

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Magistrado ponente

SP4302-2019

Radicado N° 52829.

Acta 265.

Bogotá, D.C., nueve (9) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

V I S T O S

La Corte resuelve el recurso ordinario de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia proferida el 27 de abril de 2018, por el Tribunal Superior de Cúcuta, mediante la cual condenó a SAMUEL DARÍO RODRÍGUEZ DUARTE, en su calidad de Juez Tercero Laboral del Circuito de esa ciudad, por tres delitos de prevaricato por acción.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

La Fiscalía acusó a SAMUEL DARÍO RODRÍGUEZ DUARTE, en su calidad de Juez Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, por la comisión de tres delitos de prevaricato, contenidos en los fallos de tutela con radicación T-260, proferido el 14 de junio de 2011; T-235, emitido el 25 de mayo de 2011; y, T-277, proferido el 24 de junio de 2011.

Las dos primeras acciones en reseña fueron presentadas por empleados de ECOPETROL S.A., que fueron afectados por la huelga declarada en la empresa en el año 2004, para efectos de que se les reintegrara a la misma y les fuesen pagados los salarios y prestaciones adeudados.

La tercera, se instauró por un empleado de la misma compañía estatal, para reclamar el pago de salarios y prestaciones adeudadas por el tiempo en que estuvo detenido preventivamente en un asunto por el cual finalmente se le absolvió.

En todas ellas el funcionario accedió a la pretensión de los accionantes, en seguimiento de las pautas reiteradas de la Sala Laboral del Tribunal de esa ciudad, que no solo revocó dos decisiones anteriores de su despacho, en las cuales denegó lo solicitado, sino que siempre otorgó el amparo, pese a que se alegó por la empresa que no se cumplían los principios de competencia, inmediatez y subsidiaridad, consustanciales al mecanismo constitucional

Como quiera que la Fiscalía estimó abiertamente contrarias a la ley las tres actuaciones adelantadas y culminadas con fallo de tutela en favor de los accionantes por el juez SAMUEL DARÍO RODRÍGUEZ DUARTE, presentó escrito de acusación el 1 de diciembre de 2015, en el cual le atribuyó tres delitos de prevaricato por acción.

La audiencia de formulación de acusación fue surtida ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, el 12 de febrero de 2016. Allí se reiteró que la convocatoria a juicio opera por tres delitos de prevaricato por acción, contemplado en el artículo 413 del C.P. con la modificación que respecto de la pena introduce la Ley 890 de 2004.

La audiencia preparatoria se adelantó en sesiones del 2 de mayo y el 27 de junio de 2016.

La audiencia de juicio oral se celebró los días 1 y 2 de noviembre de 2016, 28 de marzo, 26 de mayo y 8 de agosto de 2017, fecha, esta última, en la que se anunció sentido condenatorio del fallo. Como consecuencia de ello, el 18 de agosto de 2017, fue capturado y recluido en centro penitenciario SAMUEL DARÍO RODRÍGUEZ DUARTE.

Después de adelantar las diligencias establecidas en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, fue emitido el fallo de primer grado, leído el 27 de abril de 2018, contra el cual interpuso y sustentó oportunamente recurso de apelación el defensor del acusado.

SENTENCIA RECURRIDA

El fallo objeto de apelación delimita amplia y detalladamente lo ocurrido, para después consignar lo alegado por las partes en la audiencia de juicio oral y el resumen de las pruebas allegadas allí, hasta derivar en los fundamentos que sostienen la condena finalmente declarada.

Al efecto, luego de breve remisión dogmática, con apoyo en jurisprudencia de la Corte, en torno del delito de prevaricato, y de resumir el contenido de las tres sentencias de tutela estimadas por la Fiscalía contrarias a derecho en su resolución, son delimitados tres problemas dignos de examinar en torno de la intervención del acusado y las notas características de la acción constitucional: la competencia, la subsidiaridad y la inmediatez.

Acerca del primero de ellos, la competencia, el a quo detalla el contenido de los Decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000, que reglamentan la tutela, para significar que si bien, la norma constitucional adscribe a cualquier juez el conocimiento de la misma, ello es condicionado al factor territorial, en cuanto, la presentación del mecanismo debe suceder en el sitio en el que se presentó la violación o amenaza del derecho fundamental invocado;

aunque también ello ha sido extendido, por doctrina de la Corte Constitucional, al lugar donde se producen los efectos dañosos del acto.

Empero, acota el despacho de primera instancia, el acusado asumió competencia en las tres tutelas pese a que el acto que presuntamente vulnera derechos no se expidió en la ciudad de Cúcuta, ni allí residían los accionantes, como así fue advertido por la empresa accionada al momento de responder a la demanda de tutela.

Para justificar conocer de los asuntos, resalta la providencia apelada, el texto de los fallos de tutela explica que por tratarse, ECOPETROL, de una empresa con radio de acción nacional, la vulneración de derechos se estima suceder también en todo el país.

Para el fallador de primer grado esta explicación adolece de profundas falencias, entre otras: (i) omite examinar el lugar específico de vulneración; (ii) no indica por qué de las varias sedes de ECOPETROL en Colombia, debe escogerse precisamente a Cúcuta; (iii) no señala las normas o apoyo jurisprudencial que avalan la tesis.

Destaca el fallo, además, que el argumento, utilizado por el procesado y su defensor, referido a que los accionantes residían en Cúcuta, no fue el plasmado en los fallos de tutela, ni tampoco allí se respondió a lo que expresamente detalló sobre el punto ECOPETROL al responder las respectivas acciones.

Respecto del segundo aspecto problemático estimado necesario analizar por el Tribunal, la subsidiaridad, parte por advertir que ya ampliamente ha sido resuelto por la doctrina constitucional, que la acción de tutela no puede reemplazar los procedimientos administrativos o judiciales ordinarios, salvo que estos no sean idóneos o deba atenderse una situación de perjuicio irremediable.

Hecha la salvedad, el fallador A quo asume los argumentos plasmados por el acusado en el primer fallo de tutela examinado (proferido el 14 de junio de 2011), para de allí destacar

como puntos controversiales los siguientes: (i) si el acusado reconoce en el fallo, que se trata de un conflicto netamente político -el surgido entre el sindicato y ECOPETROL-, debió estimar que, entonces, la solución no podía provenir desde el campo judicial y por ello se desvió de la ley al emitir la decisión, (ii) pasó por alto que ya había sido solucionado el conflicto laboral, a través de una conciliación vigente, misma que, de estimarse producida por la fuerza o ilegal, era menester atacarla por otros medios, ordinarios, diferentes de la tutela; (iii) no podía estimar que los pactos o conciliaciones eran producto de la arbitrariedad, para así acudir a la excepcionalidad que permite incoar la acción constitucional; (iv) adujo que la acción de tutela se viabiliza porque con ocasión de un pacto suscrito por el sindicato con ECOPETROL en el año 2009, fue violado el principio de igualdad al omitir incluir en este a los accionantes; sin embargo, no explicó por qué se prefiere este derecho al de seguridad jurídica, producto de la conciliación suscrita en 2004, o la razón por la cual no podía la justicia ordinaria dirimir el pleito; (v) desconoció que el pacto suscrito en 2009, no refiere a un reintegro de trabajadores, sino al reenganche de algunos de ellos, fruto de un acuerdo político y no estrictamente jurídico.

En torno del que denomina caso dos (sentencia proferida el 25 de mayo de 2011), luego de destacar que se trata de empleados anteriores de ECOPETROL, quienes fueron desvinculados en razón de una huelga y después pensionados por virtud de la conciliación y en aplicación de normas disciplinarias, a más de reiterar los argumentos delimitados en precedencia, el Tribunal destacó que el acusado: (i) desconoció que la desvinculación laboral devino consecuencia del pacto conciliatorio y no de la huelga, lo que implica desvirtuar algún tipo de trato arbitrario o discriminatorio; (ii) pasó por alto que si efectivamente los accionantes estimaban violatorio de sus derechos el acuerdo, debieron acudir oportunamente a la jurisdicción ordinaria -examinando si era o no idónea y por qué- y, en todo caso, si se presentase algún fenómeno de caducidad, ello debió establecerse por los jueces laborales para, allí sí, permitir acudir a la acción de tutela, sin pasar por alto que el efecto en cuestión deriva de la omisión de aquellos, a más que el mecanismo transitorio

reclamaba demostrar un perjuicio irremediable, nunca examinado por el acusado respecto de cada uno de los involucrados en la demanda.

Acerca del que nomina caso número tres (sentencia de tutela del 24 de junio de 2011) el Tribunal significa que no se trata de un reintegro o pago de pensión, sino apenas de reconocer el tiempo que el accionante –quien por conciliación se hizo a una pensión vitalicia- estuvo detenido, asunto que por sí mismo habla de la inexistencia de perjuicio inminente o afectación del mínimo vital, para obviar la vía ordinaria judicial; máxime que, si se trataba de señalar algún tipo de responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación en la dicha detención, era necesario acudir a un proceso administrativo.

De manera general, en torno de los tres fallos de tutela, el fallo revisado señala que el procesado pasó por alto recientes decisiones de la Corte Constitucional (para la época de los hechos), en las cuales se detallaba improcedente este mecanismo frente a las peticiones de los antiguos empleados de ECOPETROL.

Por último, en lo que corresponde al tercer tópico que consideró indispensable verificar el A quo, la inmediatez, destaca que por corresponder, la acción de tutela, a un mecanismo de protección urgente de derechos fundamentales, su solicitud debe operar oportuna y no alejada en el tiempo, aunque, reconoce, no existe un baremo exacto de delimitación cronológica para ese efecto, por lo cual se hace necesario examinar cada caso en concreto, como así lo ha sostenido la Corte Constitucional.

De igual forma que en el tema de subsidiaridad, el Tribunal abordó el instituto de la inmediatez de manera particular, respecto de cada acción de tutela fallada por el acusado.

Así, en torno del caso 1, luego de destacar que el procesado, en la sentencia, justificó la procedencia de la acción a partir de significar que, si bien, la conciliación ocurrió en 2004, la posibilidad se revitalizó con ocasión del pacto firmado en 2009 por ECOPETROL con los pensionados, en el cual no se incluyó a los accionantes; señala que el tópico de igualdad no

está suficientemente explicado en la decisión, pues, se tiene como único rasero de comparación el despido por consecuencia de una huelga, pasando por alto, además, que si lo buscado era un reajuste pensional –así se entiende, porque el fallo realiza un comparativo de mesadas-, era indispensable acudir primero a la jurisdicción ordinaria, en seguimiento de pacífica línea jurisprudencial expedida al respecto por la Corte Constitucional.

Incluso, acota el fallador de primer grado, debió tenerse en cuenta que a la fijación de la pensión se llegó por acuerdo entre las partes –sindicato y empresa-, sin que durante años se presentase algún tipo de queja por parte de los accionantes.

Además, añade el Tribunal, el pacto del año 2009 tiene un eminente cariz político que impide la intervención de los jueces en su examen.

Atinente al caso 2, reitera las mismas críticas del anterior –porque similar sustentación en el tema de inmediatez hizo el procesado-, aunque añade que no es posible plantear un plano de igualdad con respecto a quienes fueron considerados en el pacto de 2009, porque los aquí accionantes fueron sancionados de manera legal y no se tomó uno a uno para evaluar su caso concreto.

En torno del caso 3, el fallador de primera instancia releva que si de verdad, como lo sostiene el procesado en el fallo, el derecho pensional no prescribe, ello conduciría a estimar que es perfectamente viable acudir al trámite ordinario, en lugar de valerse de la tutela, dado su carácter residual y subsidiario, a más que no se ha demostrado algún perjuicio irremediable.

Superado el examen de cada caso, el Tribunal controvierte la afirmación del acusado referida a que en asunto similar¹ la Corte Constitucional avaló la utilización del mecanismo constitucional extraordinario para una discusión eminentemente laboral.

Sostiene el A quo, que los casos no son similares, dado que en el asunto allí examinado se

tuvo en cuenta que los trabajadores, por medio del sindicato, después de ejecutada la conducta violatoria de sus derechos, continuaron desplegando acciones judiciales, agotando este mecanismo ordinario, lo que permite invalidar la tesis de ausencia de inmediatez y a la vez demuestra que se trata de casos distintos, dado que en el ahora examinado los accionantes no acudieron a las vías judiciales ordinarias, ni están representados aquí por el sindicato.

Así mismo, resalta la decisión apelada, se trata de situaciones de facto diferentes, dado que en el caso analizado por la Corte Constitucional, los trabajadores fueron despedidos y no existió ningún acuerdo –afectándose de manera evidente su mínimo vital-, al tanto que en el propuesto por los accionantes, estos sí realizaron una conciliación que llevó a obtener la pensión o a erigir un Tribunal que examinara su condición disciplinaria.

De otro lado, en lo que toca con la explicación brindada por el acusado, atinente a que debió cambiar su postura –que negaba este tipo de acciones de tutela-, en razón a que la segunda instancia revisó dos de ellas y las revocó, el Tribunal advierte que es insostenible la tesis, dado que los principios de autonomía e independencia, consustanciales a la actividad judicial, impiden que el superior incida en lo que decide el inferior, pese a que puede modificar o revocar su providencia, sin que ello implique una sanción o rebaja en la correspondiente calificación. Incluso, se añade, la actividad de calificación también demanda la intervención de Consejo Superior de la Judicatura.

Junto con lo anterior, afirma el A quo, debió considerar el procesado, que las decisiones de su segunda instancia no fueron unánimes, en tanto, siempre salvó su voto uno de los magistrados, por lo que “en cumplimiento del principio de transparencia debió el implicado dar cuenta de tal salvamento de voto y analizar los argumentos allí esgrimidos”.

De otro lado, en referencia a lo aducido en el interrogatorio por RODRÍGUEZ DUARTE, destacando que tanto el sindicato, como la empresa accionada, intervinieron ante la Corte

Constitucional, sostiene el fallador de primer grado que emerge intrascendente, dado que el acuerdo obtenido es “de carácter político y su objetivo no era más que resolver un conflicto entre ellos”.

Después de citar jurisprudencia de la Corte acerca de qué debe entenderse por abiertamente contrario a la ley, en términos del tipo penal de prevaricato por acción, el Tribunal examina el aspecto subjetivo de este, para definir que en razón a la experiencia laboral y conocimientos del acusado, tenía él cómo saber que no poseía competencia, pero además, que no era factible acceder a lo solicitado, tanto así, que incluso desconoció sus propios argumentos, insertos en providencias anteriores en las que negó el amparo.

Así mismo, dado que fueron varios los factores pasados por alto (competencia, subsidiaridad, residualidad e inmediatez), no resultan atendibles sus explicaciones.

Luego del correspondiente examen de la antijuridicidad y del juicio de reproche, el sentenciador aborda la dosificación punitiva, para lo cual se ubicó en el cuarto mínimo de uno de los tres delitos de prevaricato y sobre el baremo inferior, 48 meses, agregó 23 meses más por la intensidad del dolo, gravedad de la conducta y daño causado, hasta derivar en 71 meses de prisión y multa de 77.77 salarios mínimos legales mensuales.

Con ocasión de los otros dos delitos concursados, agregó 30 meses por cada uno de ellos, hasta sumar, en definitiva, pena de 131 meses de prisión y multa en cuantía de 233.31 salarios mínimos legales mensuales. En igual lapso al de la pena de prisión fijó la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

De otro lado, atinente a los subrogados penales, negó tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como la prisión domiciliaria; y, en torno de la suspensión de la detención por enfermedad grave, alegada por la defensa, hizo un examen de los elementos de juicio aportados para tal fin, hasta concluir que difieren los dos informes de los galenos que se refieren a la real condición de salud del procesado; y pese a que uno de ellos no

concurrió a la diligencia citada para el efecto, verificó el contenido de su diagnóstico, en el cual postula la existencia de grave enfermedad, para hallar en el mismo profundos contrasentidos que lo llevan, no solo a desatender sus conclusiones, sino a ordenar que se le investigue. Negó, entonces, la solicitud de suspensión de la detención.

LA APELACIÓN

A través de un amplio y detallado escrito, el defensor del acusado plantea dos puntos básicos en pro de obtener la absolución del acusado: (i) atipicidad objetiva del hecho; y (ii) atipicidad subjetiva; y otro (iii), en el cual busca que se anule lo actuado a partir, inclusive, de la diligencia contemplada en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

(i) A fin de desarrollar este primer acápite de discusión -atipicidad objetiva-, el recurrente asume el examen de los tres elementos básicos utilizados por el Tribunal para controvertir los fallos de tutela expedidos por el acusado.

1. Competencia

El recurrente entiende necesario precisar la comprensión que debe darse al tipo penal en su apartado modal, pues, asevera, lo sancionado no es que se presente determinada argumentación, así ella resulte errada, sino que la decisión emerja abiertamente contraria a la ley.

De esta manera, prosigue, la teoría de la imputación objetiva resuelve la aparente complejidad que surge de hallar una motivación errada respecto de una decisión acertada, en el entendido que si un riesgo jurídicamente desaprobado -motivación equivocada-, no se concretó en el resultado, dado que la decisión no operó manifiestamente contraria a la ley, no es posible atribuir responsabilidad penal, por inexistencia de lesión efectiva al bien

jurídico tutelado.

Ello, para controvertir la afirmación del A quo referida a que el procesado presentó una motivación inaceptable para asumir la competencia del asunto, hecha radicar en que la empresa demandada en tutela tiene radio de acción en todo el país.

El defensor, al respecto, acepta que puede resultar desenfocada esa motivación, pero advierte que de allí no es posible derivar ningún efecto penal, simplemente porque el resultado –asunción de competencia territorial para tramitar la acción-, sí es acorde a derecho.

A este efecto, destaca el impugnante, con cita jurisprudencial de la Corte Constitucional, que si bien, en principio, la demanda de tutela debe presentarse en el lugar en el cual se ejecutó el hecho que afecta derechos fundamentales, ello se ha visto extendido al sitio en el que produce sus efectos el acto dañoso, no otro distinto al domicilio del afectado.

Así las cosas, en las acciones de tutela presentadas ante el procesado, expresamente los accionantes señalaron –bajo la gravedad del juramento que se entiende prestado con la acción-, que residían en Cúcuta, e incluso entregaron una dirección para notificaciones en esa ciudad, diferente a la del abogado.

Con nueva cita de decisiones de la Corte Constitucional, el apelante busca hacer ver que basta la manifestación bajo juramento del demandante, para estimar que el domicilio referido es el que se indica, no solo por la presunción de buena fe que acompaña el trámite de tutela, sino en atención a que no existe ningún procedimiento encaminado a que el juez del caso verifique la información en reseña, ni tampoco ECOPETROL, en su respuesta a las acciones, señaló hechos tangibles que permitieran advertir que, en verdad, los accionantes no residían en la ciudad.

2. Inmediatez

Luego de destacar que esta exigencia obedece la construcción jurisprudencial de la Corte Constitucional, dado que la norma autoriza a presentar la acción de tutela en todo momento, el impugnante anota que la definición de si existe o no inmediatez obliga verificar si el derecho subsiste a pesar del paso del tiempo.

En los casos fallados por el acusado, prosigue, el requisito se cumple a satisfacción, en tanto, la conciliación efectuada en el 2004 operó respecto de derechos ciertos e indiscutibles –asunto prohibido, pues, este tipo de derechos no son renunciables, acorde con el art. 14 del Código del Trabajo, lo que genera vicio de nulidad por objeto ilícito-, que afectaron las cuotas de los accionantes pensionados y de los despedidos, sin que ello fuera subsanado con el pacto de 2009 suscrito entre la empresa y el sindicato.

Trae a colación jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte, que delimita lo que debe entenderse derecho cierto e indiscutible, para después afirmar que los accionantes fueron “forzados” a conciliar y aceptar condiciones que representaron desmejora de sus condiciones, en unos casos, e incluso perdieron la posibilidad de obtener la pensión, en otros, con afectación de su mínimo vital.

Añade que durante varios años el sindicato de la empresa, en representación de los trabajadores, y estos individualmente, adelantaron tareas para que se reconocieran las decisiones de la OIT buscando el reintegro de los trabajadores, solo que el pacto final no incluyó a varios de estos y por ello se requirió acudir a la acción de tutela. Debe, así, partirse del año 2009 para verificar la inmediatez de la acción, y no del 2004, y “tener en cuenta que cada mes en que recibieron sus pensiones y no fueron reintegrados para mejorar sus condiciones laborales se actualizó la vulneración de sus derechos”.

Atinente al caso número tres, agrega el recurrente a los argumentos atrás planteados, que incluso el afectado, un año antes de instaurar la acción de tutela, reclamó ante ECOPETROL

el pago de los salarios correspondientes al tiempo en que estuvo privado de la libertad, en solicitud que fue respondida de forma negativa por la compañía el 7 de octubre de 2010, esto es, entre este hecho y la presentación de la acción de tutela -11 de julio de 2011-, solo discurrieron algunos meses.

Advierte el impugnante, a su vez, que el concepto de inmediatez es en esencia subjetivo, dado que no existen estándares precisos para el mismo, lo que permite concluir la sinrazón que contiene condenar al procesado solo porque su criterio al respecto difiere del asumido por el fallador. No es, así, la postura del acusado, manifiestamente contraria a la ley.

3. Subsidiaridad

El apelante asume este tópico de manera parcelada, acorde con las tres tutelas que emitió el procesado y son objeto de persecución penal.

De esta manera, en torno del Caso número 1 -tutela 260 de 2011-, sostiene el recurrente que los accionantes decidieron, en el año 2004, aceptar un acuerdo conciliatorio que “implicó la renuncia de muchos beneficios”, ante el temor de salir “sin nada”.

Es por ello que, prosigue, en el año 2009 la empresa decidió celebrar un nuevo acuerdo que implicó el reintegro de los trabajadores, aunque no incluyó a los demandantes en cita, pese a hallarse en las mismas condiciones de los beneficiados.

Ocurrida la omisión, en sentir del demandante se activaba de inmediato la posibilidad de acudir a la acción de tutela, de un lado, porque se verifica patente la violación del derecho a la igualdad; y, del otro, en atención a que no existía un medio ordinario eficaz de defensa judicial.

Respecto de lo primero, después de dar por hecho que los accionantes se hallaban en las mismas condiciones de quienes fueron reintegrados, trae a colación decisiones de la Corte Constitucional en las cuales se detalla adecuado el mecanismo constitucional para restablecer el derecho a la igualdad, aun en los casos de reintegro laboral o reajuste de pensiones.

Precisa, eso sí, que a pesar de darse soluciones distintas a los trabajadores –unos reintegrados, otros merecedores de reajuste pensional-, ellos estaban en un mismo “rasero de igualdad”, porque el origen de la discusión, en todos los casos, se remonta al conflicto colectivo suscitado entre los años 2002 y 2004.

En torno de la existencia o no de otro mecanismo idóneo de defensa judicial, el apelante hace un recorrido por las normas laborales, examinando la protección que se ha dado en ellas a personas discapacitadas, miembros de sindicatos y mujeres en estado de embarazo.

De allí concluye, por vía de omisión, que en la legislación laboral no existe este tipo de protección para los casos en los cuales se afecta el derecho de igualdad, de lo que se sigue que, entonces, es la acción de tutela el único mecanismo idóneo.

Es ello, precisamente, lo que llevó al acusado a admitir la acción de tutela y fallarla en favor de los demandantes.

Así mismo, prosigue, las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, son vinculantes para el Estado colombiano, como así lo ha sostenido la Corte Constitucional, de lo cual se sigue que las muchas acciones de este tipo expedidas por el organismo internacional, debidamente fundamentadas en el expediente, se erigían en medios suficientes para facultar la intervención de los jueces en sede de tutela.

Incluso, añade, al trámite penal se anexó el acta del acuerdo integral y definitivo, caso 2355

de la OIT, que resuelve integralmente en el año 2013, ahora sí respecto de todos los trabajadores, el conflicto surgido en el 2004. Allí se dispuso “liquidar y pagar los salarios y prestaciones sociales por el tiempo transcurrido entre la fecha de desvinculación acaecida en el año 2004 y el 27 de octubre de 2011”.

Es ello, aduce el recurrente, lo que precisamente resolvió el acusado en decisiones que, lejos de prevaricadores, deben entenderse “futuristas y garantistas”, dado que “la historia terminó dándole la razón”, así lo juzgado en el prevaricato sea la legalidad y no la justicia.

Acerca de la tutela 235 de 2011, pide el defensor que se tengan en cuenta los argumentos presentados para el caso anterior, dado que se trata, aquí también, de trabajadores que buscan el reintegro por ocasión del despido ocurrido en el año 2004.

Agrega, no obstante, que en el asunto examinado, para el procesado tuvieron especial trascendencia las decisiones del Tribunal de Cúcuta, que en casos similares ampararon el derecho a la igualdad de los accionantes.

Entiende el apelante, a este efecto, que los fallos de los Tribunales no son inocuos para los jueces de su distrito, pues, se erigen en mecanismo de cierre y tienen la tarea de unificar allí los criterios jurídicos, en respeto del principio de igualdad.

Cita, sobre el particular, decisiones de la Corte Constitucional que avalan esa postura, para después reseñar los fallos previos del Tribunal de Cúcuta, en los cuales aceptó la tesis de los empleados de ECOPETROL.

Acorde con ello, afirma que el procesado, vistas las decisiones recurrentes del superior, decidió expresamente replantear su criterio, a efectos de seguir resolviendo de similar manera los casos iguales.

Ello implica, en sentir del impugnante, que el acusado se encuentra amparado por la causal

de ausencia de responsabilidad contemplada en el ordinal 3° del artículo 32 del C.P., referida al estricto cumplimiento de un deber legal.

A renglón seguido, desarrolla los que estima requisitos de la eximente, para de allí derivar que en el caso concreto se cumplen ellos a satisfacción, en tanto: (i) existe un deber, para los jueces, de respetar las decisiones del Tribunal, surgido de lo dispuesto por el artículo 13 de la Carta Política (igualdad ante la ley); (ii) ese deber se cumplió de forma estricta, dado que la motivación y la parte resolutive de las decisiones tomadas por el acusado, coinciden plenamente con aquellas expedidas por el Tribunal de Cúcuta; (iii) era necesario cumplir con dicho deber, dado que se trata de asuntos de calado constitucional que implicaban la afectación de derechos fundamentales, y; (iv) el procesado actuó con la exclusiva finalidad de cumplir con los antecedentes ofrecidos por el Tribunal.

De otro lado, aborda el defensor lo concerniente a la tutela 277 de 2011, para sostener que aquí también operan los argumentos que conducen a estimar probada la causal de ausencia de responsabilidad por estricto cumplimiento de un deber legal “puesto que también se usó un fallo del Tribunal para respaldar sus consideraciones” (cita apartados de la sentencia que remiten al antecedente del Tribunal).

Pide, en consecuencia, que se absuelva al acusado, por haber obrado dentro de los lineamientos de la causal tercera del artículo 32 del C.P.

Dentro de un nuevo apartado que rotula “FUNDAMENTOS DE LA PRIMERA PETICIÓN SUBSIDIARIA”, el recurrente se ocupa de examinar el delito de prevaricato y las modalidades de la culpabilidad que en el mismo pueden concurrir, hasta concluir que la conducta solo admite la forma dolosa, dentro del espectro del dolo directo, acorde con la jurisprudencia expedida por la Corte sobre el particular.

De allí extracta que en este tipo de eventos el agente debe contar con un conocimiento y conciencia integrales respecto del hecho típico, en todas sus aristas; pero además, que

quiera realizar la conducta.

Después de citar jurisprudencia de la Sala que desarrolla el tema del dolo y su demostración en el delito examinado, el apelante asume el análisis del contenido del ordinal 10° del artículo 32 del C.P., referido al llamado error de tipo y su delimitación en el punible de prevaricato por acción -aquí también se vale de decisiones de la Corte-.

Lo anotado, para significar que aun si se entendieran manifiestamente contrarias a la ley las decisiones de tutela proferidas por el acusado, en todo caso, debe asumirse que este actuó convencido de su apego con las normas legales, esto es, creyó que el elemento normativo del punible no se configuraba.

A fin de demostrar que, en efecto, el procesado incurrió en el error de tipo descrito, el defensor acude a lo narrado por él en el interrogatorio, que estima por completo digno de credibilidad, pues, no incurre en contradicciones y explica adecuadamente la razón de su dicho, fundado en que creyó obligatoria la postura del Tribunal y advirtió la existencia de precedentes constitucionales que podían avalarla, particularmente, los referidos al derecho de igualdad.

A renglón seguido, el recurrente detalla dos acciones de tutela anteriores, en las cuales el acusado negó las pretensiones que en forma similar habían presentado los trabajadores de ECOPETROL, delimitando las razones que gobernaron dichas decisiones y los motivos que, a su vez, llevaron al Tribunal a revocarlas, concediendo el amparo.

Después, el impugnante destaca que una de esas sentencias proferidas por el procesado y revocadas en el Tribunal, rotulada como 246 de 2010, fue asumida por la Corte Constitucional para su revisión, pero ante ella acudieron la empresa y el sindicato a solicitar que no se examinara, no solo para evitar que el conflicto continuara, sino en atención a que dichas partes expresaron su entera satisfacción con lo resuelto por el Ad quem.

Efectuado ello, asume la construcción de las que estima máximas de la experiencia aplicables al caso, encaminadas a sostener que en este tipo de eventos un juez acata lo decidido por su Tribunal; y que, además, si la parte afectada con una decisión la considera justa, ello conduce a que el funcionario siga tomando decisiones similares.

Adoba estas conclusiones con la remisión a normas constitucionales y decisiones de la Corte, que en su sentir ratifican la decisión de acatar lo decidido por los superiores.

Y, finalmente, de la suma de unas y otras (máximas de la experiencia y normas jurídicas), concluye, a manera de hechos indicados, que el procesado estimó que sus decisiones no eran manifiestamente contrarias a la ley, entre otras razones, porque los fallos de su superior funcional se encontraban matizados de citas y argumentos constitucionales con referentes de hechos similares, que le permitían confiar en que eran adecuados, sin manera de dudar de su corrección.

Por último, advierte el recurrente que ahora, cuando se ha conocido de la aceptación de cargos penales por parte de los Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal de Cúcuta, no puede servir ello para significar evidente la violación manifiesta de la ley, pues, sostiene, el asunto ha de observarse con la lupa de las circunstancias existentes al momento de proferirse los fallos de tutela.

Dado que el delito de prevaricato por acción únicamente admite la modalidad dolosa, manifiesta el apelante, demostrado que el procesado incurrió en un error de tipo, que excluye el dolo y solo comporta culpa, en los casos en que es vencible, para los tipos penales que admiten este tipo de culpabilidad, se obliga emitir fallo absolutorio en favor del acusado.

En otro orden de ideas, de manera subsidiaria se refiere el impugnante a la decisión del Tribunal de negar la solicitud de sustitución de la detención intramural por domiciliaria, para advertir que esta es violatoria del debido proceso y, en concreto, del principio de

contradicción.

A este efecto, el impugnante destaca que se presentaron dos informes periciales referidos al estado de salud del acusado, uno favorable a su solicitud, y el otro desfavorable.

Ello debió conducir a que el fallador escuchara la explicación de ambos profesionales de la medicina; sin embargo, solo se valió de uno de ellos, precisamente el que presentó un informe desfavorable a su solicitud, pasando por alto que el otro galeno se hallaba incapacitado, e incluso, ordenando investigarlo por las que entendió contradicciones en lo dictaminado.

Seguidamente, el apelante se ocupa de demostrar por qué las contradicciones presentadas por el Tribunal no lo son tales y obedecen a su “desconocimiento de la ciencia psiquiátrica”.

Además, apunta, debe entenderse (“por simple inspección del trasegar médico de mi defendido”) que la condición definida por la otra profesional de la salud, en cuanto determinó que no era grave la enfermedad del procesado, obedece precisamente a que este venía recibiendo en ese momento un tratamiento adecuado que no puede brindar la cárcel.

Es necesario, entonces, que se anule todo lo actuado desde la terminación de la audiencia propia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, para que se permita al médico acudir a explicar su dictamen, culmina deprecando el apelante.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Verificado el contenido de la sentencia atacada en apelación y los aspectos concretos que signan el escrito de impugnación presentado por la defensa, la Corte estima necesario abordar los siguientes temas: (i) la atipicidad objetiva, en relación con los tópicos de competencia, subsidiaridad e inmediatez, que gobiernan la acción de tutela; (ii) la causal de

ausencia de responsabilidad inserta en el ordinal 3° del Artículo 32 del C.P.; (iii) el error de tipo consagrado en el ordinal 10° del artículo en cita; y (iv) de ser necesario, la nulidad propuesta por el recurrente, para efectos de examinar la posibilidad de otorgar al procesado el sustituto de detención domiciliaria.

i. ATIPICIDAD OBJETIVA

Previo a adelantar el examen del tema en cuestión, la Corte estima necesario destacar que la verificación del asunto, como así lo solicita la defensa en su escrito de apelación, se hará dentro de los estrictos parámetros que gobernaban el estado del arte en torno de la acción de tutela, para el momento en que fueron expedidos los fallos que estiman prevaricadores la Fiscalía y el A quo.

También es tempestivo precisar que, si bien, los parámetros legales y jurisprudenciales referidos a la acción de tutela, en particular su competencia y procedencia, han sido objeto de precisiones y modificaciones que en algunos casos siembran confusión o permiten equívocos, es justo aceptar que, de igual manera, se han especificado aspectos sustanciales en la materia, no solo reiterados, sino claros en su alcance, a partir de los cuales es factible sostener que acerca de ellos no puede aducirse desconocimiento o posiciones encontradas.

Esto, por cuanto, el recurrente basa su alegación principal, encaminada a verificar inexistente la tipicidad objetiva de los tres delitos atribuidos al acusado, en la que entiende inadecuada comprensión del Tribunal respecto de tres elementos consustanciales a la acción de tutela -competencia, immediatez y subsidiaridad-, que estima efectivamente satisfechos, en contravía de lo analizado en el fallo.

La Sala, entonces, asumirá cada uno de estos factores, de cara a su implicación en las tres tutelas falladas por el acusado.

1. Competencia

Dado que la norma constitucional se ofrece bastante abierta en el tema competencial, pues, el artículo 86 de la Carta Política atribuye competencia “a los jueces”, de manera indiscriminada, para conocer de la acción de tutela, en su reglamentación se han establecido muy pocos límites funcionales –algunos de ellos referidos a la naturaleza de la entidad demandada- respecto de la posibilidad de acudir ante cualquier funcionario para el efecto.

Empero, en desarrollo de lo contemplado por el Decreto 2591 de 1991, el Decreto 1382 de 2000, fijó un ámbito algo más limitado en lo que corresponde a la competencia territorial, pues, detalló que deben conocer de la acción de tutela “los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza”, o “donde se produjeren sus efectos”.

En explicación de lo que la norma postula, la Corte Constitucional construyó una sólida jurisprudencia, vigente para cuando se presentaron las tres acciones conocidas por el aquí procesado, en la cual, además de reiterar lo contemplado en la norma respecto de la competencia territorial, explica lo que debe entenderse por “competencia a prevención”, a fin de definir que perfectamente pueden ser varios los sitios pasibles de adelantar el trámite, dado que es factible encontrar casos en los cuales uno sea el lugar en el cual se presentó la amenaza o violación, y otro aquel donde se producen sus efectos y, entonces, será de elección del demandante escoger uno de ellos

En el Auto 220 de 2010, esto anotó la Corte Constitucional:

“En el presente caso, el conflicto gira en torno a la determinación del factor territorial para establecer el funcionario competente para conocer y decidir la demanda de la referencia.

Por consiguiente, resulta necesario establecer el lugar en donde se produjo la supuesta vulneración de los derechos invocados. A juicio del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo, el lugar donde se producen los efectos de la vulneración es el mismo donde reside la accionante, es decir, en el municipio del Carmen de Bolívar. Por otro lado, el Juzgado Promiscuo del Circuito de ese municipio afirma que el factor territorial lo establece el domicilio de la entidad demandada, es decir, Sincelejo y es allí donde se presenta la violación de los derechos reclamados.

En ese sentido, es preciso recordar que el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 señala que “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.”

Respecto de esta norma, la Corte ha concluido que no necesariamente el lugar donde tenga su sede el ente que presuntamente ha violado derechos fundamentales, coincide con el sitio de ocurrencia de la vulneración;^[7] y, que la competencia no siempre corresponde al juez donde se expidió un acto violatorio, sino al del sitio donde se produzcan sus efectos, es decir, del lugar donde se presentó, ocurrió o repercutió la vulneración que se busca contrarrestar.^[8]

Ahora bien, del escrito de tutela es posible establecer que la accionante reside en el municipio de El Carmen de Bolívar, tal como lo afirma el Juez Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo, razón por la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de dicho lugar sería, en principio, competente para tramitar la acción. Sin embargo, la actora dirige la demanda contra la unidad territorial de Sucre, por considerar que es esa regional la que debe otorgarle la ayuda humanitaria solicitada.

Lo anterior, permite a esta Sala concluir que el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo, es también competente para conocer de la acción de tutela, pues es en esa ciudad donde se encuentra domiciliada la entidad accionada y por tanto, también allí podría considerarse que está ocurriendo la vulneración de los derechos de los desplazados.

De tal manera, en la medida en que la presunta vulneración se estaría generando desde Sincelejo, sede de la entidad accionada, a cuyos jueces acudió la actora y por reparto llegó inicialmente el presente asunto, “a prevención” el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo es el que debe avocar el conocimiento en primera instancia.”

Lo transcrito se hace relevante aquí, en aras de concluir que el lugar de domicilio del accionante perfectamente puede erigirse en factor de competencia territorial para efectos de instaurar la acción de tutela, incluso en los casos en los cuales la vulneración ocurrió en otro sitio.

De esta manera, importa recordar que en la tutela rotulada como Caso Número 1 por el A quo, fallada el 14 de junio de 2011, los accionantes, Alvis Ulloque Gabriel y otros, se dijeron partícipes de la huelga de ECOPETROL sucedida en el año 2004, por ocasión de la cual, al declararse ilegal por el Gobierno, fueron despedidos 248 trabajadores, ellos incluidos.

Producto de esto, señalaron los accionantes, se produjo una conciliación con la empresa, a cuya consecuencia fueron pensionados. Y si bien, otros trabajadores en similares circunstancias fueron después reintegrados, igual no ocurrió con ellos.

Por tal motivo, reclamaron que se tutelaran sus derechos, entre otros, los de asociación sindical, huelga e igualdad, para que se les reintegrara a sus labores y les fueran pagadas

las diferencias salariales.

La demanda la interpusieron a través de abogado, quien, al inicio del formato en cuestión, detalló el nombre y dirección de residencia de los accionantes, referenciando de manera expresa lugares distintos, pero todos ellos ubicados en comprensión territorial de Cúcuta.

De manera similar, en el denominado Caso 2 por el Tribunal, fallado el 25 de mayo de 2011, Óscar Manuel Monsalve Jaimes y otros, dentro del mismo espectro de la huelga ocurrida en ECOPETROL en 2004, advirtieron que en lugar de pensionárseles, fueron despedidos por ocasión de un proceso disciplinario interno adelantado por la compañía, luego de acordar terminar la huelga y obtenerse la intervención de un tribunal de arbitramento.

Dado que con posterioridad la compañía enganchó de nuevo a varios de los sancionados disciplinariamente, sin incluirse a los demandantes, estos solicitaron por vía del medio constitucional relacionado, que se les reintegrara en el cargo y les fueran pagados los salarios anteriores.

La acción también fue incoada a través de apoderado, quien detalló que sus tres poderdantes residen en la ciudad de Cúcuta, identificando la nomenclatura de los inmuebles.

Y, por último, en el referenciado como Caso 3 por el A quo, el accionante, Hernando Hernández Pardo, a través de abogado, manifestó que trabajó al servicio de ECOPETROL, amparado por fuero sindical, pero en 1992 fue denunciado por el presunto delito de rebelión, situación por la cual estuvo detenido.

Aunque, acotó, después se le absolvió y la compañía lo reintegró, dejaron de pagársele los salarios y prestaciones propios de dicho término de confinamiento carcelario, pese a que ha venido solicitándolo durante varios años, y a otros compañeros suyos en similares condiciones sí se les atendió el reclamo.

Solicitó, por ello, que mediante el mecanismo especial se le reconozcan dichos salarios y prestaciones.

En la demanda de tutela, expresamente se afirma que Hernando Hernández Pardo, reside en “la Avenida 9 N° 15-70 Barrio Páramo Cúcuta.”

Acorde con lo contemplado en la normatividad regulatoria de la acción de tutela y lo que sobre el particular ha expresado la Corte Constitucional, en términos de competencia territorial a prevención, para la Sala surge evidente que, en principio, el Juzgado Tercero Penal del Circuito Laboral de Cúcuta, tenía competencia para adelantar el trámite de las tres demandas reseñadas.

Ya se tiene claro que la acción no solo puede ser instaurada en el lugar de la amenaza o vulneración, sino que es posible abarcar en condición similar el sitio donde produce sus efectos, que perfectamente puede hermanarse con la residencia o habitación del afectado para cuando presenta la demanda.

Si, como en los tres casos examinados, los trabajadores alegan desmejoras en sus condiciones económicas o estabilidad laboral por consecuencia de los que estimaron actos abusivos de la empresa, es perfectamente posible concluir que dichos efectos encuentran materialización territorial adecuada en su sitio de domicilio.

Lugar de residencia, se destaca, expresamente reseñado en las respectivas demandas, con dirección específica.

No obstante ello, en la sentencia impugnada el fallador advierte que no se cumplió el presupuesto de competencia territorial y debe asumirse responsable del delito de prevaricato por acción al funcionario judicial, con base en dos afirmaciones: (i) el acusado fue advertido por la empresa demandada, en las tres contestaciones, de que no se cumplía el aspecto territorial, pero nada hizo al respecto; y (ii) en el contenido de los fallos el

procesado admite su competencia a través de una explicación inaceptable

A cada afirmación del Tribunal, la Corte responde de la siguiente forma:

(i) No es cierto, como se anota en un apartado de la sentencia atacada, que en su respuesta como demandado, la representación legal de ECOPETROL hubiese manifestado de forma expresa o tácita que los accionantes –en los tres casos-, “no residían en la ciudad de Cúcuta”.

Solo en la respuesta brindada por ECOPETROL al denominado Caso 1, se anotó “...Los reconocimientos pensionales efectuados mensualmente por Ecopetrol S.A. a los mismos, se efectúan de conformidad con las supervivencias presentadas de manera periódica por cada uno de ellos, que demuestran su domicilio y que de conformidad con las certificaciones anexas a la presente, demuestran que estas no se constituyen ni en la ciudad de Cúcuta, ni en los municipios que constituyen la jurisdicción de los Jueces Ordinarios de este Circuito”.

A su turno, en el Caso 2, la respuesta de la entidad, luego de señalar que no existe competencia territorial en el Juzgado Laboral del Circuito de Cúcuta, expone como motivación:

“Los accionantes no laboraron para ECOPETROL S.A., en la ciudad de Cúcuta, ni en los municipios que comprenden la jurisdicción de los Jueces Ordinarios del Circuito de Norte de Santander. De igual manera, ECOPETROL S.A. no les pago a los accionantes ni les ha pagado salarios o bonificaciones en la ciudad de Cúcuta o en los municipios que constituyen la jurisdicción de los Jueces Ordinarios de este Circuito, toda vez que el lugar de trabajo de los accionantes correspondió Al Complejo Industrial de Barrancabermeja u otros, en donde recibieron sus salarios y la bonificación extralegal y fue allí donde se produjo la presunta vulneración cuya protección constitucional se pretende.

Aunado a lo anterior, la comunicación en donde ECOPETROL S.A. da por terminado el

contrato individual de trabajo por justa causa a los accionantes, es notificada en Barrancabermeja, pues se reitera, los accionantes prestaban sus servicios en dicha ciudad, luego es allá donde se aplica el criterio territorial de competencia”.

Por último, en el Caso 3, la contestación de la demanda también relaciona el tema de la incompetencia del juez, que en este caso basa, primero, en que el proceso penal por el cual finalmente fue absuelto el demandante, se adelantó en Bogotá; y segundo “De acuerdo a la certificación expedida por ECOPETROL S.A. y los argumentos esgrimidos por el libelista, se evidencia que el domicilio del accionante y el lugar de trabajo en el que prestó sus servicios el señor HERNÁNDEZ fue en Barrancabermeja, ciudad completamente distintas (sic) a Cúcuta...”.

Como se aprecia, en los Casos dos y tres ninguna alusión directa se hace al lugar de residencia de los accionantes, sino que se interpreta de manera restrictiva el concepto de afectación, para limitarlo al sitio donde se produjo la vulneración o amenaza.

En el Caso 1, sí se hace expresa alusión al lugar de residencia de los accionantes, pero no porque de verdad se conozca efectivamente que ellos no se hallan domiciliados en el sitio advertido en la demanda de tutela, sino por ocasión de verificar que los certificados de supervivencia se expiden en otros municipios.

En la parte motiva del fallo que ahora examina en segunda instancia la Corte, el apartado destinado a estudiar el fenómeno de la incompetencia territorial, si bien, dedica algunos espacios a determinar lo que esta Corporación entiende por tal en su jurisprudencia, jamás se hace un examen siquiera aislado de las razones que llevan a advertir, en el caso concreto, la inexistencia del dicho requisito.

Apenas se anota que en sus contestaciones la demandada dijo incumplido ese factor, sin explicar si el domicilio del accionante puede o no representar condición material suficiente respecto de ese fin; pero después, sin más, se sostiene que lo replicado por ECOPETROL

obligaba al funcionario a “manifestarse frente a los evidentes indicadores de falta de competencia”.

Nunca especificó el A quo, cuáles son, para los tres casos “los evidentes indicadores de falta de competencia”.

Tampoco precisó por qué la competencia no podía asumirse a partir de las manifestaciones expresas de los accionantes, consignadas en las demandas, de residir en la ciudad de Cúcuta, ofreciendo direcciones precisas y teléfonos de esa urbe.

Si se tiene claro, como se decantó líneas atrás, que perfectamente el sitio de residencia o domicilio de los demandantes, acorde con los casos concretos examinados, sirve de factor suficiente de competencia territorial a prevención, y no se discute que los demandantes escogieron, de las varias opciones, una de ellas, debió señalar el A quo por qué el despacho a cargo del procesado no contaba con competencia.

Pero, si lo que pretendía el fallador de primer grado, era establecer que los accionantes, en uno o varios de los tres casos referenciados, no residían efectivamente en la ciudad de Cúcuta y, por ende, no era posible instaurar allí la acción, debió también especificar por qué no era posible atender a lo que expresamente, bajo la gravedad del juramento, consignaron ellos en el escrito accionario, o cuando menos, detallar qué procedimiento obliga al juez constitucional a verificar siempre esa manifestación.

Huelga anotar que aspectos tales como la informalidad, celeridad y buena fe, insertos en el trámite de la acción de tutela, conducen a aceptar como ciertos, en principio, los hechos que se referencian en las demandas, sin que a ello se oponga de manera seria y suficiente que en una de estas -Caso 1-, el demandado se limite a afirmar que los certificados de supervivencia aportados a la empresa por los trabajadores, con el fin de recibir su pensión, fueron expedidos en lugar diferente.

Desde luego, si después se demuestra –algo que no sucedió en ninguno de los asuntos- que los accionantes mintieron, es factible adelantar las acciones pertinentes, que incluso pueden influir en el trámite de la tutela o el resultado de lo pedido. Pero de allí no se sigue que sea del resorte del juez constitucional verificar al detalle ese aspecto u otros cobijados, se repite, por la presunción de buena fe inserta en el artículo 83 de la Carta Política.

Para la Sala, en conclusión de este tópico, lo manifestado por los accionantes en las respectivas demandas, diciéndose todos residentes en la ciudad de Cúcuta –sitio donde se producían los efectos nocivos de los actos atribuidos la empresa accionada-, cubría a satisfacción el elemento de competencia territorial a prevención, bajo cuyo influjo estaba completamente legitimado el juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, para asumir el conocimiento del asunto.

(ii) Asiste completa razón al apelante cuando sostiene que el Tribunal desdibujó por completo la esencia del requisito de competencia territorial y sus efectos respecto del delito de prevaricato por acción, cuando hizo recaer en la indebida justificación del procesado, al interior de la motivación de los fallos de tutela, la tipicidad objetiva del reato.

En efecto, el fallo de primer grado se ocupa de examinar lo referido en dichas providencias, particularmente, que la competencia era asumida en razón del carácter “nacional” de ECOPETROL y su influjo en todo el país.

Desde luego que esa afirmación del acusado, inserta en las providencias que se tildan de prevaricadoras, no se aviene con los antecedentes que sobre la materia existen, ni justifica, en consecuencia, la asunción de competencia en dichos asuntos.

Pero, de allí no se sigue que el procesado no gozara de competencia para el efecto, por los motivos ampliamente referidos en precedencia, ni mucho menos, que las decisiones puedan referirse como manifiestamente contrarias a la ley, en términos del tipo penal de prevaricato por acción.

Si lo que se consigna como delictuoso es que se hubiese asumido competencia sin poseerla, circunstancia ya descartada, resulta intrascendente, en términos del tipo objetivo de prevaricato por acción, advertir que a la legítima intervención judicial se llegó por el camino de una inadecuada motivación o por razones ajenas a los verdaderos factores que gobiernan el tema, simplemente porque ello emerge insustancial respecto de la conducta atribuida al acusado, en el entendido que la actuación, finalmente, no se refleja en ningún resultado dañoso.

Vale decir, el comportamiento del acusado, reflejado en las razones que adujo para justificar la asunción de competencia, podría tener algún efecto probatorio, de cara a la configuración del dolo, entre otras opciones, si se demostrase que, en efecto, no era el competente para adelantar el trámite.

Acorde con lo referido en los acápites anteriores (i) y (ii), debe señalarse por la Corte, que el delito de prevaricato por acción atribuido al procesado, en los tres casos objeto de examen, no se configura, en su cariz objetivo, por el elemento de competencia.

2. Inmediatez

El término de inmediatez, por superación de uno de caducidad inexistente, a manera de requisito de procedibilidad de la acción de tutela, no cuenta con un hilo conductor sólido que permita verificar un espacio cronológico específico o siquiera un lapso determinable en el cual se encierre la posibilidad o no de acudir al remedio constitucional.

Como se cita en el fallo cuestionado, la Corte Constitucional acude, para el efecto, a criterios como el de razonabilidad, pero siempre de cara al caso concreto y sus particularidades, de manera que, expone la Sala, no existe una norma, ni mucho menos, un rasero concreto que permita significar, sin más, que con discurrir un determinado lapso, se

ha cubierto o no el considerado razonable para instaurar el mecanismo constitucional.

Precisamente, el que la inmediatez se obligue determinar en cada caso concreto y los criterios de definición asomen aleatorios, cuando no meramente subjetivos, advertiría de la inexistencia de una “ley” o norma a partir de los cuales delimitar que la actuación del funcionario judicial, sobre este particular concepto, puede o no ser prevaricadora, si se entiende que lo perseguido con el tipo penal no es la simple separación o contrariedad, sino aquel comportamiento “manifiestamente contrario a la ley”.

A este efecto, el fallador A quo se ocupó de definir, acorde con su criterio, que no era razonable el plazo ocupado por los accionantes, en los tres casos, para acudir al juez constitucional, pues, los hechos generadores del daño ocurrieron, todos, en el año 2004.

Así definido el límite de los hechos, podría ser factible aducir que, en efecto, discurrieron cerca de 6 años para que se presentaran las acciones y de esta manera el plazo razonable habría sido superado con suficiencia.

Empero, también en seguimiento de la jurisprudencia expedida por la Corte Constitucional, el apelante aduce que, no solo los actos estimados vulneratorios de derechos fundamentales, siguieron prolongándose con el tiempo, sino que los demandantes, motu proprio o por intermedio del sindicato, continuaron adelantando actividades de todo tipo para buscar su reintegro a la compañía o el pago de prestaciones y salarios atrasados, a los que creían tener derecho.

Incluso, se acota por la defensa, la vulneración se actualizó en 2009, dado que ECOPETROL realizó un pacto con trabajadores que se hallaban en similares circunstancias a las de los accionantes reseñados en los casos 1 y 2, pero en el mismo no se incluyó a estos.

Al proceso se anexaron múltiples pruebas documentales que dan cuenta de las acciones que, con ocasión de la huelga sucedida en el año 2004 en ECOPETROL y las medidas

tomadas por ocasión de su declaratoria de ilegalidad, adelantó el sindicato de la empresa, gracias a las cuales, en años sucesivos, se

presentaron múltiples solicitudes a la OIT, que a la vez generaron reiteradas recomendaciones de su Comité de Libertad Sindical.

Debe resaltarse que las solicitudes de ECOPETROL y otros organismos, ante la OIT, dijeron relación expresa y central con la huelga de 2004 y los efectos de esta.

Pero, además, que en recomendaciones expedidas por el Comité de Libertad Sindical durante los años 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009, directamente se refirió a la huelga y sus efectos, para solicitar que se efectuara el reintegro de los trabajadores.

Finalmente, cabe recordar, la intervención de las instancias internacionales condujo a que se lograra un acuerdo definitivo entre el sindicato y ECOPETROL, que benefició a todos los trabajadores afectados con las decisiones posteriores a la huelga en reseña.

Como se aprecia, el tema concreto de la huelga y sus efectos estuvo siempre vigente, hasta derivar en decisiones de la empresa que redujeron el daño causado, una de ellas ocurrida en 2009, con un pacto que no favoreció a los accionantes de los Casos 1 y 2, en actualización de la afectación inicial que también provocó invocar en las respectivas acciones la vulneración del derecho a la igualdad.

Estas circunstancias, razona la Corte, perfectamente pudieron ser estimadas por el

acusado, dentro del campo de indeterminación que acompaña, como se dijo, el requisito de inmediatez, para advertir una actuación constante dirigida a hacer cesar la vulneración de derechos.

Máxime que en situaciones similares la Corte Constitucional avaló la concesión del amparo, pese al paso de los años.

Esto señaló, precisamente en referencia a un asunto pensional, en la Sentencia T-217:

“En los casos en que se discuten derechos pensionales, la jurisprudencia constitucional en virtud del artículo 53 de la Constitución de 1991, establece que la inmediatez no puede ser entendida como un requisito de procedibilidad severo, ya que la vulneración de ese derecho subsiste en el tiempo por ser un derecho irrenunciable que no prescribe, por lo que es irrelevante el tiempo transcurrido entre la actuación que vulnera el derecho y el momento en el que se interpone la acción. En esos casos es deber del juez constitucional analizar el caso concreto.”

Algo similar puede predicarse del Caso 3 -la tutela se presentó el 11 de junio de 2011-, como quiera que aquí, tal cual consigna el defensor en el recurso, la afectación pudo persistir durante el tiempo que al accionante se le dejaron de pagar los salarios y prestaciones que, señaló, se le debían por ocasión del tiempo en que estuvo detenido, y la pretensión fue actualizada en 2009, cuando solicitó a la empresa que se hiciera dicho pago, obteniendo respuesta negativa el 7 de octubre de 2010.

Desde luego, la Corte no está significando necesariamente, que la decisión del acusado de asumir cubierto el requisito de inmediatez en los tres casos, es la mejor o más adecuada.

Pero, como se trata exclusivamente de verificar si se cumple el presupuesto normativo del tipo penal, en lo que refiere a que la decisión opere manifiestamente contraria a la ley, sí se alza necesario advertir que este particular elemento no se verifica evidente o inobjetable en

los asuntos examinados, independientemente de que se tenga una mejor o más elaborada propuesta acerca del tópico, existentes como se aprecian muchos factores que tornan cuando menos discutible el tema.

3. Subsidiaridad

A diferencia del tópico de inmediatez, el tema de la subsidiaridad de la tutela ha sido tratado de manera amplia, objetiva y suficiente por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, de manera que se trata de un asunto conocido por los jueces en su función constitucional tuitiva de derechos fundamentales.

Tal cual se anota en el fallo de primer grado, la subsidiaridad del mecanismo especial implica que solo se acude a este cuando no existe un medio ordinario idóneo para restablecer o proteger el derecho fundamental, lo que obliga del afectado acudir en primer lugar a esas vías.

En los casos en los cuales se acuda al remedio constitucional, entonces, es necesario demostrar que el medio ordinario no existe, no es idóneo, o resulta insuficiente para la protección adecuada del derecho; aun cuando, así mismo, puede interponerse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en cuyo caso ha de demostrarse la posibilidad de este.

En asunto laboral similar a los que ahora se examinan, la Corte Constitucional precisó en la Sentencia T-145 de 2011:

“3.2. Subsidiariedad de la tutela.

El artículo 86 de la Constitución prescribe sobre la acción de tutela que “(...) Esta acción solo 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”.

Así las cosas, esta acción es de carácter excepcional y subsidiario. Esto es, únicamente procede cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial o, en el evento en el cual, a pesar de existir el medio de defensa, este no resulte idóneo para la protección del derecho y se hace necesaria la adopción de una medida transitoria que evite la ocurrencia de un daño irremediable. En este sentido, la Corte Constitucional ha precisado en abundante jurisprudencia que “cuando el juez de tutela deba decidir en relación con la vulneración o amenaza de un derecho fundamental habrá de verificar si existe o no otro medio de defensa judicial ante el cual pueda ventilarse el conflicto.”[26]

Este precepto constitucional ha sido desarrollado en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991[27] en el cual se reitera la improcedencia de la tutela en aquellos casos en que existan otros medios de defensa judiciales de los cuales pueda hacer uso el accionante.[28] En este sentido, la Corte Constitucional ha reiterado en múltiples oportunidades que en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser, en principio, resueltos por las vías ordinarias, tanto jurisdiccionales y administrativas, y sólo es posible la procedencia de la acción de tutela cuando las mencionadas vías no existan o no resulten adecuadas para proteger los derechos del recurrente.[29]

Esta restricción no es caprichosa. En realidad, tiene el objetivo de salvaguardar las

competencias atribuidas por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades judiciales. De esta forma, se garantizan la independencia judicial y uno de los fundamentos del debido proceso como la aplicación de los procedimientos debido a cada caso concreto.

De manera específica, la jurisprudencia de la Corte ha hecho referencia a la procedibilidad de la tutela contra los actos administrativos. En este sentido, como regla general se ha señalado que no es la acción de tutela la adecuada para discutirlos. Son más apropiados los procedimientos de la jurisdicción contencioso administrativa.[30] En principio, es la jurisdicción contenciosa la llamada a estudiar y resolver los conflictos que se originen con ocasión de la expedición de un acto administrativo.

No obstante, esta Corporación ha indicado que este no resulta un principio absoluto y, por tanto, ha creado excepciones claras y específicas, en las cuales procede la tutela como mecanismo transitorio, a saber[31]:

- (i) si las vías ordinarias no resultan eficaces para restablecer el derecho,
- (ii) si se hace necesaria la intervención inmediata del juez constitucional para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

Así las cosas, de acuerdo con la primera, es posible la protección por vía de tutela cuando el mecanismo judicial alternativo no resulta eficaz para la protección de derechos. La Corte ha precisado esta regla manifestando que:

“La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral, en este caso, es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales”[32].

La segunda excepción se refiere a los casos en que el accionante logra demostrar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procede esta acción como mecanismo transitorio de protección[33]. Sobre este punto la Corte ha indicado “(...) (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”[34]. Así, por ejemplo, puede proceder la tutela a pesar de existir vías judiciales alternas cuando se ve afectado el mínimo vital del accionante o sus condiciones físicas permiten pensar que se encuentra en un especial estado de indefensión y de no intervenir de inmediato el juez constitucional se produciría un daño irremediable.

De manera más específica aun, la Corte ha indicado que si bien normalmente la tutela no es el mecanismo idóneo para debatir el cobro de acreencias laborales, pues las vías laborales

ordinarias resultan adecuadas para solucionar este tipo de problemas, ha considerado que excepcionalmente puede utilizarse la tutela para esos efectos “cuando quiera que el no pago de las mismas pone en peligro o atenta en contra de los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la subsistencia”[35]del beneficiario y su familia[36].

En suma, está jurisprudencialmente establecido que la acción de tutela sólo procede cuando no existen mecanismos judiciales alternos de defensa. Pero este principio tiene dos excepciones: la primera, se refiere a la necesidad de que la vía judicial ordinaria sea eficaz para la protección del derecho y, la segunda, cuando existe la proximidad de un daño irremediable para el actor[37].

La Sala observa que, en el caso concreto, la accionante tiene otros recursos para discutir la legalidad y constitucionalidad de los actos administrativos acusados, por ejemplo, todos los recursos de la vía contencioso administrativa, o, por tratarse de cuestiones laborales, la vía prevista en el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo. Sin embargo, también hay que indicar que la accionante fue calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, el 29 de enero de 2009, con una incapacidad de 50,16%. De tal suerte que la accionante se encuentra en un estado que le impide trabajar y, por tanto, es sujeto de especial protección constitucional. Adicional a su enfermedad, su edad de 67 años acentúa su imposibilidad de entrar al mercado laboral. Siendo esto así, se hace necesaria la intervención del juez de tutela para evitar la ocurrencia de un daño irremediable en los derechos de la accionante, toda vez que su imposibilidad de trabajar y su precario estado de salud hace presumir la vulneración al mínimo vital y la urgencia de la intervención del juez de tutela. Siendo esto así, se cumple uno de los presupuestos de la jurisprudencia para la procedencia excepcional de la acción de tutela a pesar de la existencia de otros mecanismos

de defensa judicial. Por tal motivo, la Sala, en contra de lo establecido en las instancias, procederá a su estudio de fondo”.

El criterio expuesto por la Corte Constitucional en la decisión citada, cabe relevar, se asume objetivo y pacífico, en reiteración de otros anteriores, sin posibilidad de asumir algún tipo de confusión u oscuridad que impida verificar los principios que lo animan y su efecto respecto de cada caso concreto.

De lo expuesto por la alta Corporación, en lo que corresponde a los asuntos aquí examinados, es posible extractar como reglas definidas que: (i) la acción de tutela opera subsidiaria y excepcional, de lo que se sigue que en la generalidad de los casos es necesario agotar las vías ordinarias –administrativa o judicial-; (ii) los conflictos laborales y administrativos se guían por estas mismas reglas; incluso, no es la tutela un medio efectivo para obtener el pago de acreencias laborales; (iii) es factible acudir a la tutela, aun existiendo medios ordinarios, si se demuestra que estos no cubren en su integridad los derechos objeto de protección, o si resultan extemporáneos o insuficientes para evitar un perjuicio irremediable, en cuyo caso ha de utilizarse el remedio especial como mecanismo transitorio; (iv) algunas circunstancias, entre ellas la edad y el estado de salud de la persona, hacen presumir la afectación del mínimo vital y permiten acudir a la tutela como mecanismo para evitar un perjuicio irremediable.

Así las cosas, en los tres casos objeto de examen por el acusado, era necesario verificar, para efectos de otorgar, como lo hizo, la protección especial a los demandantes en tutela: (i) que no existía ningún mecanismo ordinario para proteger los derechos en juego, o que este no era idóneo por no proteger a satisfacción todos estos derechos; o (ii) que pese a ello se trataba en estos casos de un mecanismo transitorio para precaver un perjuicio irremediable fruto, entre otros, de algún estado de desprotección de los accionantes o la afectación palpable de su mínimo vital.

Para efecto de examinar el tema, debe partir la Sala por auscultar lo aducido en cada caso por los accionantes y lo que sobre el tema específico de la subsidiaridad se dijo en las sentencias proferidas por el acusado.

1. CASO 1

En el escrito de tutela presentado por el apoderado de los trabajadores, este afirma que fueron pensionados por ECOPETROL, luego de que se les forzara a conciliar con la empresa, so pena de sancionarlos por haber intervenido en la huelga declarada ilegal.

Aseveran, así mismo, que se trata de hacer valer las recomendaciones de la OIT, de las cuales la Corte Constitucional dijo –se cita la Sentencia T-603 de 2003-, que solo cuentan con la tutela como medio jurídico para su cumplimiento.

Sin embargo, sostienen que “varios de los accionantes han iniciado la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyas demandas llevan más de tres años en los respectivos juzgados”.

Y, respecto de la existencia de algún tipo de perjuicio irremediable, se anotó: “...sí están demostrados plenamente los perjuicios irremediables de verdad, porque nunca se podrán recuperar el sosiego en las familias de los desvinculados, ante la vida tortuosa que se produce en los hogares de los desempleados y la inestabilidad laboral, la precariedad económica de un obrero de estrato socio-económico bajo y de indigencia, cuando este queda cesante, los hijos, la familia, la vida en comunidad se deteriora a extremos que la inestabilidad psicológica de los individuos de un hogar de un despedido es irremediablemente irreversible”.

En el fallo de tutela, emitido el 14 de junio de 2011, el acusado, en torno del tópico de

subsidiaridad, anotó que este tipo de conflictos “carece de fundamento normativo y de un procedimiento para su solución, además de no estar asignado a ninguna autoridad competente”; por ello, dado que no existe un mecanismo idóneo que permita a los accionantes obtener su reintegro laboral, debe estimarse procedente la acción de tutela, pese a “no observarse un perjuicio irremediable”.

De entrada, la Corte aprecia la impropiedad del fundamento esgrimido por el procesado para soportar el cumplimiento de la excepción al principio de subsidiaridad, a partir del cual se le facultaba examinar de fondo la cuestión.

En efecto, en la misma demanda de tutela se afirmó que algunos de los accionantes –cuyo nombre no se precisa– acudieron al contencioso administrativo e instauraron una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuya decisión final aún no se había obtenido.

Ello determinaba inexorable concluir que sí existían mecanismos para obtener la satisfacción de los derechos aquí reclamados.

Si se consideraba que dichos mecanismos no eran idóneos porque no cubrían todo el espectro de los derechos reclamados, era del resorte del funcionario explicar dicha limitación o advertir cómo era necesario un criterio más expansivo.

En este mismo sentido, si la demanda señaló que algunos acudieron al medio judicial ordinario y otros no, también debería haberse examinado la razón de omitir valerse de esos procedimientos, dado su efecto respecto de la legitimidad para presentar la acción de tutela.

Pero, además, resulta contradictorio, frente a lo enunciado previamente, que en la misma decisión se sostenga: “...no se puede desconocer que cuando se está frente a un caso, en el que los trabajadores firmaron actas de conciliación, a través de las cuales dieron por terminada su relación laboral, la tutela se hace improcedente, toda vez que el Juez

Constitucional no puede olvidar el efecto vinculante de las actas de conciliación, salvo que se advierta que se ha ejercido presión sobre los trabajadores para que las suscriban o que existe evidente adulteración respecto de su contenido, en relación con lo cual, existe otro mecanismo de defensa judicial idóneo al cual corresponderían acudir los accionantes”.

Si se tiene claro que la pensión a la cual accedieron los accionantes vino fruto de una conciliación, la conclusión, a la cual acertadamente se llega en el párrafo transcrito, era que no podía habilitarse la tutela dada la existencia de un mecanismo idóneo de defensa judicial, en el caso que se pretendiera demostrar presión en contra de los trabajadores.

Pese a ello, se decidió lo contrario, que así planteado, desde luego, representa ostensible desviación del principio total de subsidiaridad.

Ahora, en la apelación del fallo de condena, el defensor del acusado postula que las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, son de obligatorio cumplimiento en Colombia, acorde con la vinculación del país a ese organismo.

La Corte advierte que, en efecto, asiste la razón al defensor en lo que a este punto atañe, pues, con suficiencia se relacionó –incluso en la demanda de tutela del caso analizado se aludió a la sentencia T-603 de 2003– la jurisprudencia de la Corte Constitucional que determina el carácter de obligatorias para todos los organismos del estado, de tales recomendaciones, que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad y deben ser objeto de consideración de los jueces para hacerlas aplicar.

Ello, desde luego, desvirtúa de entrada la argumentación contenida en el fallo de primer grado, atinente a que los acuerdos suscritos por la empresa ECOPETROL con los trabajadores, fruto de las recomendaciones de la OIT, solo tienen un alcance político y no deben ser objeto de análisis de los jueces al resolver las cuestiones atinentes a los derechos de los trabajadores.

Se repite, dichas recomendaciones sí son normas imperativas que deben aplicar los jueces y han de nutrir el examen que amerita cada caso concreto cuando, como aquí sucede, el Pacto de 2009 suscrito con algunos trabajadores, que dejó por fuera precisamente a los accionantes, vino consecuencia de las recomendaciones de la OIT, dirigidas a que se reintegrara a quienes fueron despedidos por ocasión de la huelga declarada en el año 2004.

Sin embargo, ello no significa que las recomendaciones de la OIT cuenten con un plus que demande atender sus designios, en todos los casos, por vía de tutela, superando los condicionamientos de subsidiaridad establecidos para el mecanismo constitucional.

Tampoco es cierto, pese a que en la demanda se anota que el único medio eficaz para hacerlas valer es la tutela, a partir de examinar de forma descontextualizada el tenor literal de lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia T-603 de 2003, que no deba examinarse en cada caso la existencia e idoneidad de los mecanismos ordinarios establecidos para el efecto.

En el Caso 1 examinado, es patente e indiscutible que los accionantes contaban con otro medio de defensa judicial, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que nunca se demostró ineficaz o carente de suficiente espectro tuitivo, al punto que algunos de los demandantes acudieron a ella.

Y si se dijera que la tutela se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable producto, para el caso, de la demora en el trámite de lo contencioso administrativo, habría que significar que incluso el acusado desechó dicho perjuicio expresamente, pero, además, que el mismo no fue demostrado ni se avizora en el caso concreto, entre otras razones, porque se acepta que todos los demandantes perciben la pensión y nunca se individualizó a cada uno de ellos para verificar su condición particular, a más que la manifestación contenida en la demanda, que antes se transcribió, relaciona una

serie de afirmaciones genéricas acerca de supuestas afectaciones comunes a todas las personas, que no superan el campo retórico.

Por lo demás, en la Sentencia T-171 de 2011, que ha sido ampliamente relacionada por el defensor para hacer ver que, finalmente, la Corte Constitucional avaló lo resuelto por la Sala Laboral del Tribunal en estos casos, protegiendo los derechos de los trabajadores, expresamente la Corporación se pronuncia respecto de la procedencia de la acción, para advertir que existían otros mecanismos ordinarios de defensa judicial y no se visualiza la existencia de un perjuicio irremediable, razón por la cual las instancias debieron negar el amparo.

Esto acotó, en lo pertinente, la Corte Constitucional.

“Los accionantes admiten en su escrito de tutela y así lo reitera la propia empresa accionada, que cuentan con otro medio de defensa judicial para controvertir las sanciones impuestas en los procesos disciplinarios que se adelantaron en contra de quienes participaron en la actividad sindical, al que han acudido algunos de ellos a través de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho ante la justicia contencioso administrativa, sin que a la fecha hayan sido resueltas. Es de anotar que algunos de ellos instauraron acciones de tutela para lograr la protección de los derechos que consideran vulnerados, las cuales fueron resueltas de manera adversa a sus pretensiones, otros instauraron procesos especiales de fuero sindical y reintegro ante la justicia ordinaria laboral, en los que fue absuelta la empresa demandada y algunos de ellos iniciaron la acción ordinaria laboral.

En efecto, de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente se tiene que los accionantes Germán Luís Alvarino Soracá, Ramón Manduano Urrutia, Genincer Eliecer Parada Torres, Julio Flórez Oses, Nelson Giovanny Franco, Mendoza, Juan Carlos Espinosa

Rey, Gerben Linington Castro Salazar, Nelson Abril Hernández, Eloy Arturo Vargas Marimon, Alexander del Cristo López, Omar Darío Gómez Galeano, Olibardo Vera Barón, Dagoberto Tovar Gómez, Germán Emilio Sánchez Martínez y Jimmy Alexander Patiño Reyes, instauraron acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, que no han sido resueltas en tanto que se encuentran en etapa probatoria[26].

Respecto de los demás actores, no aparece en el expediente prueba alguna que demuestre que hicieron uso del mecanismo judicial idóneo a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Es de advertir, que en caso de que no la hubieren presentado, tal omisión no podrá ser subsanada mediante la acción de tutela, puesto que el mecanismo constitucional se torna improcedente para revivir términos vencidos o para subsanar las omisiones de los demandantes.

Por otra parte, revisada la página de consulta de actuaciones procesales de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se tiene que el proceso de simple nulidad contra la Resolución No.00116 de 2004 que decretó la ilegalidad del cese de actividades adelantado el 22 de abril de 2004, instaurado por la Unión Sindical Obrera – USO y otros en contra del Ministerio de la Protección Social, no ha sido resuelto, encontrándose actualmente al Despacho para fallo.[27]

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que en los casos en que exista otro mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales que se consideran vulnerados, como sucede en el presente asunto, la acción de tutela es procedente como

mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable.

Sin embargo, a juicio de esta Sala no se encuentra la existencia de un perjuicio inminente que haga procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, si además se tiene en cuenta que en agosto de 2009, los actores fueron beneficiados con la partida económica que la empresa otorgó a la organización sindical para brindar apoyo a los trabajadores que no fueron reintegrados o vinculados nuevamente.

Es de anotar que la Corte Constitucional, en varios pronunciamientos en los que analizó casos semejantes a los que ocupan la atención de esta Sala, consideró la improcedencia del mecanismo constitucional ante la existencia de otro medio de defensa judicial y la no ocurrencia del perjuicio irremediable, siendo demandantes incluso algunos de los aquí accionantes.

Así, en la Sentencia T-404 de 2008, en la que resolvió las acciones de tutela instauradas, separadamente por Alexander Del Cristo López y Ángel de Jesús Díaz Rodríguez contra Ecopetrol S.A., por la vulneración al debido proceso, al buen nombre, al trabajo, a la libre asociación, a no ser juzgados dos veces por lo mismo y a la igualdad, por haber sido sancionados con destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos, la Corte tuvo en cuenta las siguientes consideraciones para negar el amparo:

“En consecuencia, no le compete a esta Sala pronunciarse sobre la vulneración de los

derechos fundamentales en el ámbito de las actuaciones administrativas a las que se hace mención, porque ello equivaldría avanzar sobre la validez de la Resolución 00116 de 2004 y sus efectos en la actuación disciplinaria, tomando partido en las controversias, desconociendo el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela y de contera la autonomía e independencia de los funcionarios judiciales competentes para dilucidarlas, establecida en el artículo 230 del ordenamiento constitucional.

(...)

De manera que la organización sindical accionante y los señores Del Cristo López y Díaz Rodríguez deberán aguardar el pronunciamiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, comoquiera que la presunción de legalidad que reviste la actuación del Ministerio de la Protección Social, en tanto la jurisdicción competente no diga lo contrario, no permite al juez de tutela pronunciarse sobre el restablecimiento de la situación laboral de los accionantes, quienes atendiendo el llamado de la organización sindical y haciendo caso omiso de la ilegalidad de la actividad, participaron en el cese y persistieron en él.

(...)

De manera que las providencias serán confirmadas, porque compete a la jurisdicción de lo contencioso administrativo resolver sobre la legalidad de la Resolución 00116 de 2004 y a la justicia del trabajo, una vez resuelto el asunto de la competencia, pronunciarse sobre el restablecimiento de las condiciones laborales de los trabajadores accionantes, en uno y en otro caso, con sujeción al ordenamiento constitucional que garantiza el derecho de huelga salvo en los servicios públicos esenciales y teniendo presente las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, dentro del marco de los Convenios 87 y 98 de la OIT,

relacionadas con la regulación de la huelga en “el sector petrolero, pudiendo preverse un servicio mínimo negociado de funcionamiento, con la participación de las organizaciones sindicales, el empleador y las autoridades públicas”.

Por su parte, en la Sentencia T-892 de 2008, que conoció de las acciones de tutela instauradas separadamente por Ricardo Harold Forero Rondano y Nelson Giovanni Franco Mendoza, contra ECOPETROL S.A. para solicitar su reintegro por la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad, el trabajo, la asociación sindical y la aplicación de normas internacionales de carácter vinculante para Colombia, consideró la Corte que las acciones de tutela interpuestas no eran procedentes dado que los actores contaban con los medios ordinarios de defensa judicial y no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable:

“Adicionalmente los accionantes, como ellos mismos lo admiten, cuentan con otro medio de defensa judicial, cual es el de acudir ante la justicia ordinaria con el fin de obtener el reconocimiento de sus derechos por lo cual dado el carácter subsidiario de la tutela no es viable su ejercicio y, en todo caso, salvo una evidente vulneración de los derechos fundamentales en el trámite del proceso disciplinario, que no se observa en los casos que se analizan, la aspiración de reintegro no puede ser definida en sede de tutela, pues ella involucra una discusión que compete a otras autoridades.

Por otra parte no es posible invocar la violación del principio de igualdad por la existencia de fallos disciplinarios y de tutela diferentes a los proferidos respecto de los actores pues éstos no demostraron que se encontraban en igualdad de condiciones frente a quienes

también fueron investigados disciplinariamente o amparados por los jueces constitucionales con lo cual no es posible establecer una comparación que permita definir la existencia de una violación del derecho a la igualdad.

Tampoco es procedente el amparo como mecanismo transitorio, pues no se demostró la existencia o inminencia de un perjuicio irremediable que solo pudiera conjurarse con la intervención del juez constitucional.”

En otros casos de contenido similar, en los que los actores han pretendido el cumplimiento de las recomendaciones proferidas por organismos internacionales con fuerza vinculante, además de las consideraciones ya expuestas en precedencia, la Corte estimó que los actores habían agotado los recursos judiciales legalmente previstos para la defensa de los derechos laborales y por tanto concedió el amparo.

En la sentencia T-568 de 1999, al estudiar la solicitud de reintegro con base en la recomendación consignada por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, instaurada por trabajadores sindicalizados de las Empresas Varias de Medellín que fueron despedidos por participar en el cese de labores cuya asamblea permanente fue declarada ilegal por el Ministerio del Trabajo, la Corte explicó que: “(...) los trabajadores agotaron todas las vías posibles para reivindicar sus derechos, en los tribunales nacionales. En cada una de las oportunidades en que se presentaron ante los jueces, invocaron las normas de derecho constitucional y las de derecho internacional que les asisten; en todos los casos, sin excepción, los tribunales desdeñaron las normas internacionales que les reconocen derechos a los demandantes, y citaron nuevamente las disposiciones de derecho interno

(preconstitucional, modificado de manera importante por la nueva Carta) como fundamento para negar sus peticiones.”

Por su parte, en la Sentencia T-603 de 2003, siendo demandante el Presidente de la Asociación Sindical de Empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (ASEINPEC) y otros y demandado el INPEC, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo y a la libertad sindical por el hecho de haberse sustraído la entidad al cumplimiento de las recomendaciones emitidas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT que ordenaban el reintegro a sus cargos de los que fueron desvinculados a pesar de la existencia del fuero sindical, los actores formularon demanda ante la justicia laboral ordinaria para que se adelantara el proceso especial de fuero sindical, con resultados negativos.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, es claro que ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, como son la acción de nulidad contra el acto que declaró la ilegalidad de la huelga que cursa actualmente en el Consejo de Estado y las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, que respecto de algunos de los accionantes se encuentran en curso, la presente acción es improcedente, máxime si adicionalmente no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable para ninguno de los demandantes. En tales condiciones, resultaba equivocada la sentencia de segunda instancia, que tuteló los derechos fundamentales de los actores, y acertada la de primera instancia, que declaró improcedente el amparo por considerar que, a más de que no demostraron el perjuicio irremediable, cuentan con las instancias ordinarias previstas por el legislador para la solución de controversias propias de las relaciones laborales, que son el escenario propio para valorar a profundidad la situación particular de cada uno de ellos y el efecto vinculante

que pueden tener las recomendaciones de la OIT, las cuales deben sopesarse junto con la declaratoria de ilegalidad de la huelga ordenada por el Ministerio de Protección Social.”

Como se aprecia, la sola circunstancia de que los reclamos de los accionantes sean replicados en recomendaciones de la OIT, no habilita desconocer la amplia y pacífica jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto del carácter subsidiario de la acción de tutela, aún en estos casos.

Es por ello que resulta del todo impropia la alegación presentada por el defensor del acusado en la apelación, referida a que finalmente se hizo justicia para los trabajadores y fue correcta la decisión dado que ECOPETROL acordó reintegrarlos a todos.

Desde luego que la “justicia” o “corrección” de lo resuelto, no son factores que tornen legítima una decisión proferida por el funcionario que no está habilitado para tomarla, a través de un mecanismo que tampoco está instituido para el efecto.

Por ello, sí es manifiestamente contraria a la ley, en particular, al carácter subsidiario de la acción de tutela, la decisión del acusado de acceder al amparo constitucional en este caso, pese a que se ofrecían otros medios idóneos de defensa judicial y nunca fue demostrada la existencia de un perjuicio irremediable que facultara acudir al remedio especial, como mecanismo transitorio.

CASO 2

En términos similares al anterior, la demanda de tutela remite a la huelga de 2004 y sus consecuencias, entre ellas el despido de los tres accionantes, producto de trámite disciplinario recomendado luego del acuerdo que puso fin al paro, sin que, para el momento de instaurar la acción, los trabajadores hubiesen sido reintegrados, pese a que ello sí ocurrió con otros, en desconocimiento de las recomendaciones de la OIT.

Respecto del tema de subsidiaridad, la acción destaca que se trata de hacer valer el principio de igualdad que deriva de las recomendaciones de la OIT, las cuales tienen en la acción de tutela el único medio para su cumplimiento.

Añade que “mis poderdantes, han sido diligentes en la reclamación de sus derechos y han acudido a diferentes instancias legales –que no detalla-, sociales, políticas, de la sociedad civil y la institucionalidad”.

Y, en torno del perjuicio sufrido por los accionantes, detalla un “estado de indefensión, a la hambruna y el estado de desesperación familiar y laboral que soportan los

Trabajadores despedidos injustamente (...) creando perjuicios irremediables a la familia, hijos y mujeres de los trabajadores que deambulan las calles, apelando a la solidaridad proletaria...”.

Respecto de estas manifestaciones, en el fallo proferido el 25 de mayo de 2011, el acusado advirtió la inexistencia de otro mecanismo ordinario de defensa, razón por la cual debe hacerse uso del medio especial de tutela, pese a “no observarse un perjuicio irremediable”.

A pesar de ello, más adelante retoma el tema del perjuicio irremediable y, en remisión a reciente decisión de su superior (Sala Laboral del Tribunal), asume que “los trabajadores que demandan en esta oportunidad pueden estar incurso (sic) en un perjuicio irremediable, toda vez que como se reconoció en ese mismo acuerdo para efectos de la partida de solidaridad, es de entender que igualmente han venido atravesando una situación social, familiar y económica bastante difícil, que se hace hoy cierta e inminente, grave y de urgente atención, en la medida que no cuentan con los recursos necesarios para el auto sostenimiento y el de su familia”.

Al igual que se expuso respecto del Caso 1, es claro para la Corte, que la argumentación

presentada en la sentencia se verifica inconsistente, pues, desde el mismo escrito accionario se advierte que los trabajadores sí han instaurado otras acciones legales (aunque nunca se precisaron ellas), de lo cual se sigue la efectiva existencia de otros mecanismos idóneos para obtener el mismo fin, entre ellos, acorde con lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia T- 171 de 2011, las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho.

Junto con ello, el argumento que pretende verificar la existencia de un perjuicio irremediable, se ofrece vago y genérico, en forma similar a lo que sobre el particular se planteó en la demanda, a partir de lucubraciones infundadas que ni siquiera verifican la condición particular de cada uno de los tres demandantes.

Evidente se aprecia, acorde con lo anotado y en coincidencia con lo expuesto en el Caso 1, que la decisión de amparar los derechos de los accionantes pese a existir otro medio idóneo de protección de derechos y carente de soporte la presunta materialidad de un perjuicio irremediable, es manifiestamente contraria a la ley.

CASO 3

El accionante, por intermedio de apoderado, presentó acción de tutela para que se le paguen las sumas de dinero dejadas de percibir durante el tiempo que estuvo detenido por un asunto en el cual finalmente se le absolvió.

En la demanda no se hace alusión a ningún tipo de perjuicio irremediable, dado que el demandante fue reintegrado a su cargo en ECOPETROL, pero se alega una supuesta violación al derecho de igualdad, porque otra persona en similar situación fue amparada por el Tribunal de Cúcuta (Sala Laboral).

Acerca de la subsidiaridad, acota el demandante que la acción de tutela es el único medio que permite en este caso restablecer los derechos al debido proceso y de defensa, a más del

principio de igualdad. La pretensión se limitó a que se ordenara computar el lapso de suspensión del contrato y pagar las sumas que a este correspondan.

En el fallo que otorgó la tutela, proferido el 24 de junio de 2011, se verifica su procedencia, frente al tópico de subsidiaridad, por la supuesta existencia de un perjuicio irremediable, así sustentada:

“...el trabajador que demanda en esta oportunidad puede estar incurso en un perjuicio irremediable, pues lo planteado no se refiere a meras conjeturas, lo cual lo hace grave en la medida que está en juego la integridad del derecho pensional, muy a pesar de estar recibiendo en forma continua su mesada pensional, que demanda por obvias razones la urgente atención por parte del juez constitucional...”

Para la Sala se evidencia más que notorio el contrasentido inserto en la decisión del acusado de acceder a la pretensión del demandante, como quiera que se trata, lo discutido, de un asunto con claro acento patrimonial referido al cobro de acreencias laborales antiguas, que de ninguna manera involucra aspectos de mínimo vital o cualquier tipo de perjuicio irremediable.

Aunado a ello, es claro que el accionante sí poseía otros medios para acceder al pago de lo que consideraba se le adeudaba, al punto que así lo indicó expresamente en el libelo petitorio de la acción constitucional.

Huelga anotar, además, que si lo pretendido era exclusivamente el pago de las mesadas dejadas de pagar entre 2003 y 2004, la remisión a derechos como los de defensa y debido proceso, aparece completamente impertinente, entre otras razones, porque nunca se especificó a qué correspondía ello.

Y, por último, cuando ni siquiera el accionante pregona la materialidad de algún tipo de perjuicio irremediable, o al menos postula hallarse en entredicho su mínimo vital, la

argumentación presentada por el fallador –arriba transcrita- se advierte ajena por completo al caso en estudio, cuando se conoce que las mesadas en cuestión representan un periodo entre los años 2003 y 2004, pero la demanda constitucional operó en 2011, sin que en este último periodo quedara cesante el demandante.

Ningún pronunciamiento hizo la defensa, en la apelación, en torno de este principio y su aplicación al Caso 3, que se perfila como paradigmático de la falta de apego del fallo con la ley.

EN CONCLUSIÓN

El examen del elemento objetivo del tipo penal de prevaricato por acción, conduce a concluir que, si bien, el trámite adelantado por el acusado en las tres acciones de tutela cubre a cabalidad, o cuando menos, no se observa en franca contradicción con la ley, los principios de competencia e inmediatez, sí representa ostensible desapego con el principio de subsidiaridad.

De esta manera, los tres fallos examinados se verifican manifiestamente contrarios a la ley, dado que no podía accederse a la pretensión de los demandantes, por poseer ellos otros medios ordinarios idóneos de defensa judicial y jamás haber demostrado algún tipo de perjuicio irremediable que permitiera aplicar el mecanismo constitucional de manera transitoria, acorde con el principio de subsidiaridad que anima el medio especial y la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional que lo explica en su naturaleza y fines.

Se desatiende, así, el argumento principal del defensor del acusado, encaminado a que se diga no cubierto el presupuesto objetivo del tipo penal.

ii. CAUSAL DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD (ART. 32-3)

La Corte advierte esencialmente artificiosa la postulación del recurrente en apelación, fruto de desnaturalizar la causal de ausencia de responsabilidad penal a partir de muy particulares interpretaciones de la figura y su finalidad.

En efecto, cuando se asevera que el procesado actuó, acorde con la causal de justificación inserta en el ordinal tercero del artículo 32 del C.P., en estricto cumplimiento de un deber legal, lo menos que cabe esperar es la determinación de esa norma directa y precisa que faculta al juez de tutela para fallar en contra de lo que la misma ley permite.

Sobre este particular, cabe recordar que la causal dice relación, por lo general, con los casos en los que se afectan derechos de las personas con plena legitimidad porque la ley así lo permite, como cuando se allana una residencia con orden del funcionario competente y por motivos fundados; o se le somete a detención por ocasión de lo decidido por el juez de control de garantías.

En ambos casos, cabe destacar, la intervención del funcionario –agente de policía o juez-, deriva consecuencia de actuar en cumplimiento estricto de sus funciones, porque la ley impone esa tarea o deber.

Pero, para el caso examinado, de ninguna manera puede aportar el apelante una norma específica que habilite al acusado para tomar una decisión manifiestamente contraria a la ley.

Apenas remite al artículo 13 de la Carta Política, en cuanto, contempla el principio de igualdad, para así buscar significar que si el superior decide otorgar un derecho por vía de tutela, igual debe hacer el inferior.

La sinrazón del argumento se alza evidente, pues, es claro que la principal obligación del funcionario judicial, no importa su cargo, esta sí imperativa, es cumplir con la ley (artículo 230 de la Carta Política), y, a la par, no existe ninguna norma estricta que obligue a atender

la postura general del superior en determinado aspecto, mucho menos, si se verifica contraria a la ley.

Así mismo, del hecho que de los funcionarios judiciales se esperen decisiones uniformes en casos similares, no puede deducirse un “deber” legal absoluto de actuar así siempre, incluso cuando se advierta la evidente violación de la ley que ello encierra.

En los mismos términos que trae a colación el recurrente, fundados en tesis doctrinal de un autor nacional, es necesario señalar que en estos casos no existe “la necesidad de ejecutar la conducta típica”, pues, para cumplir con su obligación de aplicar la ley en el caso concreto, el procesado podía perfectamente abstenerse de conceder las tutelas.

No discute la Corte que efectivamente el antecedente del superior, en tratándose de un Tribunal, puede constituir fuente valiosa para resolver casos similares; o que el principio de igualdad contempla como adecuado o recomendable que en línea jerárquica unos y otros resuelvan los asuntos de manera similar.

Sin embargo, esos propósitos no se erigen en absolutos o norma estricta que implique para el funcionario la obligación de atender siempre y sin miramientos los criterios que en determinada materia adopte el superior, pues, de entrada pueden chocar con principios inescapables como los de independencia e imparcialidad judiciales, para no mencionar el básico de que solo está sometido al imperio de la ley.

No existe, ni podría existir, ninguna norma o principio basilar que demande del funcionario judicial un tipo de obediencia ciega e irracional al precedente del superior, al extremo de atenderlo aun cuando ello conduzca a violar de manera flagrante la ley.

En estas condiciones, la Corte debe desatender el argumento y pretensión del apelante, dirigidos a que se estime que el procesado actuó en cumplimiento estricto de un deber legal y por ello debe eximirse de responsabilidad penal.

iii. ERROR DE TIPO

El apelante hizo una adecuada síntesis jurisprudencial y doctrinaria referida al error de tipo, su naturaleza y efectos, sin que sea necesario reiterar lo allí plasmado.

Apenas se señalará, por su directa vinculación con lo debatido en el recurso vertical, que en este caso el error en cuestión se diseña por la defensa a partir de estimar que el procesado desconocía que las tres decisiones por las cuales se le acusó eran manifiestamente contrarias a la ley, vale decir, no tenía consciencia de que cubría con su actuar el elemento normativo del tipo penal, aspecto central que elimina el dolo y, consecuentemente, exime de responsabilidad penal, independientemente de que sea o no invencible, dado que no existe la modalidad culposa del prevaricato.

A manera de proemio del estudio de fondo que demanda el asunto, la Corte debe partir por señalar cómo la definición del objeto de controversia penal debe pasar, necesariamente, por la auscultación, en el caso concreto, de los elementos de juicio recogidos y su efecto respecto de la responsabilidad penal atribuida en la acusación, en tanto, salta de Perogrullo, la atribución de responsabilidad opera necesariamente individual y en consonancia con lo que el proceso arroja, con independencia de otras decisiones o procesos en los cuales por razones similares se haya condenado o absuelto a otras personas.

No se trata, por ello, de que propósitos tales como la lucha contra la corrupción o la necesidad de castigar los desafueros atribuidos a funcionarios públicos, conduzcan a hacer tábula rasa de principios básicos como los de presunción de inocencia o debido proceso, para vincular en un mismo cuerpo a todos cuantos se vean involucrados en el asunto, apenas por el prurito de un ánimo justiciero mal concebido en sus fines.

Ello, para significar desde un comienzo que respecto del tema debatido ya se ha tenido

amplio conocimiento por las muchas decisiones que en el distrito judicial de Cúcuta se tomaron a favor de trabajadores al servicio de ECOPETROL, favorecidos con fallos en acciones de tutela presentadas contra la empresa estatal.

Precisamente, producto de ello dos magistrados de la Sala Laboral del Tribunal de Cúcuta, fueron investigados y condenados después de aceptar su responsabilidad penal.

También se ha seguido proceso penal contra jueces del circuito, entre ellos el aquí acusado, a quienes se atribuyen conductas de prevaricato similares a las que ya fueron objeto de condena contra los togados.

Frente a este panorama, importa destacar la cronología del actuar del acusado con respecto al mismo tipo de acciones adelantadas por los trabajadores de ECOPETROL afectados con las sanciones posteriores a la huelga, declarada ilegal, de 2004.

Así, en el asunto con radicación 246 de 2010, el 4 de junio de esa anualidad se dictó fallo, firmado por el procesado, en el cual se desatendieron las peticiones de los accionantes, entre otras razones, por contar con mecanismos eficaces de defensa y no demostrar la materialidad de algún perjuicio irremediable.

De similar manera, en el radicado 447 de 2010, en sentencia emitida el 27 de septiembre de ese año, fueron desestimadas las pretensiones de los trabajadores de la estatal petrolera, por razones afines con las destacadas en el párrafo anterior.

Sin embargo, en ambos casos las decisiones denegatorias del amparo fueron revocadas por la Sala Laboral del Tribunal de Cúcuta, en cuanto, estimó que efectivamente se habían violado derechos de los trabajadores, entre otros el de igualdad, y no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer las recomendaciones de la OIT.

Con posterioridad a estas revocatorias, se expidieron por parte del acusado los tres fallos de

tutelas objeto de estudio aquí, en los cuales se mutó la posición anterior del despacho, referida a denegar el amparo.

La primera decisión, cronológicamente hablando, que cambió la postura del juzgado a cargo del procesado, se profirió el 25 de mayo de 2011, radicado 235 de ese año.

Allí, acorde con lo que en la demanda se hizo ver expresamente por los accionantes, señaló el Juzgado Tercero Laboral:

“Descartado de esta manera la declaratoria de improcedencia que se ha solicitado por la entidad accionada, correspondería verificarse la violación endilgada, en aras de comprobar si hay lugar a la procedencia del amparo que se está invocando. Solo que habiéndose conocido la posición adoptada por la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Cúcuta, mediante sentencia de fecha julio 22 de 2010, en relación con la negativa dispuesta por este Despacho dentro de la Acción de Tutela promovida por el señor GERMÁN LUIS ALVARINO SORACAY OTROS en contra de ECOPETROL S.A., según documento que obra a folios 14 a 38, y en especial las razones que rebatieron cada una de las causales de improcedencia reseñadas en primera instancia, que permitieron la revocatoria de esa decisión, y por consiguiente, la orden de reintegro que se estaba reclamando, se considera que bien pueden resultar suficientes hoy para tomar la decisión que en esta oportunidad corresponde, más aún, cuando la vulneración como tal se hace continua y actual, como consecuencia del mismo Acuerdo suscrito el 22 de agosto de 2009 entre la entidad accionada y la Unión Sindical Obrera.

En efecto, conforme a ese precedente vertical, no podemos desconocer ese Acuerdo, con el cual resulta consecuente considerar en esta oportunidad una violación al derecho a la igualdad, como quiera que en últimas pareciera reconocerse por la entidad accionada su responsabilidad en el despido que operó para cierto grupo de trabajadores, con ocasión del conflicto colectivo de trabajo 2002-2004, pues de no tenerla, no se entiende por qué aceptó

realizar pago a ciertos trabajadores, favoreciendo a otro grupo de trabajadores con el reintegro y a otros con una nueva vinculación, lo que conlleva a pensar entonces en el derecho que tienen igualmente los hoy accionantes a ser reintegrados, muy a pesar de no haber asistido en su momento a la diligencia de descargos....

Al mismo tiempo, conforme a ese precedente vertical, no se pueden desconocer en esta oportunidad las recomendaciones dadas por la OIT, en relación con las cuales, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional se hacen vinculantes...”.

En líneas subsiguientes se transcribieron amplios apartes del fallo de tutela de segundo grado proferido por la Sala Laboral del Tribunal de Cúcuta, que soportan la decisión de revocar la sentencia del Juzgado Tercero Laboral y conceder el amparo, argumentos que se entienden caber para el caso actual.

Ahora bien, en la sentencia proferida por el acusado el 14 de junio de 2011, radicado 098, también se resume lo planteado por los accionantes, entre otras cosas, que similar pretensión fue resuelta favorablemente por la Sala Laboral del Tribunal de Cúcuta, en reciente ocasión.

Y si bien, en el texto del fallo no se señala expresamente que se siguen las directrices de esa Corporación, es lo cierto que la motivación obedece a similares razones –actualidad del amparo, violación del derecho de igualdad, cumplimiento de las directrices dela OIT-, en coincidencia con el soporte de la decisión emitida el 25 de mayo por el Juzgado Tercero.

Por último, en la sentencia del 24 de junio de 2011, radicado 104, de manera concreta el acusado anotó, respecto de las razones para conceder lo pretendido por el demandante:

“Descartada de esta manera la declaratoria de improcedencia que se ha solicitado por la entidad accionada, correspondería verificarse la violación endilgada, en aras de comprobar

si hay lugar a la procedencia del amparo que se está invocando. Solo que habiéndose conocido la posición adoptada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, mediante sentencia de fecha julio 14 de 2010, en relación con el mismo asunto según documental que obra a folios 2 a 18, y en especial las razones que allí se encuentran consignadas que permitieron disponer a favor del accionante el cómputo de tiempo que duró suspendido el contrato de trabajo por razón de la privación de la libertad de que fue objeto, se consideran que bien pueden resultar suficientes hoy para tomar la decisión que en esta oportunidad corresponde, más aún cuando la vulneración como tal se hace continua y actual, como consecuencia de ese mismo reconocimiento.

En efecto, conforme a ese precedente vertical, resulta consecuente considerar en esta ocasión una violación igual al derecho a la igualdad, como quiera que ya hay trabajadores a quienes se les ha reconocido lo que hoy se está reclamando por el accionante, lo que conlleva a pensar entonces en el derecho que igualmente tendría para que no se configure esa desigualdad de trato.”

A continuación, la sentencia transcribe de manera amplia lo que en el asunto similar detallado, motivó el Tribunal para conceder el amparo a otro trabajador.

Lo hasta ahora referido permite llegar a las siguientes conclusiones: (i) el procesado venía negando los amparos solicitados por los trabajadores de la empresa estatal ECOPETROL, para lo cual advertía no cubiertos los presupuestos de inmediatez o subsidiaridad; (ii) Una vez la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, revocó esas decisiones y protegió los derechos, reintegrando a los accionantes y ordenando el pago de sumas atrasadas por estimar vulnerados derechos como los de igualdad y asociación sindical, el acusado modificó su criterio y acudió expresamente a esos antecedentes para explicar el cambio de postura; (iii) en la parte motiva de las decisiones posteriores –que hoy se dicen prevaricadoras por la Fiscalía- el procesado argumentó la violación del derecho a la igualdad, advirtiendo que debe atender al precedente vertical para su preservación.

Ahora bien, en torno del precedente radicado en las decisiones de los Tribunales, aunque el fallador de primer grado buscó minimizar su efecto o carácter obligacional, destacando aspectos como los de autonomía e independencia judiciales, es lo cierto que sí comportan, las manifestaciones del órgano jerárquicamente superior de los jueces, un plus que por lo general estos atienden, sea por razones estrictamente jurídicas o apenas por motivos de autoprotección.

En torno de lo primero, la Corte Constitucional ha precisado, en reciente decisión de unificación -Sentencia SU 113, de 2018-:

“De conformidad con la jurisprudencia constitucional, la caracterización del desconocimiento del precedente, pretende garantizar la efectividad de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima, pues el desconocimiento del precedente judicial “puede llevar a la existencia de un defecto sustantivo en una decisión judicial, en la medida en que el respeto al precedente es una obligación de todas las autoridades judiciales, – sea éste vertical u horizontal-, dada su fuerza vinculante y su inescindible relación con la protección de los derechos al debido proceso e igualdad”[28].

4.5. El precedente “se constituye en un pilar del Estado de Derecho, pues lo que busca es asegurar la coherencia en la aplicación del ordenamiento jurídico, a través de decisiones judiciales que sean razonablemente previsibles. Por su alcance se constituye en una herramienta de protección de la confianza legítima y la buena fe, en la medida en que proscribe el uso y la interpretación caprichosa de los elementos jurídicos aplicables por las autoridades judiciales al momento de resolver un caso sometido a su jurisdicción. Además, no cabe duda de que el respeto a las decisiones anteriores también obedece a la guarda del principio de igualdad, el cual resultaría transgredido si frente a casos idénticos se brinda una respuesta disímil”[29].

4.6. La Sentencia T-830 de 2012, estableció que “la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, tenga una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente, en segundo lugar, que se trate de un problema jurídico semejante, o [de] una cuestión constitucional semejante, y finalmente, que los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia sean [similares] o planteen un punto de derecho [análogo] al que se debe resolver posteriormente”[30].

4.7. Otra importante característica del precedente, radica en la autoridad judicial que lo crea, por cuanto de ello depende su alcance. De modo que, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado, según su origen, dos clases de precedente: el horizontal y el vertical. Respecto al primero, se ha dicho que comprende “aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial”[31]; mientras que el segundo, “se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales es determinado por la Corte Suprema de Justicia o por el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción[32]. En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores”[33].

4.8. Lo anterior, resulta de especial relevancia, pues, finalmente, es preciso reiterar que si una autoridad judicial decide apartarse de un precedente, es necesario que exponga razones con peso y fuerza suficiente que permita comprender el porqué de la aplicación de la nueva

interpretación. Con tal propósito, el juez debe cumplir dos requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional. El primero, refiere al requisito de transparencia, es decir, del cual se colige que “las cargas que se imponen para apartarse de un precedente, dependen de la autoridad que la profirió”. En efecto, el juez “en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues ‘sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia’”[34]. El segundo, es decir, el requisito de suficiencia, tiene que ver con que el juez debe exponer razones suficientes y válidas, “a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial”[35], es decir, que no basta con ofrecer argumentos contrarios a la posición de la cual se aparta, sino que debe demostrarse que el anterior precedente ha perdido vigencia para resolver asuntos futuros, bien sea por el cambio normativo o por la simple transformación social.

4.9. En términos de lo expuesto, el desconocimiento del precedente judicial constituye una causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, dentro del propósito de lograr que las decisiones judiciales le otorguen a las personas la igualdad de trato en la interpretación y aplicación de la ley, frente a situaciones similares o semejantes.”

En estas condiciones, lo normal es que los jueces, en tratándose de decisiones de sus Tribunales que no admiten intervención posterior de la Corte Suprema de Justicia -como en este caso-, terminen plegándose a sus designios, cuando es posible advertir que se tiene una línea ya trazada y los hechos objeto de verificación por el juez son similares a aquellos que permitieron fijarla.

Por lo demás, se trata de una circunstancia si se quiere habitual en la práctica judicial, visto

que la inicial postura de los jueces, materializada cuando sobre ella no existen decisiones uniformes de la segunda instancia, es constantemente modificada una vez se conocen los pronunciamientos reiterados de esta, sin que ello lleve a mortificación, entre otras razones, porque se tiene claro el principio de igualdad que busca protegerse con ello.

En la práctica, así mismo, carece de sentido perseverar en una postura que, finalmente, será siempre revocada o modificada por el superior, tornándola inane.

Y, ya en lo que corresponde al tópico de autoprotección, no puede omitirse considerar que el Tribunal opera como superior jerárquico de los jueces, encargado no solo de examinar sus fallos, con la carga de imposición que ello puede comportar, sino de calificar su desempeño en requisitos de calidad, circunstancia que, si bien, demanda de criterios objetivos, representa por sí misma un factor que puede llevar a plegarse a sus decisiones.

No se trata, debe recalcar la Corte, de significar que el juez, pese a los principios de autonomía e imparcialidad que signan su función, debe en todos los casos asumir de manera ciega o acrítica las posturas del Tribunal en determinados casos, sino de advertir cómo desde lo jurídico -por su carácter de precedente vertical y la necesidad de proteger el principio de igualdad-, y lo práctico, resulta razonable que el juez, pese a adoptar determinados criterios en sus decisiones, los modifique posteriormente por virtud de que ellos no son compartidos por su superior jerárquico y funcional.

Esto, se agrega, en el entendido, también propio de la función judicial, de que el Tribunal obra con la pretensión de acertar y dentro de parámetros adecuados de legalidad, representados en la motivación de sus decisiones.

Vale decir, para lo que prefigura el error de tipo argumentado por la defensa, lo normal es que el juez confíe en que la postura adoptada por el Tribunal apareja suficiente rigor y legalidad, como para asumirla en sus decisiones posteriores, así no se compartan los argumentos que la soportan.

Ahora, no es que, necesariamente el Tribunal acierte en sus posturas, o estas deban corresponderse con lo que la ley dispone –entre otras razones, porque el cuerpo colegiado también puede errar en la interpretación de las normas o en la definición del caso concreto-, en aras de entender cubierta la causal exculpatoria, sino que la misma comporte suficientes visos de legitimidad como para que, por los condicionamientos arriba reseñados, el juez equivocadamente entienda que al adoptar similar posición jurídica no está profiriendo una decisión manifiestamente contraria a la ley.

Porque, huelga anotar, si la postura del Tribunal, que sigue el juez, se ofrece plausible, simplemente no se está en presencia del elemento objetivo del delito de prevaricato.

En el caso que se examina, rememora la Sala, la sucesión fáctica indica que la Sala Laboral del Tribunal de Cúcuta, desde un inicio decidió adoptar la postura de acceder a las pretensiones de los accionantes, empleados de ECOPETROL, y en función de ello adoptó una línea argumental reiterada y pacífica que en esos casos –no solo los fallados por el aquí acusado- implicó revocar la decisión de los jueces que las negaron.

Entiende la Corte que ello creó un estado de cosas generalizado con respecto a las muchas acciones instauradas contra la empresa estatal, que necesariamente generó el concepto de que el Tribunal efectivamente apoyaba las pretensiones tutelares, a despecho de lo que los jueces decidieran.

Como, además, la Corporación entregó amplia motivación para el efecto, con reseñas constitucionales y verificaciones de novedosos derechos conculcados, particularmente, el de igualdad, a partir del examen de las recomendaciones de la OIT y de los acuerdos últimamente firmados por ECOPETROL con otros empleados en similares condiciones, pudo entender perfectamente el aquí acusado –sin que se omita advertir que, finalmente, el único principio pasado por alto lo fue el de subsidiaridad, como se explicó antes-, que tales decisiones se hallaban prevalidas de legalidad y, por ende, que asumirlas en sus próximos

fallos no verificaba el elemento normativo del prevaricato.

Desde luego, a título de hipótesis posible, podría aducirse que el acusado sí advirtió que dichas decisiones eran manifiestamente contrarias a la ley, pero, sin más, decidió adoptarlas en sus propios fallos.

Empero, no existe forma de demostrar que así sucedió y, en contrario, se muestra cuando menos explicable la razón que se adujo por la defensa para soportar la eximente de responsabilidad por error de tipo, soportada, tanto en lo expresado durante el interrogatorio propio del juicio por el procesado, como en las directas manifestaciones que en el contenido de los fallos de tutela se hizo al precedente vertical, al punto de transcribirse ampliamente los argumentos del Tribunal en decisiones similares, haciéndolos suyos.

La Corte entiende que el examen del caso concreto obliga asumir el comportamiento del acusado dentro de parámetros razonables a lo que es de esperar hubiesen realizado otros jueces ubicados en condiciones similares.

Y, aunque ya se anotó en otro acápite que la decisión de aceptar las pretensiones de los accionantes, no se puede asumir propia de un deber legal, y además, que el precedente del Tribunal no alcanza dicha cota obligacional, no puede desconocerse cómo la reiteración del Ad quem, resolviendo en todos los casos conceder el amparo, con revocatoria incluida de las decisiones en contrario tomadas por el A quo, constituye un condicionamiento evidente para el inferior, al punto de concluir que en casos similares otros tantos funcionarios habrían actuado de igual manera, modificando sus tesis y adoptando la ya generalizada del superior, por entender, cuando menos, que lo resuelto por este no puede ser manifiestamente contrario a la ley.

Desde luego, la evaluación opera dentro de circunstancias normales de la labor judicial, sin que pueda exigirse al juez que conozca o intuya algún tipo de comportamiento delictuoso de su superior, independientemente de que comparta o no la tesis con la cual se soporta la

decisión de conceder el amparo tutelar.

Incluso, en punto de cualquier interés monetario que advierta algún tipo de finalidad específica en el delito de prevaricato, habría que significar que el comportamiento asumido por el acusado se muestra alejado de dicha posibilidad.

En efecto, ya se conoce que por hechos similares –otorgar pensiones y aceptar reintegros o reajuste de mesadas a los empleados de ECOPETROL que participaron en la huelga de 2004-, fueron condenados dos de los magistrados de la Sala Laboral mayoritaria del Tribunal de Cúcuta, después de que aceptaran cargos por delitos, entre otros, de prevaricato y concierto para delinquir.

Si se observa que las primeras decisiones proferidas por el ahora procesado, negaron las pretensiones de los accionantes, pero que ello fue revocado en segunda instancia por los magistrados de la Sala Laboral, se aprecia evidente que de haber existido el previo pago o concierto entre todos los intervinientes, cuando menos los magistrados y el apoderado de los accionantes, para obtener los beneficios en cuestión, ninguna necesidad existía de vincular en ello, con posterioridad, al Juez Tercero Laboral –huelga anotar que nada, en lo probatorio, se aportó para siquiera presumir la participación del acusado en dicho pacto-, sencillamente porque, ya obtenido el concurso de la segunda instancia, sus negativas asomaban insustanciales de cara al fin pretendido.

Bajo las consideraciones anteriores, concluye la Sala que no se encuentra demostrada la consciencia del acusado respecto a que efectivamente sus decisiones se ofrecían manifiestamente contrarias a la ley, razón suficiente para desestimar el dolo.

Y si bien, es factible señalar que en atención a sus conocimientos y experiencia, el procesado estaba en la posibilidad de superar el convencimiento en cuestión, incluso con un más depurado examen de la jurisprudencia constitucional, lo que torna en vencible el error, ello ninguna consecuencia trascendente entrega para lo debatido, dado que el delito de

prevaricato por acción no admite la modalidad culposa, nicho jurídico del error vencible.

En consecuencia, deriva necesaria la revocatoria del fallo de primer grado para, en lugar de la condena, absolver al Doctor SAMUEL DARÍO RODRÍGUEZ DUARTE, de los cargos que por tres delitos de prevaricato por acción le formuló la Fiscalía.

Como quiera que el procesado se encuentra detenido por razón de este proceso, de inmediato se ordenará su libertad incondicional.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. REVOCAR la sentencia condenatoria del 27 de abril de 2018, proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta.
2. ABSOLVER al Doctor SAMUEL DARÍO RODRÍGUEZ DUARTE, de los delitos de prevaricato por acción por los cuales fue acusado.
3. ORDENAR la libertad inmediata e incondicional del procesado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Magistrado

ALFONSO CADAVID QUINTERO

Conjuez

RAÚL CADENA LOZANO

Conjuez

MANUEL CORREDOR PARDO

Conjuez

HUGO QUINTERO BERNATE

Conjuez

JUAN DAVID RIVEROS BARRAGÁN

Conjuez

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Conjuez

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Sentencia T-261 de 2012.