental a la igualdad es autónomo y «encuentra su fuente directa en la Constitución».

Pues bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Nacional, la acción de tutela es un mecanismo por medio del cual todas las personas pueden acudir ante los jueces para exigir el respeto de sus derechos fundamentales, «cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública»; se caracteriza por ser subsidiaria, en tanto «sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable».

Por su parte, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, por medio del cual se reglamentó la acción de tutela establece que la referida acción no procederá, entre otros casos: «1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante».

Ahora bien, específicamente sobre la procedencia de la acción de tutela para resolver los conflictos relacionados con el reconocimiento de derechos pensionales, la Corte Constitucional de vieja data²¹, de manera pacífica y reiterada ha señalado lo siguiente:

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento o reliquidación de prestaciones sociales, particularmente en materia de pensiones.

En efecto, según lo ha precisado la jurisprudencia constitucional en diferentes providencias tales como las dictadas en las Sentencias T-776 y T-245 de 2005, M.P., Alfredo Beltrán Sierra, T-607 y T-562 de 2005 M.P., Marco Gerardo Monroy Cabra, T- 692 y T-487 de 2005 y T- 692 de 2004 M.P. Alvaro Tafur Galvis, la acción de tutela no procede para el reconocimiento de derechos pensionales, pues por tratarse de derechos litigiosos de naturaleza legal, la competencia prevalente para resolver este tipo de conflictos ha sido asignada por el ordenamiento jurídico a la justicia laboral o contenciosa administrativa según el caso, siendo entonces dichas autoridades las llamadas a garantizar el ejercicio de tales derechos, en caso que se logre demostrar su amenaza o violación.

Esta posición se fundamenta en el carácter excepcional, subsidiario y residual de ese mecanismo de amparo constitucional, según se desprende del artículo 86 de la Carta Política y de la jurisprudencia de esta Corporación. Además, afirmar lo contrario implicaría que se desnaturalizara: “la esencia y finalidad de la acción de tutela como mecanismo de protección especial pero extraordinario de los derechos fundamentales de las personas y se ignoraría la índole preventiva de la labor de los jueces de tutela frente a la amenaza o vulneración de dichos derechos que les impide dictar órdenes declarativas de derechos litigiosos de competencia de otras jurisdicciones”²².

No obstante lo afirmado, la Corte ha señalado 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 valoradas por el juez constitucional en cada caso particular.

En tal sentido esta Corporación ha precisado que la acción de tutela procede para el reconocimiento o reliquidación de pensiones, cuando los titulares de esos derechos

son personas de la tercera edad o 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 comunidad²³.

(...)

El criterio de interpretación acogido por la jurisprudencia constitucional, tiene entonces como fundamento los artículos 13 y 46 de la Carta, los cuales le imponen al Estado, por una parte, el deber de brindar una protección especial “a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”, y por la otra, la obligación de concurrir, con la colaboración de la sociedad y la familia, a “la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad...”.

Ahora bien, no sobra aclarar en este punto, que la condición de persona de la tercera edad no constituye por sí misma razón suficiente para definir la procedencia de la acción de tutela en estos casos.

(...)

En efecto, para que el mecanismo de amparo constitucional pueda desplazar la vía judicial ordinaria o contenciosa, es también condición necesaria acreditar que el daño impetrado al solicitante afecta materialmente sus derechos fundamentales o aquellos que lo son por conexidad -como la dignidad, el mínimo vital, la salud y la subsistencia digna-, e igualmente que al darle trámite al litigio por el otro mecanismo de defensa hace temporalmente nugatorio el ejercicio y disfrute de tales derechos, haciendo mucho más gravosa la situación particular del actor²⁴.

Con fundamento en el criterio general expuesto según el cual, la acción de tutela es

procedente para reconocer derechos pensionales únicamente cuando el juez constitucional llegue a la convicción que es necesario brindar una protección urgente e inmediata que no es posible lograr a través del mecanismo ordinario de defensa, la jurisprudencia reiterada²⁵ de esta Corporación ha señalado que la viabilidad del amparo en esos casos exige la acreditación de un perjuicio irremediable²⁶, circunstancia a la cual se llega previa ponderación por parte del juez de ciertos factores relacionados con:

- (i) La edad para ser considerado sujeto especial de protección;
- (ii) La condición física, económica o mental;
- (iii) El grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital;
- (iv) La existencia previa del derecho y la acreditación por parte del interesado de la presunta afectación;
- (v) El despliegue de cierta actividad administrativa y procesal tendiente a obtener la protección de sus derechos²⁷.

Lo anterior significa que, en principio, la acción de tutela no procede para el reconocimiento de derechos pensionales, pues, por tratarse de derechos litigiosos de naturaleza legal, la competencia prevalente para resolver este tipo de conflictos ha sido asignada por el ordenamiento jurídico a la justicia laboral o contenciosa administrativa según el caso.

Sin embargo, excepcionalmente, es posible el reconocimiento de esta clase de derechos por la vía del amparo constitucional, cuando, existiendo otro medio de defensa judicial, la acción se ejerce como mecanismo transitorio, caso en el cual es necesario demostrar la

existencia de un perjuicio irremediable; o cuando el medio judicial preferente es ineficaz o no es lo suficientemente expedito para brindar una protección inmediata a las garantías constitucionales, debiéndose en este último caso acreditar que los titulares de esos derechos son personas de la tercera edad o que por su condición económica, física o mental se encuentran en condición de debilidad manifiesta.

Con el anterior entendimiento, resulta incuestionable que en ambas acciones constitucionales los actores contaban con otro mecanismo de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por CAJANAL E.I.C.E., que podían ejercerse ante la jurisdicción contencioso administrativa; circunstancia que, en principio, tornaba en improcedente las acciones de tutela, de conformidad con las normas y jurisprudencia que vienen de citarse.

En consecuencia, el juez ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ, antes de entrar a resolver el fondo del asunto, y con independencia del derecho fundamental alegado como vulnerado, debió examinar si la acción de tutela fue ejercida como mecanismo transitorio, resultándole obligatorio verificar la existencia de un perjuicio irremediable; o si el medio judicial preferente era ineficaz o no era lo suficientemente expedito para brindar una protección inmediata a las garantías constitucionales alegadas en la demanda de tutela, resultándole en ese caso forzoso examinar, caso por caso, si los titulares de esos derechos eran personas de la tercera edad o que por su condición económica, física o mental se encontraban en condición de debilidad manifiesta, análisis que, como se verá, soslayó el juez acusado.

Esto dijo PAYARES PÉREZ en ambas decisiones:

«Corolario de las razones expuestas, y los precedentes anteriormente fijados, el despacho considera jurídicamente viable entrar a resolver de fondo la presente acción, entre otras razones porque así lo tiene establecido la Ley y la Jurisprudencia, donde es claro que a

pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, éstos como en el caso que se controvierte no resultan idóneos ni eficaces, menos aún gozan de la agilidad que se requiere para decidir sobre unos derechos de rango supralegal como los reclamados por los accionantes.

Adiciónese a lo dicho, que como se evidencia en la incoada, todos pertenecen al grupo de personas de la tercera edad, de quienes se dijo en el marco normativo del Estado Social de Derecho por imposición de la norma superior (art. 46) requieren de esa protección especial y dadas las circunstancias en particular, no le asiste ninguna justicia a la inaplicación del derecho en forma oportuna, y menos aún a la limitación del acceso a la administración de justicia, poniendo así en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida (C.P. artículo 11), la dignidad humana (C. P. artículo 1º), la integridad física y moral (C. P. artículo 12) o el libre desarrollo de la personalidad (C. P. artículo 16) de las personas hoy accionantes que sin lugar a dudas hacen parte de ese grupo especial de la «tercera edad», permitiendo así en forma injustificada la prolongación en el tiempo y la dura carga de un procedimiento considerablemente largo para el reconocimiento de un derecho propio y además protegido constitucionalmente».

Pues bien, nótese que el juez a pesar de reconocer que los actores contaban con otro medio de defensa judicial, aseguró que no eran idóneos, eficaces ni ágiles, sin que tal afirmación estuviese fortalecida con argumentación jurídica alguna, siendo que, de conformidad con la jurisprudencia Constitucional, para determinar la concurrencia de estas dos características (idoneidad y eficacia), debe estudiarse si en cada caso concreto se cumple con los siguientes presupuestos: « (i) Si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente tiene por virtud ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela; (ii) si es posible hallar circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance; (iii) si la persona que solicita el amparo es un sujeto de especial protección constitucional, y por lo tanto su situación requiere de particular

consideración»²⁸, aspectos que no fueron desarrollados de ninguna manera por el procesado.

El segundo argumento tuvo lugar, cuando afirmó con contundencia que todos los accionantes eran personas de la tercera edad, y que, por ese sólo hecho, requerían de una protección especial, olvidando que, en relación con los adultos mayores, a pesar de haberse señalado que son sujetos de especial protección, de acuerdo a lo estipulado en los artículo 13 y 46 de la Constitución Política²⁹, por el solo hecho de formar parte de este rango poblacional, dicha situación no constituye por sí misma un elemento que permita acreditar un perjuicio irremediable y asegurar la procedencia de la acción de tutela.

Esta fue la posición adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia CC T-1316 de 2001, reiterada en la decisión CC T-083 de 2004³⁰, donde se indicó lo siguiente:

«No sobra aclarar, que la condición de persona de la tercera edad no constituye por sí misma razón suficiente para definir la procedencia de la acción de tutela en estos casos. Para que el mecanismo de amparo constitucional pueda desplazar la vía judicial ordinaria o contenciosa, es también condición necesaria acreditar que el daño impetrado al solicitante afecta materialmente sus derechos fundamentales o aquellos que lo son por conexidad -como la dignidad, el mínimo vital, la salud y la subsistencia digna-, e igualmente, que darle trámite al litigio por el otro mecanismo de defensa hace temporalmente nugatorio el ejercicio y disfrute de tales derechos, haciendo mucho más gravosa la situación particular del actor³¹».

Sobre éste punto, la Corte Constitucional a través de la sentencia CC T-996A/2005, hizo especial énfasis en los elementos relevantes para predicar la existencia de un perjuicio irremediable en cabeza de una persona de la tercera edad. Al respecto se dijo:

Por esta razón, en aquellos casos en que se comprometan aparentemente derechos fundamentales de los adultos mayores y se alegue la existencia de un perjuicio irremediable, se deben tomar en consideración algunos de los siguientes elementos relevantes:“(i) La edad para ser considerado sujeto de especial de protección; (ii) La condición física, económica o mental; (iii) El grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital”; (iv) La existencia previa del derecho y la acreditación por parte del interesado de la presunta afectación”³². Respecto de este punto y conforme con la jurisprudencia constitucional, si quien alega la vulneración de sus derechos “no acredita, al menos sumariamente, la grave afectación de su mínimo vital o de su derecho a la vida digna (...) la tutela no será la vía adecuada para demandar el cumplimiento de sus pretensiones”³³. (v) El despliegue de cierta actividad administrativa y procesal tendiente a obtener la protección de sus derechos”³⁴ y, (vi) que el alcance del otro mecanismo de defensa judicial previsto, si es del caso, no contribuya a hacer “temporalmente nugatorio el ejercicio y disfrute de los derechos del actor, haciendo mucho más gravosa su situación particular”.

En consecuencia, como quiera que la condición de persona de la tercera edad no constituye por sí misma razón suficiente para definir la procedencia de la acción de tutela en estos casos, el juez acusado ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ estaba en la obligación de analizar, si en cada caso particular el daño impetrado al solicitante afectaba materialmente sus derechos fundamentales o aquellos conexos, e igualmente, si tramitar el otro mecanismo de defensa hacía temporalmente nugatorio el ejercicio y disfrute de tales derechos, haciendo mucho más gravosa la situación particular del actor; aspectos que de modo alguno fueron examinados por el procesado, pues, sólo aseguró que como los actores eran miembros de la tercera edad, ello era suficiente para dar por superado el análisis de subsidiariedad que caracteriza la acción de amparo constitucional, contrariando indiscutiblemente el precedente jurisprudencial.

Por lo anterior, no es cierto que resultaba inocuo o intrascendente examinar si los actores eran miembros de la tercera edad, o si se les había producido la afectación del mínimo vital o un perjuicio irremediable, pues, de cara al ordenamiento jurídico, frente a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial a disposición de los actores, le era obligatorio el análisis de cada uno de estos aspectos, por lo que al omitir caprichosamente su estudio, ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ desconoció flagrantemente los artículos 86 de la Constitución Nacional y 6º del Decreto 2591 de 1991, y la jurisprudencia constitucional reseñada.

1. De otra parte, la defensa al sustentar el recurso interpuesto asegura que, los fallos que se atacan de prevaricadores fueron producto de un análisis sistemático del complejo normativo que regula el régimen especial de la pensión gracia que lo conllevó a concluir que los accionantes tenían derecho a dicha acreencia, por lo que las decisiones resultaron «razonadas y equilibradas».

Pues bien, el juez acusado ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ concedió el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y seguridad social de los accionantes, ordenándole a CAJANAL «dictar los actos administrativos mediante los cuales se les reconozca la PENSIÓN GRACIA a los accionantes relacionados en el ordinal primero de la parte resolutive del presente fallo, en los términos contemplados por la Ley 4ª de 1966... Tercero: Ordenar a la Caja Nacional de Previsión Social “CAJANAL” E.I.C.E., cumplido el numeral anterior... se proceda de forma inmediata a incluirlos en nómina de pensionado de la Entidad...».

Inició el procesado su argumentación jurídica, enunciando las siguientes premisas fácticas:

«1. Todos los accionantes, se han desempeñado en distintas épocas al servicio de la

Docencia Oficial, en forma continua o discontinua.

2. Todos ellos, han cumplido aquella labor de la Docencia por espacio superior a 20 años.

3. Su vinculación a la docencia oficial se produjo con anterioridad al 31 de diciembre de 1980.

4. La totalidad de los accionantes han superado los 50 años de edad.

5. Ninguno de ellos ha sido sancionado disciplinariamente³⁵».

Y, luego de un recorrido legal y jurisprudencial acerca de la pensión gracia, el acusado concluyó lo siguiente:

»La vocación que tienen los docentes de vinculación nacional a percibir Pensión Gracia y simultáneamente pensión de jubilación costeadas por la Nación, se ha mantenido y reiterado en la Legislación y en la Jurisprudencia como ha quedado demostrado. Se deduce de manera transparente que el mandato legal es preciso y firme al determinar de manera infalible que la Pensión Gracia está instituida para docentes nacionales y nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1980 y determina su compatibilidad con la pensión de jubilación aun en el evento de estar a cargo total o parcial de la Nación.

En consecuencia, y en aplicación del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 del Estatuto Superior, merecen un tratamiento igualitario los dos grupos de docentes. (nacionales y nacionalizados) y se entiende que ambos grupos deben recibir un igual tratamiento si cumplen con la “totalidad de los requisitos sin determinar ninguna diferenciación por el tipo de vínculo, (nacional o nacionalizado), requisitos exigidos por las normas, y que se traducen únicamente en veinte (20) años de servicio en el sector oficial; tener 50 años de edad; haber sido vinculado al servicio docente antes del 31 de

diciembre de 1980; idoneidad, consagración y buena conducta en las labores magistrales, requisitos que a la postre han sido acreditados suficientemente por los accionantes y aceptados por la accionada³⁶».

Pues bien, sobre la pensión gracia la Ley 114 de 1913 establece lo siguiente:

Artículo 1º.- Los Maestros de Escuelas Primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en conformidad con las prescripciones de la presente Ley.

Artículo 2º.- La cuantía de la pensión será la mitad del sueldo que hubieren devengado en los dos últimos años de servicio. Si en dicho tiempo hubieren devengado sueldos distintos, para la fijación de la pensión se tomará el promedio de los diversos sueldos.

Artículo 3º.- Los veinte años de servicios a que se refiere el artículo 1 podrán contarse computando servicios prestados en diversas épocas, y se tendrá en cuenta los prestados en cualquier tiempo anterior a la presente Ley.

Artículo 4º.- Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe: 1. Que en los empleos que ha desempeñado se ha conducido con honradez y consagración. 2. (Derogado por la Ley 45 de 1913). 3. Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un Maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación o por un Departamento 4. Que observe buena conducta. 1. (Derogado artículo 8 Ley 45 de 1913). 2. Que ha cumplido cincuenta años, o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Examinadas las decisiones que se tachan de prevaricadoras, se advierte que el procesado

soportó las providencias emitidas el 6 de octubre y el 11 de diciembre de 2006, en la sentencia CC C-479/1998 -hecho indicador de que el acusado conocía su contenido-, mediante la cual la Corte Constitucional estudio la exequibilidad del numeral 3º del artículo 4º de la Ley 114 de 1993 - Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional-. Consideraba el demandante que esa norma violaba el derecho a la igualdad, porque excluía de la posibilidad de acceder a la pensión de jubilación a aquellos docentes que habían sido vinculados al servicio público y recibían una recompensa de carácter nacional, encontrando la Corporación que ese enunciado normativo no infringía la Constitución Nacional, por lo siguiente:

«En cuanto al aparte acusado del numeral 3 del artículo 4 de la ley 114 de 1913, que consagra como requisito para gozar de la pensión de gracia el no haber recibido ni recibir actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional, no encuentra la Corte que viole la Ley Suprema, concretamente el principio de igualdad, pues el legislador, en virtud de las facultades que la misma Carta le confiere, es competente para regular los aspectos relativos a la pensión, incluyendo, obviamente, las condiciones para acceder a ella.

Por otra parte, es pertinente anotar que los recursos económicos del Estado para satisfacer el pago de prestaciones sociales no son infinitos sino limitados³⁷ y, por tanto, es perfectamente legítimo que se establezcan ciertos condicionamientos o restricciones para gozar de una pensión de jubilación. En este orden de ideas, la norma parcialmente acusada, tiene una justificación objetiva y razonable, pues lo único que pretende es evitar la doble remuneración de carácter nacional y así garantizar la administración racional de los recursos del Estado, cumpliendo el precepto constitucional vigente desde la Constitución de 1886 (art. 34), reproducido en la Carta de 1991 (art.128), sobre la prohibición de recibir doble asignación del Tesoro Público, salvo las excepciones que sobre la materia establezca la ley».

Ahora bien, desde el año 1997 ha dicho el Consejo de Estado sobre el tema (Expediente No. S-699 de 26 de agosto de esa data), que:

No es de recibo el argumento que en ocasiones se ha expuesto para sostener que con motivo de la expedición de esta norma, pueda reconocerse la pensión gracia a todos los que prestan sus servicios a la Nación, por ser los maestros a que ella se refiere docentes de carácter nacional. Dos son las razones fundamentales que conducen al rechazo de tal aseveración, así:

a. Como se dijo, la Ley 37 de 1933, examinada en relación con la Ley 116 de 1928 y la Ley 114 de 1913, no introdujo modificación alguna a las exigencias establecidas en estos ordenamientos normativos.

b. No es acertada la afirmación de que los establecimientos oficiales de educación secundaria fuesen nacionales en su totalidad en 1933. Tanto es así que fue con la Ley 43 de 1975 que se inició el proceso de nacionalización tanto de la educación primaria como de la secundaria. Por eso en su encabezamiento se lee: “por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías...” “Y en su artículo primero se prescribe hacia el futuro: la educación primaria y secundaria será un servicio público de cargo de la nación”.

Se repite que a partir de 1975, por virtud de la Ley 43, empieza el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales a que se refieren los ordenamientos anteriormente citados (L.114/13; L.116/28,y L.28/33); proceso que culminó en 1980.

El artículo 15 No. 2, literal A, de la Ley 91 de 1989 establece:

“Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes

114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación”.

La disposición transcrita se refiere de manera exclusiva a aquellos docentes departamentales o regionales y municipales que quedaron comprendidos en el mencionado proceso de nacionalización. A ellos, por habérseles sometido repentinamente a este cambio de tratamiento, se les dio la oportunidad de que se les reconociera la referida pensión, siempre que reunieran la totalidad de los requisitos y que hubiesen estado vinculados de conformidad con las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, con el aditamento de su compatibilidad “con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación: hecho que modificó la Ley 114 de 1913 para dichos docentes, en cuanto ésta señalaba que no podía disfrutar de la pensión gracia quien recibiera “...otra pensión o recompensa de carácter nacional.

De lo anterior se desprende que para los docentes nacionalizados que se hayan vinculado después de la fecha a que se acaba de hacer referencia, no existe la posibilidad del reconocimiento de tal pensión, sino de la establecida en el literal B del mismo precepto, o sea la “...pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año”, que se otorgará por igual a docentes nacionales o nacionalizados (literal B, No. 2, artículo 15 lb.) hecho que indica que el propósito del legislador fue ponerle fin a la pensión gracia. También, que dentro del grupo de beneficiarios de la pensión gracia no quedan incluidos los docentes nacionales sino, exclusivamente, los nacionalizados que, como dice la Ley 91 de 1989, además de haber estado vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 “tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia... siempre y cuando cumplan con la totalidad de requisitos”.

Y por último, que sin la ley 91 de 1989, en especial la norma contenida en el literal A, numeral 2, de su artículo 15, dichos servidores no podrían beneficiarse del reconocimiento de tal pensión, pues habiéndose nacionalizado la educación primaria y secundaria oficiales, dicha prestación, en realidad, no tendría el carácter de graciosa que inicialmente le asignó la ley (Énfasis agregado).

En el mismo sentido, sobre este beneficio pensional, la misma Corporación en la Sentencia del 13 de octubre de 2005, rad. No. 199904951-01 señaló:

«...comenzó siendo una prerrogativa gratuita que reconocía la Nación a cierto grupo de docentes del sector público: los maestros de educación primaria de carácter regional o local; grupo que luego, cuando se expidieron las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933, se amplió a los empleados y profesores de las escuelas normales, a los inspectores de instrucción pública y a los maestros de enseñanza secundaria de ese mismo orden, y se dice que constituye privilegio gratuito porque la Nación hace el pago sin que el docente hubiese trabajado para ella. El numeral 3 del artículo 4 de la ley 114 de 1913 prescribe que para gozar de la gracia de la pensión es preciso que el interesado, entre otras cosas; compruebe 'Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional'. De lo anterior se establece, de manera inequívoca, que la pensión gracia no puede ser reconocida a favor de un docente nacional, pues constituye requisito indispensable para su viabilidad que el maestro no reciba retribución alguna de la Nación por servicios que le preste, o que no se encuentre pensionado por cuenta de ella. Por ende, los únicos beneficiarios de tal prerrogativa eran los educadores locales o regionales” (subrayas fuera de texto).

Pues bien, los precedentes jurisprudenciales y normativos descritos, revelan con absoluta claridad que uno de los requisitos para acceder a la pensión gracia consiste en que el docente no haya recibido otra pensión o recompensa de carácter nacional, con el fin de evitar la doble remuneración de carácter nacional y así garantizar la administración

racional de los recursos del Estado, exigencia que arbitrariamente pasó por alto el procesado, pues aseguró que los únicos requisitos para acceder a la pensión gracia eran: «veinte (20) años de servicio en el sector oficial; tener 50 años de edad; haber sido vinculado al servicio docente antes del 31 de diciembre de 1980; idoneidad, consagración y buena conducta en las labores magistrales», para así conceder el amparo deprecado, aúncuando los accionantes eran docentes nacionales.

Por otra parte, el acusado concluyó que «Es diáfano entonces, que los docentes del sector oficial quienes hayan prestado sus servicios en instituciones del orden nacional y a su vez lo hicieron en establecimientos del orden territorial, el tiempo de servicio en el sector nacional le sirve para el computo de tiempo requerido para la obtención de la Pensión Gracia», para lo cual hizo uso de una decisión del Consejo de Estado, que citó así:

»Según lo puntualizó el propio Consejo de Estado, «En este orden de ideas, el Legislador inicialmente solo exigió 20 años de servicio oficiales en escuelas de primaria, sin limitar el tiempo servido en entidades territoriales. Así las cosas, dirá la Sala que la ley 114 de 1.913 no exige que los servicios docentes que dan lugar al reconocimiento de la pensión gracia, hayan sido prestados exclusivamente en instituciones territoriales, pues el texto legal no hace esta distinción, y en consecuencia no es viable por vía de interpretación establecer una limitación adicional³⁸».

No dijo ahí el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se exigiera para reconocer la pensión gracia, que los docentes no hubieren laborado exclusivamente en instituciones territoriales, como lo afirmó el recurrente. Lo que señaló esa Corporación es que los profesores de secundaria tienen derecho a la citada pensión al igual que los docentes de primaria y a renglón seguido indicó, que los beneficiarios debían cumplir todos los requisitos de ley.

De lo anterior, se colige que en las providencias tildadas de prevaricadoras el procesado omitió valorar el requisito contenido en el numeral 3º del artículo 4º de la citada Ley, desentendiéndose de ese apartado en forma ostensible para concluir, que los demandantes tenían derecho a la pensión gracia, cuando lo cierto era que del solo análisis de esa exigencia -no haber recibido ni recibir actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional -, se habría desestimado que los accionantes tuvieran derecho a esa prerrogativa, porque todos ellos tenían una vinculación de carácter nacional, contrario a la denominación de «oficial» que pretendió darles PAYARES PÉREZ para conferirles la pensión gracia.

1. Ahora bien, asegura la defensa que la interpretación que hizo del ordenamiento jurídico, que lo condujo a concluir que los docentes nacionales pueden acceder a la pensión gracia, coincidió con aquella que fue exteriorizada por el Congreso de la República en la exposición de motivos del proyecto de ley 114 Senado y 296 Cámara de 2010, lo que demuestra que sus providencias no son caprichosas, equivocadas, mendaces o manifiestamente contrarias a la ley.

En efecto, en la exposición de motivos del Proyecto de ley No. 114 del 26 de agosto de 2009 -Senado-, se señaló lo siguiente:

«En síntesis, este proyecto de ley busca que el Congreso de la República, como legislador, de manera directa haga una interpretación del artículo 15, numeral 2, literal a) de la Ley 91 de 1989, en los términos de los artículos 14 y 25 del Código Civil y que en consecuencia se entienda que los tiempos nacionales son computables para efectos de la pensión gracia y por tanto los educadores nacionales puedan acceder a la pensión gracia, conforme a las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y 91 de 1989, aunque su pensión ordinaria sea a cargo total o parcial de la Nación».

Sin embargo, al respecto debe indicarse lo siguiente: (i) el Proyecto de Ley se presentó el 26 de agosto de 2009, es decir, con posterioridad al proferimiento de las decisiones que se atacan de prevaricadoras, debiéndose recordar que el juicio de prevaricato debe hacerse ex - ante y no ex - post; (ii) hasta la fecha no se ha promulgado ninguna ley con base en el Proyecto No. 114/09; (iii) el numeral 3º del artículo 4º de la Ley 114 de 1913 se encuentra vigente; y, (iv) la exposición de motivos de un proyecto de ley no hace parte del ordenamiento jurídico; en consecuencia, el juez acusado ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ estaba obligado a cumplir las normas vigentes para la época en que profirió ambos fallos de tutela, que señalaba que los docentes nacionales no tenían derecho a la pensión gracia.

1. De otra parte, asegura la defensa que otro hecho revelador de lo atinadas que resultaron las decisiones judiciales proferidas por el acusado, es que provocaron diferentes actuaciones judiciales para su efectivo cumplimiento, entre ellas, vigilancias administrativas, incidentes de desacato, proceso de jurisdicción coactiva.

Pues bien, es cierto que una vez proferido el fallo de tutela de fecha 11 de diciembre de 2006, dentro de la acción instaurada por Amparo Sierra de Quintero y otros en contra de CAJANAL - rad. 2006-217- que se acusa de prevaricador, los accionantes iniciaron una serie de trámites en busca de su efectivo cumplimiento.

Así, el apoderado de los actores presentó incidente de desacato, actuación que concluyó con el proferimiento del auto de fecha 17 de noviembre de 2006 por medio del cual se impuso sanción de arresto por 10 días y multa equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes al gerente de CAJANAL E.I.C.E., decisión que fue confirmada, en grado de consulta, por la Sala Civil- Familia del Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Cartagena, mediante decisión adiada 18 de julio de 200739.

Por otra parte, el abogado de los actores solicitó el decreto de medidas cautelares sobre los recursos de CAJANAL, lo que generó el proferimiento del auto de fecha adiado 5 de marzo de 201040 por medio del cual el Juez acusado ordenó «el embargo y retención provisional de los dineros que aparecen a nombre de CAJANAL EN LIQUIDACIÓN Y/O BUEN FUTURO PATRIMONIO AUTÓNOMO-...hasta la suma de \$21.053.851.024.25».

También, uno de los accionantes presentó queja disciplinaria en contra de ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ, por no haber adoptado las medidas necesarias para el cumplimiento del fallo de tutela, actuación que generó el proferimiento de la decisión de fecha 17 de mayo de 201341 por medio del cual la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar le impuso sanción de suspensión por el término de 6 meses, y, como quiera que para esa fecha el funcionario judicial ya no laboraba para la Rama Judicial, se dispuso convertir la sanción en multa de seis (6) meses de salario para el momento de la comisión de las faltas disciplinarias; decisión que fue confirmada mediante proveído de 21 de octubre de 201342 emitido por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Por lo que mediante oficios DSRJB-JC-153-14 de fecha 30 de octubre de 201443 y DSRJB-JC-205-14 de fecha 30 de diciembre del mismo año44, suscritos por la Abogada ejecutiva de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial Seccional Bolívar, se le solicitó cancelara la multa que le había sido impuesta, por un valor de diecinueve millones setecientos veintinueve mil sesenta y dos pesos (\$19.729.062).

Sin embargo, debe recordarse que el juicio de prevaricato se lleva 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.

Asimismo, los fallos de tutela están revestidos de la presunción de acierto y legalidad, y, además de gozar de la fuerza vinculante propia de toda decisión judicial, las órdenes que se impartan en la acción de tutela son de urgente y obligatorio cumplimiento, por estar consagrada aquélla de modo específico para la guarda de los derechos fundamentales de rango constitucional, correspondiéndole al juez constitucional tomar todas las medidas que considere conducentes para hacer efectivo el fallo de tutela que protege derechos fundamentales amenazados o vulnerados.

1. Conclusión

Por lo anteriormente expuesto, se colige que las providencias emitidas por ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ los días 6 de octubre y 11 de diciembre de 2006, dentro de las acciones de tutela instaurada por Rosa Inés Otálora de Contreras y otros, y Amparo Sierra de Quintero y otros, respectivamente, son manifiestamente contrarias a la ley, porque:

a. Fueron proferidas sin que el procesado tuviera competencia territorial para ello, vulnerando así los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

a. Aun cuando las acciones de tutela eran abiertamente improcedentes, pues, los actores contaban con otro medio de defensa judicial que no habían ejercido, y no demostraron la

existencia de un perjuicio irremediable ni que se encontraban en condición de debilidad manifiesta, el juez soslayó el análisis de cada uno de estos aspectos, y resolvió de fondo el asunto, vulnerando los artículos 86 de la Constitución Nacional, 6º del Decreto 2591 de 1991, y la jurisprudencia constitucional, en acápite anterior referida.

a. La Interpretación realizada por el funcionario Judicial acerca de la pensión gracia y sus beneficiarios, es contraria a la ley y a la jurisprudencia de las Altas Cortes, que de vieja data resolvieron el asunto en sentido contrario al atendido por el procesado, vulnerando abiertamente el ordenamiento jurídico.

1. Del error de tipo

Del recurso de apelación se extrae que al sentir de la defensa, ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ profirió los fallos de tutela bajo la convicción errada de que los educadores nacionales también tenían derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia, esto es, que el procesado realizó los comportamientos que se le reprochan determinado por una falsa apreciación de la realidad que le impidió obrar con conocimiento de estar emitiendo una decisión «manifiestamente contraria a la ley».

Pues bien, la Corte ha señalado que en el delito de prevaricato por acción con el propósito de acreditar el dolo, esto es, que el agente actuó conociendo la ilegalidad manifiesta de la resolución o el dictamen y pese a él la profirió, es preciso valorar la mayor o menor complejidad y dificultad de interpretación del asunto, y los diferentes criterios existentes entre los doctrinantes y la jurisprudencia. Adicionalmente, para cada caso en particular el operador judicial debe reconstruir el derecho verdaderamente

conocido y aplicado por el investigado en el desempeño de las funciones, como el contexto dentro del cual adoptó la determinación⁴⁵.

Con ese objetivo debe situarse en el momento en el cual el servidor público emitió la resolución, el dictamen o concepto examinando el conjunto de circunstancias por él conocidas, es decir, realizar un juicio ex ante valiéndose de los medios que tuvo a su alcance el investigado.

Aplicando esta metodología, es incontrovertible que las pruebas arrimadas a la foliatura revelan que ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ sabía de la ostensible ilegalidad de las decisiones por él proferidas, pues, pese a que las providencias las nutrió de abundante jurisprudencia constitucional sobre la improcedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos laborales, lo que indica que eran por él conocidas, simplemente las desconoció.

Nótese que en uno de los apartes de los fallos proferidos señaló:

«En consecuencia, la Corte Constitucional en diversas oportunidades ha sostenido que a pesar de la existencia de otro medio de defensa es procedente acudir de manera excepcional al mecanismo del amparo para obtener el reconocimiento de derechos laborales cuando vistas las características propias de cada caso, el medio ordinario resulta ineficaz para la protección de los derechos vulnerados o amenazados⁴⁶» (negrillas y subrayas nuestras).

Y, más adelante citó y transcribió el siguiente aparte jurisprudencial:

«Tratándose del reconocimiento o reliquidación de la pensión, la jurisprudencia viene considerando que, bajo condiciones normales, las 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 amenazado⁴⁷» (Negrillas y subrayas dentro del texto original”.

Y luego, citó apartes de la sentencia SU-430/98 así:

«Asimismo, y a pesar de que exista la posibilidad de acudir de nuevo a un proceso ordinario laboral para hacer valer sus pretensiones estando debidamente probada la vulneración del derecho a la seguridad social por conexidad con los derechos a la igualdad y a la subsistencia digna, el dejar de tutelarlos efectivamente sería contrariar la doctrina constitucional que ha indicado que “...la seguridad social puede ser un derecho fundamental por conexidad con otros derechos de rango fundamental, cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral o el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad (C.P. art. 46)”. Incluso, en la misma jurisprudencia la Corte manifestó que “... en determinados casos, el derecho a la pensión puede adquirir carácter de fundamental en conexidad con la violación a la igualdad o al debido proceso, conforme a la doctrina constitucional elaborada por esta Corporación en la Sentencia SU-111 de 1997”⁴⁸ (Negrilla dentro del texto)».

Lo anterior obliga concluir que el procesado sabía que frente a la existencia de un mecanismo de defensa judicial a disposición de los accionantes, debía examinar las circunstancias fácticas de cada caso en particular, y establecer si la acción era

procedente como mecanismo transitorio de protección por la posible causación de un perjuicio irremediable, o porque el mecanismo no era idóneo ni eficaz, análisis que como ya quedó visto, eludió.

Adicional a lo expuesto, adviértase que la conclusión a la que arribó relacionada con que la pensión gracia también era procedente para los docentes nacionales, obedeció a su particular y caprichosa interpretación del ordenamiento jurídico, pues la ley y la jurisprudencia, también por él citada en las decisiones prevaricadoras, con absoluta claridad revelaban que esa gracia no podía ser reconocida a favor de los educadores nacionales.

En consecuencia, ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ sabía que estaba emitiendo dos decisiones manifiestamente contrarias a la ley, y aun así las profirió.

1. De la comprobación del dolo

La defensa asegura que el Tribunal no podía, como lo hizo, deducir y dar por probado «la intensidad del dolo» a partir de los argumentos esbozados por la Corte Constitucional en la sentencia T-218/2012, en tanto, se trata de una decisión posterior a la fecha en que tuvieron ocurrencia los hechos investigados, y en donde de ninguna manera se reprocharon las consideraciones expuestas por el juez acusado en las decisiones que se atacan de prevaricadoras.

Pues bien, sea lo primeo decir que mediante la sentencia CC T-218 de 2012, la Corte Constitucional dejó sin efectos la decisión proferida por el procesado el 11 de diciembre de 2006, en la acción de tutela iniciada por Amparo Sierra de Quintero y otros, en contra de CAJANAL; sin embargo, no es cierto que el A-quo dedujo o encontró probado el dolo a partir de lo expuesto en esa decisión.

La lectura de la decisión impugnada revela que el Tribunal sólo hizo mención del pronunciamiento de la Corte Constitucional, para adecuar típicamente en su componente objetivo la conducta desplegada por el procesado en el delito de prevaricato por acción. Esto dijo el juzgador de segunda instancia:

«Siguiendo con el recorrido, la Corte Constitucional evaluó la validez de una de las dos sentencias de tutela tildadas de prevaricadoras; concretamente en un trámite de revisión la Corte tenía de presente la tutela por medio de la cual, los accionantes deprecaban el cumplimiento de la orden impartida en la acción tuitiva, la radicada 2006-217 del 11 de diciembre de 2006. Así, en cuanto a la posibilidad que tenía la Corte para inmiscuirse en una tutela revestida de cosa juzgada constitucional, logró decir que:

(...)

De esa manera, el alto foro no controvierte la cosa juzgada constitucional pero sí la validez del título (sentencia de tutela del 11 de diciembre de 2006) que se pretendía ejecutar con la nueva sentencia, de esa forma atendiendo al principio el fraude lo corrompe todo, se habilitó para tal fin y elaboró una conceptualización de la pensión gracia diametralmente opuesta a la consignada en las tutelas por las que hoy se enjuicia al ex juez Payares.

(...)

Así entonces, en el fallo del año 2012, de manera directa, clara, diáfana, se deja ver que la tutela del 11 de diciembre de 2006 emitida por el hoy procesado, y por conexidad, la datada 6 de octubre de esa misma anualidad -idéntica en argumentos- son providencias opuestas a la ley, conclusión con la que clausuramos el acápite especial dedicado a esa alta colegiatura».

Por otra parte, afirma el defensor que el A-quo encontró demostrado el dolo «precisamente en el recorrido hermenéutico que hizo en su sentencia sobre las leyes 113/1914; 116/1928; 33/1973 y 91/1981; que esa es la mejor demostración de su propósito de apartarse del correcto entendimiento de la ley», siendo que de conformidad con la jurisprudencia nacional, para que se estructure el delito de prevaricato, no es suficiente la sola contrariedad de la decisión con la ley.

Tal afirmación tampoco es cierta, pues, el Tribunal encontró la prueba del dolo en los siguientes hechos: (i) la facilidad que tenía el juez para conocer el criterio jurisprudencial que imperaba en cuanto a la pensión gracia y su no reconocimiento a favor de educadores nacionales; (ii) con ese conocimiento, decidió apartarse de la posición de las Corporaciones de cierre, sin justificar las razones para ello; (iii) el conocimiento que tenía el procesado acerca de que «sus polémicos fallos» estaban en contravía de las directrices fijadas por las Altas Cortes, con relación a la pensión gracia y, (iv) la amplia experiencia laboral del juez.

De otra arista, en lo que denomina el impugnante como «La experiencia del procesado en el ejercicio de la judicatura como prueba de su responsabilidad penal», asevera que, contrario a lo manifestado por el Tribunal, la experiencia del juez acusado en la jurisdicción civil y laboral lo fue de tan solo tres años, sin que además hubiese tenido la oportunidad de capacitarse en esas materias, encontrándose probado que se sentía tan incómodo en el desempeño de su nuevo rol, que el día 12 de enero de 2007 solicitó al Director de la Unidad Nacional de la Carrera Judicial su traslado a un Juzgado de Familia, siéndole negado «por no reunir el puntaje mínimo de evaluación anual que se requería para ello».

En tales condiciones, parece olvidar el defensor que bajo el orden constitucional vigente, todos los jueces de la República son jueces constitucionales, lo que significa que, con independencia de la especialidad de cada funcionario judicial, todos integran la

jurisdicción constitucional, y por tanto tienen competencia en materia de tutela, resultándoles obligatorio no solo conocer las normas que reglamentan la acción de amparo, sino también el amplísimo precedente jurisprudencial que desde la creación del mecanismo especial, ha sido proferido por la Corte Constitucional.

Así, si un juez laboral conoce de una tutela sobre temas de derecho laboral, en ese momento no está actuando como juez de lo laboral, sino como juez constitucional, como quiera que su actuación está encaminada a hacer valer la integridad y supremacía de la Constitución, vía la protección de los derechos fundamentales.

1.5. Omisión del Tribunal en valorar algunas pruebas

Señala la defensa que el Tribunal omitió valorar las “pruebas de referencia, sin tener en cuenta que había prometido valorarlas”. Se refirió concretamente a las decisiones adiadas 17 de mayo y 21 de octubre de 2013, proferidas por el Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar y por el Consejo Superior de la Judicatura, respectivamente; las resoluciones por medio de las cuales la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena precluyó la investigación a varios jueces que como el procesado, mediante fallos de tutela les reconocieron la pensión gracia a docentes del orden nacional y el referente jurisprudencial CC A-043A/2014.

Pues bien, al inicio del juicio oral, específicamente en el curso del interrogatorio al procesado ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ, éste solicitó la admisión como prueba sobreviniente de los siguientes documentos:

1. Auto A-043A/2014 de fecha 20 de febrero de 2014, proferido por la Corte Constitucional.

2. Aclaración de Voto de la doctora María Victoria Calle Correa del auto A043A/2014.

3. Decisión de fecha 17 de mayo de 2013 proferida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, por medio de la cual se declara responsable disciplinariamente al procesado, imponiéndole la sanción de suspensión en el cargo, por el término de seis meses.

4. Decisión adiada 21 de octubre de 2013 emitida por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por medio de la cual por grado de consulta, se revisa la decisión anterior, y se confirma.

5. Resolución de preclusión de la investigación de fecha 22 de enero de 2014 a favor del doctor Pericles Antonio Rodríguez Sehk, por la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

6. Resolución de preclusión de la investigación de fecha 6 de septiembre de 2012 a favor de los doctores Carmen del Rosario Hernández Herrera y Ricardo Anaya Morales, por la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena resolvió inadmitir como prueba documental sobreviniente los documentos atrás relacionados; sin embargo, ordenó su incorporación «como referentes judiciales que pueden consultarse para la toma de decisiones⁴⁹; lo anterior significa que, como no fueron incorporados al proceso penal como prueba, no puede exigirse de ellos su valoración como tal, pues solo se valoran las pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación⁵⁰.

Ahora bien, en efecto, el A-quo afirmó que tales documentos los introduciría a la actuación «como referentes judiciales que pueden consultarse para la toma de decisiones», es decir, desde el inicio el Tribunal afirmó que su consulta era potestativa, pues, como no fueron incorporados a la actuación como prueba sobreviniente, su

valoración no le era exigible, decisión que no fue impugnada por las partes, luego entonces, ahora no puede exigirse su análisis como si de una prueba se tratara.

En este punto es menester recordar que esta Corporación ha resaltado que constituye un «error mayúsculo» incluir el precedente judicial en el tema de prueba, precisamente porque las sentencias de la Corte Constitucional y de los tribunales de cierre en la justicia ordinaria, «no son simples criterios auxiliares de la actividad judicial, sino que por el contrario se integran al postulado del imperio de la ley y tienen fuerza vinculante» (CSJ AP, 12 May 2010, Rad. 33420).

1. Inexistencia del concurso homogéneo sucesivo del delito de prevaricato por acción

Asegura el procesado que el proferimiento de los dos fallos de tutela de fecha 6 de octubre y 11 de diciembre de 2006, no implica, per se, la existencia del concurso homogéneo del delito de prevaricato por acción, pues ambas acciones constitucionales eran jurídica y fácticamente iguales, solo que por estrategia procesal, los accionantes las dividieron en dos grupos, circunstancia que de no haber tenido ocurrencia solo hubiese provocado el proferimiento de una sola decisión. En consecuencia, considera que ese hecho externo y completamente ajeno a él, de modo alguno puede atribuírsele.

En efecto, las decisiones judiciales prevaricadoras contienen una argumentación fáctica y jurídica coincidente, concurriendo así el tipo de delincuencia -prevaricato por acción-, y la persona encargada de ejecutarla -ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ-, sin embargo, hasta allí llega la identidad, en tanto, la sola mención de las circunstancias modales y temporo-espaciales que gobernaron las dos conductas atribuidas al sindicado, verifica incontestable la separación ontológica y jurídica que las gobierna.

Recuérdese que la acción de tutela identificada con el radicado 2006-19451, fue interpuesta por el abogado Andrés Henz Gil Cristancho, quien recibía notificaciones en la ciudad de Bogotá, en representación de 89 personas, en contra de CAJANAL E.I.C.E el día 21 de septiembre de 2006, misma fecha en que fue admitida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Magangué-Bolívar, auto en el que además se ordenó a la entidad accionada «haga llegar al expediente copia auténtica de las resoluciones en las cuales les fue negada la pensión gracia» a 17 accionantes.

Que a fin de comunicar a la entidad accionada del auto admisorio de la acción de tutela, se libró el oficio No. 1218 de fecha 25 de septiembre de 2006, recibido el día 27 de ese mismo mes y año, sin que se hubiese recibido informe alguno, por lo que el 6 de octubre de 2006, esto es, al día hábil número 11, se profirió el fallo de tutela contrario al ordenamiento jurídico.

Por otra parte, la acción de tutela identificada con el radicado 2006-21752, fue interpuesta por el abogado Luis Carlos Macías Quintero, quien recibía notificaciones en la ciudad de Santa Marta, en representación de 95 personas, en contra de CAJANAL E.I.C.E el día 8 de noviembre de 2006, siendo admitida al día siguiente por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Magangué-Bolívar.

A fin de comunicarle a la entidad accionada sobre la admisión de la acción de tutela se libró el oficio No. 1493 de fecha 9 de noviembre de 2006, y sin contar con la constancia de su recibido, el 11 de diciembre de 2006 se profirió el fallo de tutela manifiestamente contrario a la ley, es decir, luego de transcurrir 21 días hábiles desde su interposición.

En consecuencia, de modo alguno puede pensarse en la configuración de un delito unitario, planteamiento que se logra extraer del dicho de la defensa, que si bien se caracteriza por una pluralidad de comportamientos y la identidad del tipo

penal afectado, «únicamente se lleva a cabo la ejecución de una exclusiva conducta típica, sin importar el tiempo de duración, o el lugar o lugares donde se ejecute, o el que en pleno desarrollo se sumen más partícipes» (CSJ SP, 12 mayo 2004, Rad. 17151), pues, en el asunto que se analiza, no es que para perfeccionar un solo comportamiento delictivo constitutivo de prevaricato por acción, el procesado realizara varios actos entre sí concatenados e indisolublemente ligados, argumento necesario para determinar materializado el delito unitario propuesto, sino que el inculcado en distintos momentos, por virtud de solicitudes independientes, dirigió su voluntad a la ejecución de cada uno de los delitos separables en su naturaleza y efectos.

Se procede, entonces, por un concurso de conductas punibles de los que regula el artículo 31 del Código Penal, el cual «comporta la unidad de sujeto(s) activo(s), la unidad o pluralidad de acciones u omisiones con las cuales se infringen varios tipos penales, o varias veces el mismo» (CSJ AP, 29 agosto 2012, Rad. 39105), entendiéndose sin duda alguna que cada una de las acciones atribuidas está revestida de sus propias características objetivas, materiales, subjetivas y jurídicas, como que en cada acto de prevaricato por acción «tomó cuerpo la tipificación de la conducta punible; en cada uno de ellos no sólo se consumó y agotó la descripción legal, sino que el verbo rector encontró materialización en el mundo real, al paso que el bien jurídico se vulneró igualmente en cada acto, desde luego de manera injustificada y mediando conocimiento y voluntad. En ese marco, no vacila el juicio para predicar la independencia plena y evidente de una serie de delitos, inescindibles o fáciles de desbrozar desde el punto de vista de su perfeccionamiento autónomo, aunque ligados por una comunidad de propósitos y una vinculante fuente de intereses pero no con la capacidad de destruir la mencionada individualidad jurídica y naturalística» (CSJ SP, 12 mayo 2004, Rad. 17151).

En suma, como queda evidenciado que no se aplicó indebidamente el precepto en cita,

en la medida en que el Tribunal estructuró correctamente el concurso homogéneo y sucesivo de ilícitos constitutivos de prevaricato por acción, el reproche es improcedente.

1. Atipicidad del delito de Prevaricato por omisión

El delito de Prevaricato por omisión se encuentra consagrado en el artículo 414 del Código Penal, Ley 599 del 2000, así:

«El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones...»

Según la jurisprudencia y la doctrina, incurre en este ilícito todo servidor público que en desarrollo de las funciones que la Constitución, la ley o el reglamento le hayan asignado, omita, retarde, rehúse o deniegue el cumplimiento de un acto que le corresponda. Es decir, que este delito, en su aspecto objetivo, se estructura por el no cumplimiento de un deber legal que es propio e inherente al cargo que desempeña.

Interesa en este aparte, el entendimiento que la Corte de tiempo atrás le ha otorgado a sus distintas modalidades (CSJ AP, 19 jun. 1984)⁵³:

«La omisión y el retardo no son fenómenos idénticos, aunque todo retardo supone una omisión; cuando ocurre aquélla, el sujeto no hizo lo que podía y debía hacer; cuando esto acontece, el sujeto dejó de hacer lo que jurídicamente debió realizar en un momento o período dados, aunque lo hizo o pueda válidamente hacerlo con posterioridad, más allá de los límites temporales que le habían sido trazados; en la omisión el actor no cumplió definitivamente con su deber de acción, en el retardo no ejecutó el acto esperado y debido dentro del término previsto para ello, pero lo realizó más

tarde, o está en condiciones de cumplirlo extemporáneamente. La omisión propiamente dicha se produce y agota en el momento mismo en que el sujeto incumplió su deber de actuar; el retardo, en cambio, comienza al expirar el término dentro del cual debió actuar y perdura mientras no cumpla con su obligación de realizar la acción esperada».

Ahora bien, además, de ese aspecto objetivo que se contrae a un comportamiento omisivo, resulta indispensable que el infractor, esto es, quien tenga el deber legal de ejecutar el acto, no obstante lo consciente del imperativo que le asiste, en forma voluntaria omita, retarde, rehúse o deniegue su cumplimiento, lo que se traduce en la parte subjetiva del delito, en el entendido que éste únicamente admite la modalidad dolosa.

Pues bien, dentro de este asunto, asegura la defensa que el Tribunal encontró probada su responsabilidad por este reato, pues, la tutela instaurada por la señora Amparo Sierra de Quintero fue fallada por fuera de los 10 días hábiles establecidos en la Constitución Nacional, hecho que es indiscutible.

Lo anterior es así, pues, las foliaturas informan que la acción constitucional fue instaurada por Amparo Sierra de Quintero y otros, a través de apoderado judicial el 8 de noviembre de 2006 y admitida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Magangué-Bolívar el 9 de noviembre del mismo año, pero la decisión de primera instancia que resuelve de fondo lo pretendido apenas se emitió el 11 de diciembre de 2006, es decir, al día hábil número 21, sobrepasando el límite temporal establecido en el artículo 86 de la Constitución Nacional, por lo que se asoma objetiva la extemporaneidad del fallo.

A partir de la verificación del tipo objetivo, no se controvierte que en su acepción formal la conducta punible atribuida al procesado corresponde al delito de Prevaricato por omisión por el cual fue acusado.

Ahora bien, la discusión que plantea el procesado estriba única y exclusivamente en

definir si el comportamiento omisivo a él atribuido, representado, respecto del concreto verbo rector, en retardar la emisión del fallo de primer grado, fue o no ejecutado con dolo, en tanto, asegura que la razón por la cual falló la acción de tutela para esa fecha obedeció a que primero debía tener certeza que la entidad accionada se había enterado de la admisión de la acción de tutela, en aras de no vulnerar sus derechos fundamentales a la defensa y contradicción.

Afirma que a fin de enterar a la entidad accionada de la admisión de la acción de tutela, por secretaría se libró el oficio No. 1493 del 9 de noviembre de 2006, y, aun cuando aparece sin fecha de recibido, como en la otra acción de tutela presentada por Rosa Inés Otálora de Conteras contra la misma entidad, el enteramiento se produjo diez días después de la fecha de envío del oficio expedido con tales fines, debido a las dificultades que se presentaban con la oficina de correos, el acusado entendió que en todos los casos ese era el término que siempre transcurría entre el envío del oficio y su entrega en la ciudad de Bogotá.

En consecuencia, como el oficio por medio del cual se le comunicaba a CAJANAL la admisión de la acción de tutela instaurada por Amparo Sierra de Quintero data del 9 de noviembre de 2006, y, aplicando la regla creada por el acusado, entendió que la entidad accionada solo se enteró de la admisión del amparo el 23 de noviembre de 2006, luego entonces, a partir de esa fecha comenzó a correr el término constitucional, el cual vencía el jueves 7 de diciembre de 2006, y, como quiera que los días 8, 9 y 10 eran festivos, la decisión se emitió el 11 de diciembre de 2006.

Lo anterior, a su sentir, revela que jamás incurrió en el delito de prevaricato por omisión, sino un «excesivo celo por parte del juzgado por garantizarle a Cajanal su derecho a la defensa».

Pues bien, sea lo primero decir que las exculpaciones ex post brindadas por el

acusado para justificar la mora en la que incurrió al fallar la acción de tutela instaurada por la señora Amparo Sierra de Quintero y otros en contra de Cajanal, no tienen vocación de prosperidad, pues la amplia experiencia del procesado como funcionario judicial, es demostrativa del conocimiento que tenía acerca de la naturaleza especialísima que comporta el trámite de tutela, su procesamiento preferencial y el término perentorio e improrrogable de diez días establecido para decidir la controversia sobre derechos fundamentales.

Es tan ello así que en la ampliación de indagatoria⁵⁴ llevada a cabo el día 23 de junio de 2011 al preguntarle: «La ley y la Constitución traen excepciones al término para definir una acción de tutela. CONTESTÓ: No conozco ninguna excepción. PREGUNTADO: El término siempre es de diez días. CONTESTÓ: Siempre. PREGUNTADO: En el caso de marras se excedió ese término. CONTESTÓ: Desde el punto de vista objetivo se puede decir que sí, sin embargo, aun cuando los códigos les señalan a los jueces unos términos perentorios para resolver, en la práctica ni jueces ni tribunales ni fiscales debido al cúmulo de actuaciones y dificultades que suelen presentarse resuelven estrictamente dentro de esos términos que son lo ideal. PREGUNTADO: Doctor que quiere decir perentorios. CONTESTÓ: Es que son expesos y de obligatorio cumplimiento».

Ahora bien, en el interrogatorio que se le recibiere al acusado al inicio del juicio oral, sobre este tema señaló lo siguiente:

«Sobre el punto debo destacar que las tutelas desde el punto de vista factico y jurídico eran la misma cosa, una la falle en octubre y la otra la falle en diciembre. Ciertamente la fallé unos días después del vencimiento de los diez días que consagra la ley, pero esa demora no fue por arbitrariedad como lo señala el señor fiscal. La demora se hizo precisamente para garantizarle a CAJANAL que tuviera la oportunidad de pronunciarse y de contestar esa segunda tutela que se le formulaba. ¿Porque? Porque nosotros estábamos en Magangué, CAJANAL tenía su sede principal en Bogotá. Magangué para la

época 2006, un pueblo todavía muy atrasado en materia de comunicaciones. Allá el servicio de correo no era de todos los días sino que había que esperar que toda la gente, las veredas y pueblos del sur llevaran sus respectivos mensajes, los recogían y cuando ya tenían todo era que hacían la remisión. En ese sentido, incluso recuerdo un caso donde yo falle una tutela y después que notifique al accionado sobre la concesión del amparo que por cierto estaba en Bogotá, el accionado me respondió que ellos ni siquiera se habían enterado de la apertura de la acción de tutela, y me lo demostraron, y me toco (sic) decretar la nulidad de la actuación y empezar de nuevo. De manera que partiendo de esa experiencia y de la necesidad de garantizarle a CAJANAL que diera la oportuna respuesta sobre las pretensiones de los actores, fue que demore porque primero tenía que tener la certeza de que ellos recibieron el telegrama mediante los cuales se les notificaba la apertura de la acción de tutela en su contra. De manera que cuando ya tuvimos la confirmación a través de la oficina de que CAJANAL efectivamente había recibido el telegrama que le anunciaba la existencia de esa segunda acción, fue que procedimos a fallar, y fallamos obviamente respetando el precedente, en el mismo sentido⁵⁵».

Olvidó el acusado que de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y demás disposiciones que desarrollan la acción de tutela, el término de diez días hábiles para fallar la tutela se cuenta a partir del momento en que la misma es recibida en el juzgado o despacho, ello con razón en la especial protección que ameritan los derechos fundamentales, como bienes jurídicos esenciales del ordenamiento jurídico, y no como amañadamente quiso entenderlo el procesado, desde el momento en que la entidad accionada tiene conocimiento de su admisión⁵⁶.

Además, no es cierto, como lo afirmó el acusado, que falló la acción de tutela solo «cuando ya tuvimos la confirmación a través de la oficina de que CAJANAL efectivamente había recibido el telegrama que le anunciaba la existencia de esa segunda acción, fue que procedimos a fallar⁵⁷», pues incluso hasta el día en que esta decisión se adopta, no existe constancia alguna ni del envío del oficio, ni mucho menos de

su recibido por parte de la entidad accionada, pues, mediante oficio No. 531 de fecha 12 de junio de 2014⁵⁸, el entonces Juez Segundo Civil del Circuito de Magangué-Bolívar hizo constar lo siguiente:

«Revisado el expediente de acción de tutela rad. No. 2006-00217, seguida a través de apoderado judicial, por los señores: AMPARO SIERRA DE QUINTERO y otros contra la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL, se pudo constatar que no aparece prueba alguna de recibido del oficio por medio del cual se le notificaba a la entidad accionada la admisión de la acción constitucional antes mencionada, solo aparece copia del oficio pero sin constancia de envío».

Entonces, brota con absoluta nitidez que, aun cuando el acusado se esforzó en justificar la mora en la que incurrió para fallar la acción de tutela instaurada por Amparo Sierra de Quintero contra Cajanal, haciendo uso de argumentos falaces e improbables, no lo logró, pues, como ya quedó visto, el término de diez días hábiles para fallar la tutela se cuenta a partir del momento en que la misma es recibida en el juzgado o despacho, y no, desde el momento en que la entidad accionada tiene conocimiento de su admisión, fecha que hasta el día de hoy se desconoce.

Ahora, adviértase que el a-quo estructuró el dolo por el delito de Prevaricato por omisión, al encontrar que las exculpaciones que brindó el acusado cuando se vio enfrentado con el proceso penal adelantado en su contra, no tenían fundamento jurídico ni probatorio alguno. Esto dijo el Tribunal:

«Refulge de sus respuestas que voluntariamente dejó vencer los términos para el proferimiento de la tutela de radicación 2006-217 alegando una espera en la notificación de Cajanal, sin que se halle respaldo probatorio de que en efecto esa notificación constara en el expediente antes del fallo, pues de lo único que se tiene conocimiento es de un oficio sin firma de recibido por medio del cual, se pretendía comunicar la admisión de la

plurimentada tutela a Cajanal, ausencia, que, en últimas no fue obstáculo para fallar la misma.

En ese orden de ideas, con fuerza se impone decir que no estamos frente a un descuido, negligencia o ignorancia, sino, ante una omisión consiente, deliberada y directa del procesado de dejar vencer los términos blandiendo una excusa que a más de no tener respaldo probatorio, no alcanza a justificar la duplicación del término para el fallo».

Pues bien, resulta imperioso recordar que el juzgador, a la hora de hacer el examen de la conducta, debe partir de una evaluación ex ante y no ex post; es decir, el análisis de la caracterización del delito debe hacerse de cara a la situación concreta y a las limitaciones que se presentaban en el momento de los hechos, y no con explicaciones provenientes de un análisis posterior con las que se pretenda justificar, como en este caso, el retardo en el que objetivamente incurrió el funcionario judicial. (CSJ SP12772-2015; CSJ SP2235-2015, entre otras)

Luego entonces, el solo hecho de que las exculpaciones brindadas por el acusado al interior del proceso penal adelantado en su contra no tengan justificación jurídica ni probatoria alguna, no puede convertirse per se, en la prueba del dolo para estructurar la comisión del delito de Prevaricato por omisión, pues, se itera, dentro de este asunto tales argumentos solo fueron conocidos y traídos a colación en el curso de esta actuación, cuando ya habían tenido ocurrencia los hechos investigados; máxime cuando, al interior de la foliatura no existe ninguna prueba que revele que el acusado ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ omitió de manera injustificada el deber específico inherente al cargo de Juez Segundo Promiscuo del Circuito de Magangué - Bolívar- contenido en artículo 86 de la Constitución Nacional, con plena conciencia y voluntad de las consecuencias de su inacción.

Adicional a lo expuesto, adviértase que sería un contrasentido condenar a ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ por el delito de Prevaricato por acción, por proferir una decisión manifiestamente contraria a la ley, que terminó favoreciendo los intereses de los accionantes, esto es, de la señora Amparo Sierra de Quintero y otros; y al tiempo, se le condene por el delito de Prevaricato por omisión, por haber retardado la emisión de dicho facho, en desmedro de quienes finalmente tenía la intención de favorecer.

En consecuencia, como quiera que la Fiscalía General de la Nación no logró demostrar que el acusado ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ omitió el cumplimiento de un deber constitucional con plena conciencia y voluntad de las consecuencias de su inacción, solo puede afirmarse que la conducta por él desplegada es objetivamente típica, pues no aparece demostrado que la misma se cometió con dolo, razón por la cual se absolverá al acusado por este delito.

Lo anterior, obliga a que se redosifique la pena que le fuere impuesta al acusado.

1. Redosificación punitiva

Siendo respetuosos de la autonomía judicial, la Sala dejará incólume la dosificación punitiva que hiciere el a-quo, y sólo se limitará a restar la pena que fue aumentada “hasta en otro tanto” por el delito de Prevaricato por omisión, por el cual se absolverá al acusado.

Así, se tiene que el Tribunal partió de la pena de 51 meses de prisión por un Prevaricato por acción, la cual fue aumentada en doce (12) meses por el concurso heterogéneo entre otro Prevaricato por Acción y un Prevaricato por omisión.

La pena mínima del delito de Prevaricato por acción es de 36 meses de prisión, mientras

que la menor del delito de Prevaricato por omisión es de 24 meses de prisión.

Entonces, $36 + 24 = 60$, correspondiendo este último guarismo al 100% de las sanciones exigidas de ambos ilícitos, razón por la cual ha de acudirse a la regla de tres simple a efectos de establecer, del monto aumentado (12 meses), qué porcentaje corresponde al punible activo y cuál al omisivo, así:

Luego, $60 \text{ --- } 100\%$

$$36 \text{ --- } ? = 60\%$$

Y, $60 \text{ --- } 100\%$

$$24 \text{ --- } ? = 40\%$$

Lo anterior significa que, de los 12 meses que fueron aumentados por el Tribunal por el concurso de delitos, el 40% lo fue por el reato de Prevaricato por omisión, razón por la cual será este el porcentaje en que se disminuirá el aumento de doce meses como consecuencia del “hasta el otro tanto” por el concurso de delitos, como consecuencia de la absolución que por esta delincuencia determinó la Sala.

En consecuencia, el 40% de 12 meses, son cuatro meses y 24 días, que, restados a doce meses resulta 7 meses y 6 días, suma que corresponde al otro Prevaricato por acción.

Ahora, la suma de 51 meses de prisión impuestos por el primer Prevaricato por acción más 7 meses y 6 días por el otro Prevaricato por acción, da como resultado la pena de 58 meses y 6 días de prisión, sanción que será la que finalmente se impondrá.

Ahora bien, con relación a la pena de multa, al acusado le fue impuesta la pena de 175 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de los cuales 15 lo fueron por el delito de Prevaricato por omisión, razón por la cual deben restárseles al monto inicial impuesto,

dando como resultado, 160 salarios mínimos legales mensuales vigentes, pena esta última que le será impuesta.

Finalmente, la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, se impondrá por el mismo término de la pena principal.

1. Condena en perjuicios

La defensa considera inexplicable que el Consejo Superior de la Judicatura lo sancionase por «no haber podido lograr que Cajanal le diera efectivo cumplimiento» al fallo de tutela correspondiente al grupo encabezado por Rosa Inés Otálora, siendo que aparece demostrado que CAJANAL pagó la suma de \$17.277.358.493 con ocasión al cumplimiento del fallo de tutela tantas veces referido; y que ahora el Tribunal le ordene rembolsar esa misma suma de dinero a CAJANAL por concepto de perjuicios materiales ocasionados con la comisión del delito.

Pues bien, lo que encuentra la defensa inexplicable, paradójico o contradictorio, realmente no lo es.

En efecto, el señor Daniel Humberto Cely Cely, actor dentro de la acción de tutela radicada No. 2006-194-, interpuso queja disciplinaria en contra de ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ, manifestando que no había dado cumplimiento a la orden de desacato por él proferida, por lo que el 13 de abril de 2009 el Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar dio inicio a la indagación preliminar, proceso disciplinario que concluyó con el proferimiento de la decisión adiada 17 de mayo de 201359, mediante la cual se sancionó a ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ por «desconocer las preceptivas legales al caso sometido a su consideración, como a su vez, no hacer uso debido de las herramientas necesarias para el cumplimiento de los fallos de tutela como del incidente de

desacato originado de la misma», imponiéndole la sanción de suspensión en el cargo por el término de seis (6) meses; sin embargo, como quiera que para la fecha ya no era funcionario judicial, se convirtió la sanción en multa de seis (6) salarios vigentes para el momento de la comisión de los hechos; decisión que fue confirmada por el Consejo Superior de la Judicatura mediante proveído de fecha 21 de octubre de 2013⁶⁰, en grado de consulta.

Por lo anterior, en firme la decisión sancionatoria, mediante los oficios Nos. DSRJB-JC-153-14 y DSRJB-JC-205-14 del 30 de octubre y 30 de diciembre de 2014, respectivamente, la abogada ejecutora de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial Seccional Bolívar le informó a ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ que el valor de la sanción de multa corresponde a la suma de diecinueve millones setecientos veintinueve mil sesenta y dos pesos (\$19.729.062), que debía cancelar dentro de los cinco días siguientes, mediante la constitución de un depósito judicial.

Ahora bien, ocurrió que de las 89 personas a favor de quienes se profirió el fallo de tutela adiado 6 de octubre de 2006, hoy cuestionado, CAJANAL solo reconoció y pagó 71 pensiones gracia, por un valor total de diecisiete mil doscientos setenta y siete millones trescientos cincuenta y ocho mil cuatrocientos noventa y tres pesos con ochenta y nueve centavos (\$17.277.358.493.89), misma suma de dinero que el Tribunal le ordenó pagar al acusado por concepto de perjuicios materiales ocasionados con la comisión del delito, al encontrar que la decisión por medio de la cual ordenaba el reconocimiento y pago de dicha acreencia laboral era manifiestamente contrario a la ley.

Entonces, el proceso de jurisdicción coactiva adelantado en contra del acusado tiene por objeto hacer cumplir una sanción impuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, habida cuenta que el acusado no usó las herramientas dispuestas en el ordenamiento jurídico para hacer cumplir el fallo de tutela adiado 6 de octubre de 2006, pues, para el momento en que se profirió la sanción disciplinaria, el fallo de tutela estaba revestido

de la presunción de acierto y legalidad, y, en consecuencia, las órdenes impartidas eran de urgente y obligatorio cumplimiento, correspondiéndole al juez constitucional tomar todas las medidas necesarias para hacer efectivo el fallo de tutela que protege derechos fundamentales amenazados o vulnerados.

Y la condena de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, consistente en pagar la suma de (\$17.277.358.493.89), tiene por objeto reparar los daños materiales causados con la conducta del acusado, pues, se demostró que ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ es penalmente responsable del delito de Prevaricato por acción en concurso homogéneo sucesivo, toda vez que las decisiones por él proferidas mediante las cuales le ordenó a CAJANAL E.I.C.E. el reconocimiento y pago de las pensiones gracia a favor de los accionantes, eran manifiestamente contrarias a la ley.

También se demostró que en cumplimiento a la orden emitida el 6 de octubre de 2006, y no por otra razón, finalmente, CAJANAL reconoció y pago 71 pensiones gracia, por un monto total de \$17.277.358.493.89, pues, de ello dan cuenta los considerandos de cada una de las resoluciones que fueron proferidas por la entidad accionada.

Finalmente, adujo la defensa que CAJANAL intervino en el proceso penal adelantado en su contra, con el objetivo de lograr una condena, para de esta forma justificar «ese pago astronómico» que realizó de manera absolutamente irregular, en tanto, en las decisiones que se acusan de prevaricadoras jamás ordenó ningún pago.

Será suficiente transcribir las órdenes emitidas por el acusado en los fallos de tutela cuestionados, para advertir que no solo ordenó el reconocimiento de la pensión gracia a favor de los actores, sino también su pago. Veamos:

Segundo: En consecuencia, SE ORDENA a CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL “CAJANAL” E.I.C.E. que en el término improrrogable de setenta y dos (72) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, proceda a dictar los actos

administrativos mediante los cuales se les reconozca la PENSIÓN GRACIA a los accionantes relacionados en el ordinal primero de la parte resolutive del presente fallo, en los términos contemplados por la Ley 4ª de 1966; esto es, incluyendo todos los factores salariales causados en el año inmediatamente anterior a aquel en que los accionantes adquirieron el status jurídico de pensionados, junto con su respectiva retroactividad, reajuste e indexación a que pueda haber lugar y que efectivamente tienen derecho; enviando a éste Despacho copia de los actos administrativos mediante los cuales se dio cumplimiento cabal a esta decisión, so pena de incursionar en DESACATO.

Tercero: ORDENAR, a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL “CAJANAL” E.I.C.E. cumplido el numeral anterior, y notificados como corresponde a los accionantes, se proceda de forma inmediata a incluirlos en la nómina de pensionados de la entidad, con el propósito de hacer efectivos los derechos tutelados mediante esta providencia».

Así, se concluye que el acusado no solo ordenó a CAJANAL expedir los actos administrativos mediante los cuales se les reconociera la pensión gracia a favor de los accionantes, sino también, la inclusión en la nómina, que trae como consecuencia obligatoria, el pago.

1. Del recurso presentado por la Parte Civil

El apoderado de la parte civil afirma que el A-quo al momento de condenar al procesado por concepto de perjuicios materiales omitió referirse al lucro cesante «correspondiente al reconocimiento de la tasa de interés bancario corriente que certificara la Superfinanciera desde la fecha de consumación del delito hasta el pago efectivo del perjuicio».

Asevera que, como consecuencia de la comisión de los delitos por los cuales fue

condenado PAYARES PÉREZ la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones parafiscales de la Protección Social (UGPP), se vio obligada a pagar la suma de \$17.277.358.493.89 (valor que configuró el daño emergente), sobre la cual «se dejó de percibir la ganancia o provecho perteneciente a la misma (lucro cesante), debido a que ésta salió del patrimonio de la UGPP, sin que a la fecha se haya reintegrado a sus arcas», razón por la cual solicita se condene a ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ, además, al pago del lucro cesante.

Pues bien, previo a abordar el caso concreto, resulta pertinente señalar que la responsabilidad civil extracontractual encuentra sustento normativo en el artículo 2341 del Código Civil, según el cual «el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido». A su vez, el canon 94 del Código Penal establece que «la conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella».

En cuanto a las diversas categorías del daño, considerado éste como «todo detrimento, menoscabo o deterioro que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva»⁶¹, esta Corporación en CSJ SP, 27 abr. 2011, rad. 34547 señaló:

La obligación de reparar los perjuicios injustamente ocasionados deriva del artículo 2341 del Código Civil, piedra angular de la responsabilidad civil extracontractual:

“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

El daño individual corresponde al soportado por una persona natural o jurídica, el cual, para ser objeto de indemnización, precisa ser antijurídico y cierto.

Dicho daño puede ser material (patrimonial), cuya acreditación debe fundarse en las pruebas obrantes en la actuación, o inmaterial (extrapatrimonial)⁶²).

Por daño material se entiende el menoscabo, mengua o avería padecido por la persona en su patrimonio material o económico como consecuencia de un daño antijurídico, esto es, el que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar. Obviamente, el daño debe ser real, concreto y no simplemente eventual o hipotético⁶³; se clasifica en daño emergente y lucro cesante. En tal sentido, el artículo 1613 del Código Civil dispone:

“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.

El daño emergente representa el perjuicio sufrido en la estructura actual del patrimonio del lesionado, ponderando para ello el valor de bienes perdidos o su deterioro que afecta el precio, las expensas asumidas para superar las consecuencias del suceso lesivo, etc., cuya acreditación debe obrar en el diligenciamiento.

El lucro cesante corresponde a la utilidad, la ganancia o el beneficio que el perjudicado ha dejado de obtener, esto es, el incremento patrimonial que con bastante probabilidad habría percibido de no haberse presentado la conducta dañosa, por ejemplo, los ingresos laborales no percibidos por una lesión en su integridad personal, o la explotación de un bien productivo como consecuencia de una situación de desplazamiento forzado.

Tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser actuales o futuros, según hayan tenido lugar hasta el momento en el cual se profiere el fallo o con posterioridad, sin que con ello se tornen inciertos, pues se trata de cuantificar en términos de probabilidad las consecuencias futuras, siempre que sean ciertas, para ello se puede acudir a los

cálculos actuariales.

Corresponde a los daños inmateriales, aquellos que producen en el ser humano afectación de su ámbito interior, emocional, espiritual o afectivo y que, en algunas ocasiones, tienen repercusión en su forma de relacionarse con la sociedad. Conforme a las últimas posturas jurisprudenciales, dichos perjuicios entrañan dos vertientes: daño moral y daño a la vida de relación.

A su turno, el daño moral tiene dos modalidades: el daño moral subjetivado, consistente en el dolor, la tristeza, la desazón, la angustia o el temor padecidos por la víctima en su esfera interior como consecuencia de la lesión, supresión o mengua de su bien o derecho. Se trata, entonces, del sufrimiento experimentado por la víctima, el cual afecta su sensibilidad espiritual y se refleja en la dignidad del ser humano; y el daño moral objetivado, manifestado en las repercusiones económicas que tales sentimientos pueden generarle, menoscabo cuya cuantía debe ser demostrada por quien lo alega.

El daño a la vida de relación (también denominado alteración de las condiciones de existencia)⁶⁴) alude a una modificación sustancial en las relaciones sociales y desenvolvimiento de la víctima en comunidad, comprometiendo su desarrollo personal, profesional o familiar, como ocurre con quien sufre una lesión invalidante a consecuencia de la cual debe privarse de ciertas actividades lúdicas o deportivas.

También puede acontecer por un dolor aflictivo tan intenso que varíe notoriamente el comportamiento social de quien lo sufre; desde luego, este daño puede hacerse extensivo a familiares y personas cercanas, como cuando éstas deben asumir cuidados respecto de un padre discapacitado, de quien además ya no reciben la protección, cuidados y comodidades que antes del daño les procuraba. En suma, se trata de un quebranto de la vida en su ámbito exterior, mientras que el daño moral es de carácter

interior.

En relación con la segunda modalidad del daño material, esto es, el lucro cesante, la Jurisprudencia de esta Corporación trazó algunas pautas para su entendimiento, y al respecto dijo:⁶⁵:

“En efecto, en cuanto perjuicio, el lucro cesante debe ser cierto, es decir, que supone una existencia real, tangible, no meramente hipotética o eventual. Ahora, sin ahondar en la materia, porque no es del caso hacerlo, esa certidumbre no se opone a que, en determinados eventos, v. gr. lucro cesante futuro, el requisito mencionado se concrete en que el perjuicio sea altamente probable, o sea, cuando es posible concluir, válidamente, que verosímilmente acaecerá, hipótesis en la cual cualquier elucubración ha de tener como punto de partida una situación concreta, tangible, que debe estar presente al momento de surgir la lesión del interés jurídicamente tutelado.

“Vale decir que el lucro cesante ha de ser indemnizado cuando se afinca en una situación real, existente al momento del evento dañino, condiciones estas que, justamente, permiten inferir, razonablemente, que las ganancias o ventajas que se percibían o se aspiraba razonablemente a captar dejarán de ingresar al patrimonio fatal o muy probablemente.

“Por supuesto que en punto de las ganancias frustradas o ventajas dejadas de obtener, una cosa es la pérdida de una utilidad que se devengaba realmente cuando el acontecimiento nefasto sobrevino, la pérdida de un bien con comprobada actividad lucrativa en un determinado contexto histórico o, incluso, la privación de una ganancia que con una alta probabilidad objetiva se iba a obtener, circunstancias en las cuales no hay lugar a especular en torno a eventuales utilidades porque las mismas son concretas, es decir, que en verdad se obtenían o podían llegar a conseguirse con evidente cercanía a la realidad; y, otra muy distinta es la frustración del[...] chance, de una apariencia real de

provecho, caso en el cual, en el momento que nace el perjuicio, no se extingue una utilidad entonces existente, sino, simplemente, la posibilidad de obtenerla. Tratase, pues, de la pérdida de una contingencia, de evidente relatividad cuya cuantificación dependerá de la mayor o menor probabilidad de su ocurrencia, y cuya reparación, de ser procedente, cuestión que no deviene objeto de examinarse, debió ser discutida en esos términos en el transcurso del proceso, lo que aquí no aconteció.

“Por último están todos aquellos ‘sueños de ganancia’, como suele calificarlos la doctrina especializada, que no son más que conjeturas o eventuales perjuicios que tienen como apoyatura meras hipótesis, sin anclaje en la realidad que rodea la causación del daño, los cuales, por obvias razones, no son indemnizables.

“Ahora, huelga precisar, como preludio al agotamiento de este asunto, que ante un lucro cesante cierto o verosímilmente probable, (...), el juzgador ante las dificultades probatorias para cuantificar un perjuicio de esa naturaleza debe acudir a los métodos de evaluación desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina que permiten tasarlo, ya sea por analogía o comparación, o por proyección o modelización. El primero comporta la utilización de un referente que refleje la afectación que el hecho dañino causa en la actividad que venía ejercitándose, acudiéndose para tal efecto, usualmente, al índice de negocios celebrados con anterioridad, en circunstancias similares a las que existían en el momento en que este se produjo; mientras que en el segundo, en verdad excepcional, se busca describir cómo hubiere funcionado la empresa si el daño no se hubiere producido, comparándolo con la situación realmente afrontada por este; métodos estos que, reiterase una vez más...66”.

Igualmente en sentencia de 9 de septiembre de 2010 exp. 2005-00103-01, la Sala de Casación Civil de esta Corporación abordó la problemática del «lucro cesante», como factor de indemnización, y al respecto expuso:

“En tratándose del daño, y en singular, del lucro cesante, la indemnización exige la certeza del detrimento, o sea, su verdad, existencia u ocurrencia tangible, incontestable o verosímil, ya actual, ora ulterior, acreditada por el demandante como presupuesto ineluctable de la condena con pruebas idóneas en su entidad y extensión.

“La certidumbre del daño, por consiguiente, es requisito constante ineludible de toda reparación y atañe a la real, verídica, efectiva o creíble conculcación del derecho, interés o valor jurídicamente protegido, ya actual, bien potencial e inminente, mas no eventual, contingente o hipotética (cas. civ. sentencias de 11 de mayo de 1976, 10 de agosto de 1976, G.J. No. 2393, pp. 143 y 320).

(...)

...haciendo particular énfasis en que procede la reparación de esta clase de daños en la medida en que obre en los autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido’ (cas. civ. sentencia de 4 de marzo de 1998, exp. 4921).

“De este modo, el lucro cesante implica el quebranto de un interés lucrativo por su naturaleza intrínseca o por disposición legal o negocial, generador de una utilidad que se percibe o percibiría y deja de percibirse a consecuencia del daño, es decir, obedece a una situación real, susceptible de constatación física, material u objetiva, y excluye la eventualidad de hipotéticas ganancias, cuya probabilidad es simplemente utópica o remota”.

Pues bien, con el anterior entendimiento y descendiendo al caso concreto se tiene que el

10 de marzo de 2010 y el 15 de abril de ese mismo año, la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E presentó demandas de constitución de parte civil⁶⁷, que fueron admitidas mediante resoluciones de fecha 11 de marzo de 2010 y 27 de abril de 2010, respectivamente, mediante las cuales se manifestó en el acápite titulado “Daños y perjuicios” lo siguiente:

«Debo manifestar, que a la fecha esta entidad no ha podido definir con exactitud y en concreto el valor económico total del perjuicio, ya que se ha oficiado en varias oportunidades al departamento de nómina del Patrimonio Autónomo Buen futuro, a fin de constatar las órdenes de pago emitidas por tal entidad, atendiendo el fallo de tutela denunciado del 6 de octubre de 2006, pero a la fecha, no se ha obtenido tal respuesta para citar cifras en concreto».

Posteriormente, y encontrándose el proceso ya en la etapa del juicio, el 9 de julio de 2014 se presentó memorial mediante el cual el apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP-, adicionaba las demandas de parte civil, en los siguientes términos:

“Así pues, para el momento en el que la apoderado de la extinta Caja Nacional de Previsión Social, presentó las demandas de parte civil, no se tenían determinados con exactitud los perjuicios causados a la entidad, no obstante, según se ha reportado por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP-, entidad que como se indicó anteriormente asumió los procesos penales de la extinta Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL EICE-, se encontró que con ocasión del fallo de tutela emitido el 6 de octubre de 2006, radicado bajo el número 2006-194, se les han cancelado a setenta y un (71) accionantes una suma de DIECISIETE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$17.277.358.493.89), suma de dinero que se encuentra soportada con el oficio

UGPP20149013791451 del 8 de julio de 2014...

Así pues, dado que esta suma de dinero solamente pudo ser determinada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-, hasta este momento procesal, se solicita respetuosamente que la misma sea tomada en cuenta con el fin de adicionar la pretensión indemnizatoria que en principio fuera formulada por la otrora apoderada de la Parte Civil, modificándose así el cálculo de los perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, por la suma de DIECISIETE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$17.277.358.493.89), con ocasión de los pagos que fueron ordenados con motivo del fallo de tutela emitido el 6 de octubre de 2006, radicado bajo el número 2006-194».

Finalmente, en los alegatos de conclusión⁶⁸, el apoderado de la parte civil solicitó condenar al acusado al pago de la suma de dinero tantas veces referenciada por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, y además petitionó «En la modalidad de lucro cesante, respetuosamente solicito que frente a la suma antes señalada, se le imponga el pago al aquí procesado de la tasa del interés bancario corriente que certifique la Superfinanciera, desde la fecha de consumación del delito hasta el pago efectivo del perjuicio».

Pues bien, el anterior recuento procesal nos obliga concluir que ni en las demandas de parte civil ni en la adición que de ellas hiciera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-, se solicitó el pago de perjuicios materiales por concepto de lucro cesante, luego entonces, ninguna prueba se aportó con relación a la existencia de dicho daño, debiéndose recordar que para que proceda su reparación debe obrar en los autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de

los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido” (cas. civ. sentencia de 4 de marzo de 1998, exp. 4921).

En consecuencia, como quiera que dentro del presente asunto la Parte Civil no dio a conocer ni existen hechos probados que revelen con certeza en qué consistió el perjuicio, siendo insuficiente la sola enunciación en los alegatos de conclusión, es claro que no se acreditó la existencia del lucro cesante, motivo por el cual no se condenará al acusado al pago de perjuicios materiales por este concepto.

1. Conclusión

Por todo lo expuesto, se confirmará la sentencia proferida el 7 de octubre de 2015 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, pero modificando el numeral primero, en el sentido de que se absolverá al condenado por el delito de Prevaricato por omisión, por lo que, luego de realizado el proceso de redosificación punitiva, se le impondrá finalmente la pena de cincuenta y ocho (58) meses y seis (6) días de prisión, como pena de multa ciento sesenta (160) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y a la accesoria de Inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria objeto del recurso de apelación, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, contra ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia impugnada, en el sentido ABSOLVER a ARNEDYS JOSÉ PAYARES PÉREZ por el delito de Prevaricato por omisión, por lo que, luego de realizado el proceso de redosificación punitiva, se le impone la pena principal de cincuenta y ocho (58) meses y seis (6) días de prisión y pena de multa de ciento sesenta (160) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la pena accesoria de Inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 A folio 18, cuaderno del Tribunal No. 3

2 A folio 56, ibídem.

3 A folio 54, Ibídem

4 A folio 56, Ibídem.

5 Ver folio 65, cuaderno del Tribunal No. 3

6 A folio 10, ibídem.

7 CC T-731/1998, CC T-883/2000, CC T-063/2001, entre otras.

8 CC T-883/2000

9 CSJ PL, 16 abr. 2002, Exp. 388; CSJ AC, 12 abr 2002. Rad. 10892, 17 jun 2002. Rad 000159, 2 may 2003, Rad 000235; CSJ AP, 8 may 2001. Rad 9532, 9 oct 2001. Rad 10251, 16 may 2002. Rad 1043; CSJ AL, 7 abr 2002. Rad 000080, entre otros.

10 Ver folio 10, cuaderno del tribunal No. 3

11 Notarías 1ª, 2ª y 3ª de Tunja. Notaría 1ª, 3ª, 7ª, 14ª y 57ª del Círculo de Bogotá.

Notaría Única del Círculo de San Andrés de Tumaco. Notaría 2ª del Círculo de Garzón.
Notaría Única del Círculo de Guapí - Cauca. Notaría Única del Círculo de Barbacoas.
Notaría 6ª del Círculo de Ibagué - Tolima. Notaría 9ª del Círculo de Cali. Notaría Única
del Círculo del Charco - Nariño. Notaría 1ª de Rionegro - Antioquia.

12 Departamento de Boyacá, Huila, Nariño, Meta, Casanare, Cundinamarca, Tolima, Cauca, Quindío, Risaralda y Antioquia.

13 A folio 65, cuaderno del tribunal No. 3

14 A folio 71, ibídem

15 Ver inciso 1º, artículo 133, Ley 1564 de 2012

16 Así lo declaró la CC-A280A/2009.

17 Ver, al respecto, CC t-080/1995, CC C-037/1998, CC A-280/2009.

18 Ibídem.

19 Autos 344 de 2009 y 280A de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 063 de 2007 M.P. Áaro Tafur Galvis y 072 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otros.

20 CC C-037/1998

21 Ver entre otras las Sentencias T-607, T-562 y T-487 de 2005, T-245 T-812 y T-083 de 2004, T-463 de 2003, T-1042 y T- 634 de 2002, T-1316 y, T-977 de 2001, T-1116 y T-886 de 2000, T-612 de 2000, T-618 y T-325 de 1999, T-718 y T-116 de 1998, T-637 de 1997, T-371 de 1996, T-456 de 1994 y T-426 de 1992.

22 CC T-660/1999

23 T-487 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-083 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

24 Sentencia T-083 de 2004.

25 Ver CC SU-975/03

26 En relación con el perjuicio irremediable, la Corte ha establecido igualmente un mínimo de requisitos para que éste se pueda configurar:

i) El perjuicio tiene que ser inminente, es decir, que esté próximo a suceder, lo que significa que se requiere contar con los elementos fácticos suficientes que así lo demuestren, en razón a la causa u origen del daño, a fin de tener la certeza de su ocurrencia.

ii) el perjuicio debe ser grave, es decir, representado en un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, puede ser moral o material, y que sea susceptible de determinación jurídica.

iii), el perjuicio producido o próximo a suceder, requiere la adopción de medidas urgentes que conlleven la superación del daño, lo que se traduce en una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio y que esa respuesta armonice con las particularidades de cada caso.

vi) la medida de protección debe ser impostergable, o sea, que no pueda posponerse en el tiempo, ya que tiene que ser oportuna y eficaz, a fin de evitar la consumación del daño antijurídico irreparable.²⁶

27 CC T-1066/2005

28 Ibídem.

29 Artículo 13 Constitución Política: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.” Artículo 46 [Constitución Política](#) Artículo 46: “El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.”

30 Ver entre otras, CC T-472/08, T-873/08, T-330/09, T-095/11, T-431/11, T-447/12.

31 En el mismo sentido, ver decisiones CSJ STP6146-2016, rad. 85521, CSJ STP7998-2015, rad. 80044, CSJ STP6273-2015, rad. 79367, CSJ STP16290-2014, rad. 76741, entre otras.

32 CC T-083/2004

33 CC T-1316/2001; CC T-426/1992; CC T-456/1994; CC T-637/1997; CC T-718/1998; CC T-618/ 1999; CC T-886/ 2000, entre otras.

34 CC T-1089/2005.

35 A folios 29 y 82, cuaderno del tribunal No. 3

36 A folios 39 y 92, ibídem.

37 Véase, por ejemplo, la sentencia C-155 de 1997. M.P.: Fabio Morón Díaz.

38 CE, Sección Segunda, Subsección B, Radicado número 46458/426/2000, 29 de junio de 2000. C. P. Carlos A. Orjuela Góngora.

39 A folio 36, cuaderno de la Corte

40 A folios 113 a 122

41 A folios 7 a 12, cuaderno de la Corte

42 A folios 59 a 66, cuaderno de la Corte

43 A folio 45

44 A folio 35

45 CSJ SP 25 de abr. 2012, Rad. No. 38475.

46 A folios 28 y 79, cuaderno del Tribunal No. 3

47 Sentencia T-076 de 2003

48 Cfr. Ibidem, cita No. 3

49 A record 5:53, registro 1100160007172010000130012204000-02

50 Ver artículo 232, Ley 600 de 2000

51 Interpuesta por Rosa Inés Otálora de Contreras y otros

52 Interpuesta por Amparo Sierra de Quintero y otros

53 Criterio reiterado en las decisiones CSJ SP, 3 jul. 2013, rad. 38005; CSJ SP 5 oct. 2011, rad. 30592, CSJ SP11235-2015, entre muchas otras.

54 A folios 82- 91, CO 5

55 A record 35:18

56 Ver CC T-346/12

57 A record 35:18

58 A folio 258, cuaderno del tribunal No. 1

59 A folios 7-12, cuaderno de la Corte

60 A folios 59-66, cuaderno de la Corte.

61 CSJ SC, 28 feb. 2013, rad. 2002-01011.

62 “Cfr. Providencia del 4 de febrero de 2009. Rad. 28085.”

63 “En este sentido, las sentencias fundamentales sobre la nueva concepción de la víctima (C-228 de 2002 y C-516 de 2007) coinciden en señalar la necesidad de acreditar un daño concreto por parte de quien pretende ser reconocido como tal, aún si sólo persigue la verdad y justicia, con mayor razón, cuando lo perseguido es la indemnización de perjuicios. Con base en esas providencias, esta Corporación ha señalado que para acceder al reconocimiento como víctima dentro del proceso penal actual no basta pregonar un daño genérico o potencial; además, es preciso señalar el daño real y concreto causado con el delito, así se persigan exclusivamente los objetivos de justicia y verdad y se prescinda de la reparación pecuniaria. Así se expuso en decisiones del 24 de noviembre de 2010, Rad. 34993; 11 de noviembre de 2009, Rad. 32564; 6 de marzo de 2008, Rad. 28788 y Rad. 26703; 1 de noviembre de 2007, Rad. 26077 y; 10 de agosto de 2006, Rad. 22289.”

64 “Así en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 3 de diciembre de 2001, caso Cantoral Benavides, y en sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 15 de agosto y 18 de octubre de 2007.”

65 Ver CSJ SC 9 mar. 2012, rad. 11001-3103-010-2006-00308-01; CSJ SC 9 sep. 2010, rad. 17042-3103-001-2005-00103-01; CSJ SC 18 dic. 2009, rad. 05001-3103-010-1998-00529-01, entre otras.

66 CSJ SC 24 JUN. 2008, RAD. 1100131030382000-01141-01

67 A folios 1- 5, y 53- 57, cuaderno de Parte Civil No. 1

68 A folios 311-346, cuaderno del Tribunal No. 1