

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

AP4496-2019

Radicación No. 49554

Aprobado Acta No. 254

Bogotá D.C, dos (2) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), respecto de la decisión proferida el 16 de noviembre de 2016 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, mediante la cual decretó la preclusión de la investigación seguida contra Gloria Stella López Benito por el delito de prevaricato por acción.

ANTECEDENTES

I. Fácticos

Diego María Peroza Arteaga presentó acción de tutela contra CAJANAL E I C E y el Patrimonio Autónomo Buen Futuro, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social y mínimo vital.

En concreto, la pretensión del demandante consistió en lo siguiente:

(...) se liquide y pague la pensión de vejez, conforme a lo previsto en el artículo 6º del Decreto 546 de 1971 y Decretos 1045 y 717 de 1998, en lo equivalente a un 75 % de la asignación más alta, comprendida la Remuneración Mensual, Auxilio de Alimentación, Prima de Antigüedad e Incremento del 2.5 %, devengada durante el último año laborado, incluyendo las Doceavas Partes de la Prima de Servicios, Prima de Navidad, Prima Vacacional y Prima de Productividad. Factores estos certificados hasta el mes de abril de 2008 por el Pagador y Jefe de Recursos Humanos de la Dirección Seccional de la Rama Judicial de Villavicencio.

Efectuada la liquidación como lo solicita, se proceda con las semanas que le sobran, de las 1000 semanas que se exigen para obtener la pensión, hasta llegar a un 10% o sea hasta el 85% de la asignación mensual más alta devengada durante el último año.¹

Formalizado el respectivo reparto, la actuación correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito Adjunto de Villavicencio, cuya titular para la época, Gloria Stella López Benito, dispuso la vinculación de las entidades accionadas, las cuales no se pronunciaron frente a los hechos y las pretensiones contenidas en la solicitud de amparo.

Una vez se agotó el trámite pertinente, la referida funcionaria, mediante sentencia del 19 de octubre de 2009,² tuteló los derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social y mínimo vital de Diego María Peroza Arteaga; razón por la cual ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL) y al Patrimonio Autónomo Buen Futuro liquidar la pensión de vejez a su favor, atendiendo lo previsto en el artículo 6º del Decreto 546 de 1971 y los Decretos 1045 y 717 de 1998, con un equivalente al 75 % de la asignación mensual más alta.

Además, indicó que efectuado lo anterior, las entidades accionadas debían proceder conforme con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, norma relacionada con el excedente de las semanas cotizadas, hasta completar un monto máximo del 85 %.

En sustento de tales determinaciones, citó algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional y en particular la providencia del Consejo de Estado proferida el 14 de agosto de 1997 (Radicado 11687).

I.I. Procesales

El 17 de abril de 2012, la apoderada de CAJANAL E I C E formuló denuncia contra Gloria Stella López Benito por la conducta punible de prevaricato por acción, con el argumento de que la decisión previamente reseñada es manifiestamente contraria a la ley.

SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

En audiencia del 18 de agosto de 2016, la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Villavicencio solicitó la preclusión de la indagación preliminar por atipicidad subjetiva, de acuerdo con el ordinal 4° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

De manera inicial, calificó como razonable la determinación adoptada por la indiciada sobre admitir la acción de tutela promovida por Diego María Peroza Arteaga para obtener la reliquidación de su pensión de vejez, pues según la jurisprudencia de la Corte Constitucional dicho mecanismo procede de manera excepcional cuando, por conexidad, se afectan otros derechos fundamentales como la vida, el mínimo vital o la dignidad humana de una persona de la tercera edad.

Acto seguido advirtió que pese a la procedencia del amparo deprecado por Diego María Peroza Arteaga, ante la conculcación de su mínimo vital, lo cierto es que el fallo de tutela dictado por la funcionaria es manifiestamente contrario a la ley.

Ello, por cuanto dispuso la reliquidación de la pensión a favor del accionante a través de la aplicación conjunta del régimen especial de pensiones (Decreto 546 de 1971) y el de transición (Ley 100 de 1993), con lo cual desconoció el principio de inescindibilidad que

prohíbe utilizar normas fragmentadas para determinar el monto de la prestación.

Tampoco tuvo en cuenta el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra que todo trabajador privado u oficial, funcionario, empleado o servidor público, tiene derecho a la vigencia de la referida ley que le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de la citada normativa.

Sin embargo, el solicitante sostuvo que la hoy indiciada no obró con dolo, sino que interpretó de manera errada la jurisprudencia existente en ese entonces, en tanto las decisiones de las Altas Cortes que fueron referenciadas en el cuestionado fallo de tutela no se ajustaban al caso sometido a su consideración.

Dijo que Gloria Stella López Benito no hizo un estudio profundo sobre la materia, lo cual significa que su actuar fue negligente, en tanto ejerció de manera descuidada sus funciones; no obstante, la procesada creyó que estaba actuando conforme a derecho y nunca tuvo en mente proferir una decisión ostensiblemente contraria al artículo 288 de la Ley 100 de 1993 o al artículo 6º del Decreto 546 de 1971.

Destacó, además que, por el monto de la pensión y el porcentaje en que recayó el exceso, no es posible inferir que el comportamiento reprochado subyazca en la consecución de un fin corrupto, máxime que no se encontraron investigaciones en su contra por hechos semejantes, circunstancia que permite corroborar que la decisión cuestionada se trató de una equivocación.

En ese orden, afirmó que la conducta desplegada por Gloria Stella López Benito es culposa y, por tanto, atípica de cara al aspecto subjetivo previsto en el tipo penal del artículo 413 de la Ley 599 de 2000.

Por último, la Fiscalía solicitó anular o dejar sin efectos el inciso 3º del numeral 1 de la parte

resolutiva del fallo de tutela censurado, toda vez que podría producir efectos jurídicos que causarían un detrimento en el patrimonio de la víctima.³

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

La Sala mayoritaria del Tribunal Superior de Villavicencio, mediante providencia del 16 de noviembre de 2016, decretó la preclusión de la investigación porque conforme a lo expuesto por el peticionario y la documentación aportada, se concluye que el actuar reprochado a Gloria Stella López Benito no es doloso.

En primer lugar destacó que la indiciada, durante el interrogatorio al que fue sometida por el órgano de persecución penal, ofreció una explicación razonable para proferir el fallo de tutela en el sentido previamente aludido, toda vez que indicó haber seguido el criterio fijado por el Consejo de Estado en la decisión del 14 de agosto de 1997 (Radicado 11687), según la cual, en su entender, exigía aplicar el sistema legal de pensiones en la forma en la que ordenó hacerlo a las entidades accionadas.

De igual manera, hizo énfasis en que la funcionaria había ejercido principalmente el cargo de juez penal municipal, luego no era posible afirmar que para el 19 de octubre de 2009 contaba con experiencia en asuntos diferentes a los penales, y menos los relacionados con las especialidades laboral o administrativa, ni siquiera en virtud de las acciones de tutelas, pues generalmente ese tipo de asuntos no los resolvían los despachos de esa categoría.

También señaló que la Fiscalía acudió a los organismos de Policía Judicial con el fin de establecer la existencia de otras decisiones similares proferidas por la indiciada o de alguna investigación de naturaleza penal en su contra, sin que se encontraran hallazgos positivos para el efecto.

Determinó, entonces, que los elementos materiales probatorios acreditan la falta de diligencia por parte de Gloria Stella López Benito, al no haber examinado en debida forma

el contenido de las sentencias invocadas en el fallo cuestionado, motivo por el cual accedió a la pretensión preclusiva.

Por otra parte, el Tribunal resolvió negar, por improcedente, el restablecimiento del derecho solicitado por la Fiscalía, consistente en dejar sin efecto la sentencia de tutela cuestionada, dado que la preclusión implica que el delito no ocurrió, mientras que el artículo 22 de la Ley 906 de 2004 tiene como presupuesto sustancial para el restablecimiento precisamente la existencia de la conducta punible.

Indicó que la medida solicitada es de aquellas que se consideran como definitivas, por lo que éstas solamente pueden ser tomadas en la sentencia condenatoria o absolutoria, y excepcionalmente en la decisión de preclusión cuando la causa que se invoca no descarte el acaecimiento de la ilicitud.

En todo caso, advirtió que en el presente evento los efectos de la sentencia de tutela fueron suspendidos con la Resolución 047939 del 15 de octubre de 2013, a través de la cual CAJANAL E I C E fijó la pensión de vejez a favor de Diego María Peroza Arteaga en el porcentaje legal (75 %), por consiguiente, a la fecha no existe ningún derecho por restablecer.

3.- En el salvamento de voto dado a conocer por el magistrado disidente no se controvertió que la decisión adoptada por la indiciada era manifiestamente contraria a la ley; la discrepancia se ciñó a no haberse desvirtuado la concurrencia del aspecto subjetivo del prevaricato por acción, en aras de predicar la atipicidad de la conducta.

Lo anterior, atendiendo a la amplia trayectoria de la funcionaria en la Rama Judicial, de la cual se deduce solvencia en el manejo de los asuntos propios de sus funciones, especialmente los relativos a la acción de tutela, -la cual se caracteriza por ser residual-.

Así las cosas, indicó que la Fiscalía debió esforzarse en develar las razones por las cuales la

procesada amparó los derechos fundamentales de Diego María Peroza Arteaga y accedió a sus pretensiones, sin examinar si éste se enfrentaba a un perjuicio irremediable.⁴

ARGUMENTOS DEL RECORRENTE

La apoderada de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), entidad que asumió la competencia de CAJANAL E I C E, solicitó revocar el auto impugnado, para que en su lugar se ordene continuar con la indagación preliminar.

Para ello, comenzó por señalar que no está de acuerdo con la conclusión a la que arribó el a quo, en cuanto a la ausencia de dolo, pues Gloria Stella López Benito conocía la amplia jurisprudencia constitucional atinente a la improcedencia de la acción de tutela para lograr la reliquidación pensional.

En atención a la naturaleza subsidiaria y residual de dicho mecanismo y a lo consagrado en el artículo 6º, ordinal 1º, del Decreto 2591 de 1991, sostuvo que no era posible decretar el amparo deprecado, por cuanto el interesado contaba con otros recursos o medios de defensa judiciales.

Indicó que aunque la entidad accionada no se pronunció sobre las pretensiones de la demanda, ello no le impedía a la juez estudiar y evaluar la problemática planteada a la luz de los pronunciamientos de las Altas Cortes que resultaban acordes al problema jurídico que debía resolver.

Conforme lo anterior, insistió en que el órgano de persecución penal debe desplegar labores investigativas relativas a determinar o descartar, de manera fundada, la concurrencia del factor subjetivo.⁵

NO RECORRENTES

1.- Fiscalía

Solicitó mantener incólume la decisión adoptada en primera instancia, pues si bien la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela es improcedente para obtener la reliquidación pensional, también ha dispuesto excepciones a esa regla, como en aquellos eventos en los que se vulnera el derecho al mínimo vital.

Hipótesis que se configuraba en el asunto propuesto por Diego María Peroza Arteaga, pues al cotejar el salario que percibía con el monto de la pensión reconocida, se lograba evidenciar el desbalance en sus ingresos. Además, debido a que CAJANAL E I C E no se pronunció sobre la demanda de tutela se tuvieron por ciertas las afirmaciones realizadas por el accionante.

En tal sentido, sostuvo que se puede estar en desacuerdo con la decisión adoptada por la hoy procesada, pero lo cierto es que dicha determinación resulta razonable dado el contexto en el cual fue proferida.

Frente al monto de la pensión que se le otorgó a Diego María Peroza Arteaga, señaló que el tema no ha sido pacífico, pues incluso la Corte Constitucional no ha observado el principio de inescindibilidad al aplicar de manera conjunta el Decreto 546 de 1971 y la Ley 100 de 1993, por ello no puede afirmarse que Gloria Stella López Benito actuó con dolo.⁶

2.- Defensa

El apoderado de la procesada dijo que debía mantenerse la decisión de precluir la indagación seguida contra su asistida porque la Corte Constitucional ha considerado que la acción de tutela es procedente de manera excepcional para solicitar la reliquidación de pensiones; consolidándose el amparo dado el silencio de CAJANAL E I C E y del Patrimonio Autónomo Buen futuro durante dicho trámite, por cuanto no brindó una respuesta sobre el fondo del asunto, ni controvertió la decisión que ahora se cuestiona.⁷

3.- Ministerio Público

El Procurador 180 Judicial II Penal pidió confirmar la decisión adoptada por el Tribunal, toda vez que la conducta de prevaricato por acción no se tipifica por no haber declarado improcedente la acción de tutela presentada por Diego María Peroza Arteaga, en la medida que dicho mecanismo procede cuando existe conexión con la vida, el mínimo vital y la dignidad humana de las personas de la tercera edad; circunstancia que, precisamente, fue la ponderada por la entonces titular del Juzgado Segundo Penal del Circuito Adjunto de Villavicencio, quien partió del supuesto fáctico de que el accionante era un sujeto de especial protección, cuyos derechos fundamentales estaban siendo vulnerados.

Refirió que Gloria Stella López Benito se había desempeñado principalmente como juez penal municipal, sin experiencia en materia laboral o administrativa; aunado, en el trámite de la acción de tutela no existió un debate conceptual tendiente a desvirtuar las pretensiones del actor; panorama ante el cual es factible colegir que no se configuró la referida ilicitud ni siquiera desde el punto de vista de la tipicidad objetiva.⁸

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Competencia

De acuerdo con el artículo 32, numeral 3, del Código de Procedimiento Penal, la Corte es competente para conocer los recursos de apelación contra autos y sentencias que profieran en primera instancia los tribunales superiores.

Dicha labor se ejercerá atendiendo los argumentos expuestos durante la sustentación del disenso y lo que se encuentre inescindiblemente relacionado, por cuanto la impugnación tiene por objeto que «el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que... [se] revoque o reforme la decisión», tal como establece el artículo 320 de la Ley 1564 de 2012.

2.- De manera preliminar debe indicarse que mediante decisión del 31 de julio de 2019, la Sala aceptó el impedimento manifestado por el Honorable Magistrado Jaime Humberto Moreno Acero, con base en la causal 1ª del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, para conocer de la apelación formulada contra la decisión que precluyó la indagación preliminar seguida contra Gloria Stella López Benito, por el delito de prevaricato por acción.

Ello, en razón a que su hermano -doctor Jesús Eduardo Moreno Acero-, hizo parte de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio que dictó, en primera instancia, el auto objeto de alzada.

3.- El delito de prevaricato por acción

El tipo penal de prevaricato por acción se encuentra definido en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, en los siguientes términos:

Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.⁹

3.1.- Desde el aspecto objetivo, la conducta descrita en la norma se compone de los siguientes 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'^{10.11}

Con relación a la interpretación del concepto «manifiestamente contrario a la ley», la Sala ha precisado lo siguiente:¹²

(...) 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'¹³, 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'.¹⁴

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.¹⁵

En similar sentido se pronunció la Corte en sentencia del 23 de febrero de 2006 (Rad. 23901) al señalar que:

La conceptualización de la contrariedad manifiesta de la resolución con la ley hace relación entonces a las decisiones que sin ninguna reflexión o con ellas ofrecen conclusiones opuestas a lo que muestran las pruebas o al derecho bajo el cual debe resolverse el asunto, de tal suerte que el reconocimiento que se haga resulta arbitrario y caprichoso al provenir de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, no caben en ella las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su enorme complejidad o por su misma ambigüedad admiten diversas interpretaciones u opiniones, pues no puede ignorarse que en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución.

Como tampoco la disparidad o controversia en la apreciación de los medios de convicción puede ser erigida en motivo de contrariedad, mientras su valoración no desconozca de manera grave y manifiesta las reglas que nutren la sana crítica, pues no debe olvidarse que la persuasión racional, elemento esencial de ella, permite al juzgador una libertad relativa en esa labor, contraria e inexistente en un sistema de tarifa legal.

Sin embargo, riñen con la libertad relativa la apreciación torcida y parcializada de los medios probatorios, su falta de valoración o la omisión de los oportuna y legalmente incorporados a una actuación, en consideración a que por su importancia probatoria justificarían o acreditarían la decisión en uno u otro sentido a partir del mérito suasorio que se les diera o que hubiera podido otorgárseles.¹⁶

Esta directriz que tiene fijada la Sala:

(...) descarta la configuración del ilícito en aquéllos casos en que la decisión censurada, aunque no se comparta o se estime equivocada, es producto de una interpretación razonable y plausible del funcionario sobre el derecho vigente, o de una valoración ponderada del material probatorio objeto de apreciación, así a tal ejercicio apreciativo se le catalogue como errado por la visión dada en un examen posterior a cargo de un observador diferente.

(...) mientras el alcance dado a las pruebas no se haya apartado de los dictados de la sana crítica, la decisión que de esa apreciación resulte no puede alcanzar el signo distintivo de manifiestamente ilegal que la podría recubrir, desde una óptica puramente objetiva, con la

mácula del prevaricato.¹⁷

3.2.- En ese orden, una decisión será manifiestamente ilegal cuando su fundamento no haya sido guiado por un juicio racional, sino erigido de manera sofística, falsa, engañosa, desatendiendo lo que evidencia el caudal probatorio, por renegar de la verdad que por medio del proceso se construyó, o por irrogar a esta un efecto que no corresponde a una interpretación razonable y admisible de la ley llamada a resolver la controversia.¹⁸

Auscultar si una decisión fue prevaricadora o no implica verificar necesariamente las condiciones y circunstancias concretas que se dieron cuando el funcionario la profirió, o aquellas que resultaron determinantes para ello, junto con los elementos de juicio que tuvo a la mano al momento de dictar la providencia.¹⁹

Resulta imperioso, conforme a esa directriz, que el análisis para descubrir la contradicción de lo decidido con la ley se adelante mediante un juicio ex ante. A ese efecto el juzgador debe ubicarse en el momento mismo en el cual emitió el servidor público la resolución, el dictamen o el concepto para entrar a examinar el conjunto de las circunstancias que conoció y afrontó en ese instante. Por manera que deviene improcedente y también injusto inferir ese elemento del prevaricato en un juicio de verificación ex post, sin los referentes que habrían sido incidentes y determinantes, o hasta desconocidos, al momento de la realización de la conducta.²⁰

4.- Caso concreto

El Tribunal y la apelante deducen el aspecto objetivo del delito de prevaricato por acción por el cual se sigue la indagación preliminar contra Gloria Stella López Benito porque, en su opinión, el sentido del artículo 288 de la Ley 100 de 1993 consagra de forma diáfana el principio de inescindibilidad en materia pensional, lo cual imposibilitaba adoptar la determinación del 19 de octubre de 2009 en el sentido que lo hizo la hoy procesada.

Sin embargo, teniendo como guía lo indicado en precedencia, en cuanto a que resulta insuficiente para la configuración de dicha conducta punible calificar como desacertada una providencia judicial a partir de un examen sobreviniente, se advierte insoslayable verificar si en efecto el fallo de tutela censurado contraría de forma ostensible lo establecido por el ordenamiento jurídico, y si el problema jurídico al que estaba avocada la indiciada había sido resuelto con tal claridad por la jurisprudencia que imperaba en ese momento que no admitía una interpretación diversa a la expuesta en el fallo cuestionado.

De tal manera, sólo mediante una evaluación ex ante de la conducta es posible comprender el contexto en que se produjo la decisión y determinar si reviste la condición de ser «manifiestamente contraria a la ley»; para que, una vez superado dicho lindero, pueda procederse con el estudio subjetivo del tipo.

4.1.- Según se indicó en el acápite concerniente a la reseña fáctica, Gloria Stella López Benito, como titular del Juzgado Segundo Penal del Circuito Adjunto de Villavicencio, conoció de la acción de tutela promovida por Diego María Peroza Arteaga contra CAJANAL E I C E y el Patrimonio Autónomo Buen Futuro, por considerar que la fijación del monto por el cual le sería sufragada la pensión de vejez, a través de la Resolución 07109 del 27 de febrero de 2009, vulneraba sus derechos fundamentales; principalmente, el mínimo vital, pues al confrontársele con el salario que percibía, aquél resultaba insuficiente para costear su congrua subsistencia.

El denotado panorama, así como la actitud silente de las entidades accionadas y los medios de persuasión allegados por el actor en sustento de su pretensión, los cuales daban cuenta de su condición como sujeto de especial protección por ser una persona de 64 años, próxima al retiro forzoso, además de la ostensible disminución de sus ingresos al recibir la prestación vitalicia en la cantidad inicialmente reconocida, motivó a la funcionaria a declarar la procedencia excepcional del mecanismo constitucional destinado a la reliquidación del monto de la mesada.

Tal determinación la fundamentó, entre otros pronunciamientos, en lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia T-203 de 2007 de cuyo contenido transcribió el aparte que se indica a continuación:

Para la Corte el mínimo vital garantizado como derecho inalienable de todo trabajador, está constituido por los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano.

Adicionalmente ha precisado la Corte que la determinación del mínimo vital se expresa no sólo desde un ámbito cuantitativo, sino también cualitativo. De este modo, el mínimo vital no se restringe a la prestación necesaria para garantizar la supervivencia biológica, sino que trasciende este marco para llegar hasta la cobertura satisfactoria de las necesidades básicas mencionadas y en aras de asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales.

El anterior planteamiento le permitió a la funcionaria judicial discernir lo siguiente frente a la situación dada a conocer por el demandante:

Es sabido, que el Derecho al Mínimo Vital, en el caso concreto, se trasluce en el salario que devenga el empleado, con el cual satisface sus necesidades básicas, ante la ausencia de otro medio económico que garantice su bienestar personal y familiar, el cual se reconoce desde los ámbitos cuantitativo y cualitativo.

Los desprendibles de nómina aportados al expediente, prueban que el accionante de su salario básico actual como empleado de la Rama Judicial depende los gastos personales y el de, su familia, al igual que los gastos obligatorios que demanda el pago de los servicios domiciliarios, alimentación, vestuario, circunstancias no desvirtuadas por las entidades

accionadas, a juicio del Juzgado el accionante ha probado la afectación del mínimo vital, atendiendo el salario neto que percibe actualmente de \$2.796.023 del cual se deducen aquellos gastos necesarios, por no decir obligatorios.²¹

Bajo esa perspectiva, la indiciada dedujo la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital atendiendo a que con el salario devengado, Diego María Peroza Arteaga cubría sus gastos personales y los de su núcleo familiar, vivienda, alimentación, vestuario y servicios públicos; no obstante, pese a la certeza del derecho legal a la pensión de jubilación, la suma que recibiría por ese estipendio mensual generaría una considerable mengua en la satisfacción de tales necesidades, según las pruebas aportadas.

En ese orden, la Sala se aparta del planteamiento efectuado por la apelante consistente en que bastaba con advertir que se trataba de una corrección sobre la asignación pensional para descartar la intervención del juez constitucional, porque tal interpretación deja de lado el estudio de la particular situación expuesta por el libelista, quien por su condición económica y edad se encontraba en una circunstancia de debilidad manifiesta.

Se observa, entonces, como plausible que la entonces Juez Segunda Penal del Circuito Adjunto de Villavicencio diera trámite a la solicitud de amparo, en tanto el actor acreditó la amenaza a derechos de raigambre fundamental, los cuales no podían ser protegidos oportunamente a través de los mecanismos ordinarios, debido a que la previsible demora en la definición de los mismos haría nugatorio el goce de sus prerrogativas constitucionales.

4.2.- En lo atinente a la orden de tutela dictada por Gloria Stella López Benito, consistente en que CAJANAL E I C E y el Patrimonio Autónomo Buen Futuro liquidaran la pensión de vejez a favor del accionante, con fundamento en lo previsto por el artículo 6º del Decreto 546 de 1971 y los Decretos 1045 y 717 de 1998, con un equivalente al 75 % de la asignación mensual más alta, halla sustento en las sentencias T-189 de 2001 y T-631 de 2002 de la Corte Constitucional y el fallo del 2 de febrero de 2006 del Consejo de Estado,²² última en

que se indicó:

En reiterados pronunciamientos la Sala ha expresado que el concepto asignación o salario para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público cobijados por las previsiones del Decreto Ley 546 de 1971, está constituido por los factores consignados en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978, en los términos precisados por el juzgador de primera instancia. El mencionado Decreto 717 de 1978 en el artículo 12, señala algunos factores de salario, no obstante debe tenerse en cuenta que señala una regla general: además de la asignación mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado como retribución de sus servicios. Por las anteriores razones, no resultan de recibo las argumentaciones de la entidad recurrente, en cuanto señala que para establecer la base de liquidación de la pensión de jubilación expresa que el Decreto 546 de 1971 no exceptuó o consagró nada respecto al ingreso base de liquidación para establecer el monto de la pensión, debía acudirse a las previsiones de las leyes 33 y 62 de 1985, ello equivaldría a desacatar las disposiciones de la misma ley, en cuanto dispuso que no quedaban sujetos a la regla general en ella prevista, quienes disfrutaran de un régimen especial de pensiones. El contenido en el Decreto 546 de 1971, cuyos factores enuncia el decreto 717 de 1978, es un régimen especial que favorece a quienes se encuentre amparados por el régimen de transición. La Sala comparte la decisión de primera instancia en cuanto el Tribunal Administrativo declaró la nulidad de los actos acusados y a título de restablecimiento del derecho ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social a reliquidar la pensión de jubilación a JAI CARDONA QUINTERO, tomando como base el 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado durante el último año de servicio, en la cual se le incluyan todas las sumas que habitual y periódicamente recibió como retribución de sus servicios.

4.3.- El amparo también consistió en que las entidades accionadas, luego de proceder a calcular nuevamente el monto de la pensión conforme a los factores consagrados por las disposiciones antes reseñadas, debían dar aplicación al artículo 34 de la Ley 100 de 1993,

norma relacionada con el excedente de las semanas cotizadas, hasta completar un máximo del 85 %, para lo cual Gloria Stella López Benito citó el fallo proferido el 14 de agosto de 1997 por el Consejo de Estado (Rad. 11687).

En la citada oportunidad, en orden a dilucidar la legalidad o no del aparte impugnado del artículo 3° del Decreto 813 del 21 de abril de 1994, por medio del cual se reglamentó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dicha Corporación concluyó lo siguiente:

Al confrontar el texto de la norma reglamentada y la norma reglamentaria, se advierte, sin lugar a equívocos, que en ésta se estableció un tope máximo para el monto de las pensiones de las personas a quienes se les aplica el régimen de transición, no contemplado en el contenido implícito o explícito de aquélla, con lo cual se rebasa la función en comento. De hecho, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al regular lo relativo al régimen de transición, en ningún momento fijó limitación al monto superior de la aludida prestación.

Pero aún armonizando la norma contentiva del aparte acusado con la preceptiva vigente antes de expedirse la Ley 100, se tiene que no hay motivo válido para establecer coto al máximo de la pensión, en la forma como se hizo. En efecto, el artículo 2° de la Ley 71 de 1988 contemplaba que “Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual, ni exceder de quince (15) veces dicho salario; salvo lo previsto en convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales.” En idéntico sentido se pronunciaba el artículo 3° del Decreto Reglamentario 1160 de 1989. Ocurre, empero, que el párrafo del artículo 35 de la precitada Ley 100 dispuso que “Las pensiones de jubilación reconocidas con posterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1992 no estarán sujetas al límite establecido por el artículo 2° de la Ley 71 de 1988, que por esta ley se modifica...”, con lo cual se despeja toda duda sobre el asunto, teniendo en cuenta, además, que de todas maneras las pensiones que se decreten en aplicación del régimen de transición, obviamente van a ser reconocidas “con posterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1992”, por lo que resultaría odioso acomodarles el margen enunciado.

Tal como lo señala el colaborador del Ministerio Público el aparte acusado es violatorio del derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Carta Fundamental, por cuanto no existe una razón objetiva para excluir o discriminar a las personas cobijadas por el régimen de transición del monto establecido en el inciso segundo del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, que les es más favorable, según el cual “El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.”, precepto que hay que interpretar en armonía con lo dispuesto en el parágrafo 3° del artículo 18 ibídem que indica que “Cuando el Gobierno Nacional limite la base de cotizaciones a veinte (20) salarios mínimos, el monto de las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida no podrá ser superior a dicho valor.”

(...)

En estas condiciones, considera la Sala que el aparte acusado del artículo 3° del Decreto 813 de 1994, amerita ser anulado, toda vez que desborda los límites de la potestad reglamentaria, al establecer un tope máximo de quince (15) salarios mínimos legales para las pensiones reconocidas a las personas amparadas por el régimen especial de transición, cuando, se reitera, la ley 100 de 1993 contempló un monto superior que es más benéfico y que, por tanto, les es aplicable (artículo 53 de la [Constitución Política](#)).

4.4.- Al verificar el contenido del citado pronunciamiento, base jurídica de la decisión calificada como prevaricadora, en lo atinente al tópico mencionado, no encuentra la Sala que Gloria Stella López Benito haya desconocido de manera burda y malintencionada el marco normativo vigente, imponiendo arbitraria y caprichosamente su propio criterio, por el contrario, al hallarse ante un caso fáctica y jurídicamente similar al decidido por dicha Corporación, la funcionaria realizó un ejercicio de subsunción, con respeto y acatamiento a lo dispuesto por la máxima instancia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Fue así como la entonces Juez Segunda Penal del Circuito Adjunto de Villavicencio consideró

admisible la utilización de normas con contenido favorable; concretamente, el inciso segundo del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, pues éste le representaba mayor beneficio a Diego María Peroza Arteaga, en la medida que le permitía que el valor total de la pensión ascendiera al 85 % del ingreso base de liquidación, sin que fuera óbice que el reconocimiento de su derecho deviniera de la aplicación de una normativa especial, pues de acuerdo con la postura esgrimida por el Consejo de Estado, podía colegirse que en virtud del «artículo 13 de la Carta Fundamental,... no existe una razón objetiva para excluir o discriminar a las personas cobijadas por el régimen de transición del monto establecido en el inciso segundo del artículo 34 de la Ley 100 de 1993...»

5.- Así las cosas, aunque la doctora Gloria Stella López Benito, sin desbordar el ámbito de autonomía permitido por el artículo 230 de la Constitución, realizó una hermenéutica diversa al actual entendimiento de los principios de inescindibilidad y favorabilidad de la ley en materia pensional, ésta no se advierte irracional dado el contexto en que fue proferido el fallo de tutela censurado, en tanto tuvo que abordar materias que por su complejidad y para algunos ambigüedad, admitían diversas interpretaciones, pero que de ninguna manera pueden tenerse como abiertamente opuestas al citado precedente jurisprudencial y a las pruebas con las que contaba la indiciada al momento de resolver la solicitud de amparo.

Por tanto, se predica la ausencia del ingrediente normativo «manifiestamente contraria a la ley» que exige el artículo 413 de la Ley 599 de 2000 para tener por acreditada la tipicidad objetiva de la conducta punible de prevaricato por acción, toda vez que la contrariedad de la decisión cuestionada con el ordenamiento debe ser evidente y ostensible, supuestos que no se concretan en este evento.

La trascendencia del elemento normativo que aquí se extraña, ha sido destacada por la Sala al señalar que:

...todas aquellas providencias respecto de las cuales quepa discusión sobre su contrariedad con la ley quedan excluidas del reproche penal, independientemente de que un juicio posterior demuestre la equivocación de sus asertos, pues – como también ha sido jurisprudencia reiterada- el juicio de prevaricato no es de acierto sino de legalidad. A ello debe agregarse como principio axiológico cuando se trata de providencias judiciales, que el análisis de su presunto contenido prevaricador debe hacerse necesariamente sobre el problema jurídico identificado por el funcionario judicial y no sobre el que identifique a posteriori su acusador o su juzgador, según sea el caso. (CJS SP 24/11/04 Rad. 16955).

6.- Por lo expuesto, se confirmará la decisión adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, mediante la cual decretó la preclusión de la indagación a favor de Gloria Stella López Benito por la presunta comisión del delito de prevaricato por acción, con fundamento en la causal 4ª del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, con la aclaración de que la conducta desplegada se considera objetivamente atípica.

7.- Otras determinaciones

Se reconocerá a la doctora Carmen Leñise Perilla Almeida como apoderada de la UGPP, de acuerdo con el poder allegado a esta Corporación.²³

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

RESUELVE

PRIMERO-. CONFIRMAR el auto del 16 de noviembre de 2016, mediante el cual el Tribunal Superior de Villavicencio decretó la preclusión de la investigación a favor de Gloria Stella López Benito por la presunta comisión del delito de prevaricato por acción.

SEGUNDO-. DEVOLVER la actuación al tribunal de origen.

TERCERO-. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y cúmplase

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Folio 25, cuaderno de la Fiscalía No. 1.
- 2 Folios 24 a 33, cuaderno de la Fiscalía No. 1.
- 3 Minuto 00:29:27 y ss., audiencia del 18 de agosto de 2016.
- 4 Minuto 00:04:48 y ss., audiencia del 16 de diciembre de 2016.
- 5 Minuto 00:32:45 y ss., audiencia del 16 de diciembre de 2016.
- 6 Minuto 00:40:44 y ss., audiencia del 16 de diciembre de 2016.
- 7 Minuto 00:48:28 y ss., audiencia del 16 de diciembre de 2016.

- 8 Minuto 00:57:11 y ss., audiencia del 30 de abril de 2018.
- 9 Con el aumento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.
- 10 CSJ AP, 29 jul. 2015, rad. 44031.
- 11 CSJ SP, 20 ene. 2016, rad. 46806.
- 12 CSJ SP, 27 sep. 2017, rad. 49955.
- 13 CSJ SP, 24 jun. 1986, rad. 406.598, GJ CLXXXV n.º 2424, pág. 438 – 442.
- 14 CSJ SP, 24 jun. 1986, rad. 406.598, GJ CLXXXV n.º 2424, pág. 438 – 442.
- 15 CSJ SP, 13 abr. 2016, rad. 44697.
- 16 CSJ SP, 23 de feb. de 2006, radicado 23901. Pronunciamiento reiterado por la Sala en SP 28 feb. 2007, rad. 22185; SP 18 jun. 2008, rad. 29382; SP 22 ago. 2008, rad. 29913; SP 3 jun. 2009, rad. 31118; SP 26 may. 2010, rad. 32363; SP 31 ago. 2012, rad. 35153; SP 10 abr. 2013, rad. 39456; SP 26 feb. 2014, rad. 42775. SP 21 may. 2014, rad. 42275, entre otras providencias. Citadas en: CSJ SP, 13 abr. 2016, rad. 44697 y SP, 20 sep. 2016, rad. 47379.
- 17 CSJ SP, 20 sep. 2016, rad. 47379.
- 18 Cf. Ibídem.
- 19 Cf. CSJ SP, 24 de sep. de 2014, Rad. 40737. Citada en: CSJ SP, 20 sep. 2016, rad. 47379.
- 20 CSJ SP, 20 sep. 2016, rad. 47379.

- 21 Folios. 264 y 265, cuaderno de la Fiscalía No. 1.
- 22 Proferido en la actuación con radicación 17001-23-31-000-2002-00395.
- 23 Folios 7 a 14, cuaderno Corte.