



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

SP17954-2017

Radicación 47960

Aprobado mediante Acta No. 359

(25 de octubre de 2017)

Bogotá, D.C, primero (1º) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

ASUNTO

Resuelve la Corte el recurso de apelación propuesto por el Ministerio Público, la defensa y la parte civil contra la sentencia de 8 de marzo de 2016, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a NÉSTOR GILBERTO AMAYA BARRERA, en su condición de Juez Primero Penal del Circuito de esta ciudad, como responsable del delito de prevaricato por acción, quien fue condenado a 42 meses de prisión, 50 salarios mínimos de multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 5 años.

ANTECEDENTES

1. Fácticos

Con ocasión del desempeño de sus funciones como Juez Primero Penal del Circuito de Bogotá, el 19 de agosto de 2004, NÉSTOR GILBERTO AMAYA BARRERA, al fallar la acción de tutela adelantada bajo el radicado 2004-00262, amparó los derechos fundamentales alegados por 123 accionantes y, en consecuencia, ordenó a la Caja Nacional de Previsión – CAJANAL - reliquidar las pensiones en forma definitiva *“reconociendo el régimen de transición, incluyendo todos los factores salariales, sin prescripción, con indexación e irretroactividad”*¹.

Dicha orden tuvo lugar sin que el Juez hubiese examinado, para cada uno de los accionantes, si tenían derecho a la reliquidación en los términos reclamados y de conformidad con tales circunstancias, si procedía el amparo.

El procesado, ante el silencio de la entidad accionada, no realizó ninguna averiguación oficiosa tendiente a verificar el contenido de lo afirmado por los demandantes; no revisó los anexos allegados con la tutela; en contra de la evidencia afirmó que todos los actores pertenecían a la tercera edad; omitió pronunciarse sobre la inmediatez de la acción; ordenó una reliquidación definitiva e indiscriminada sin prueba de

¹ Sentencia 8 de marzo de 2016, fl 1.

la irregularidad en las liquidaciones y de la exigibilidad del derecho reclamado.

La orden de tutela proferida por el enjuiciado ampara a una persona que no aparecía registrada en el FOPEP y 31 de ellos habían solicitado reliquidación ante la entidad correspondiente y se les había otorgado, como se explica en la motivación de esta providencia².

Procesales

2.1. La presente actuación se originó por la denuncia penal presentada el 8 de junio de 2012 por el apoderado para asuntos penales de la Caja Nacional de Previsión – CAJANAL - en contra de AMAYA BARRERA por la comisión de los punibles de prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros.

2.2. El 5 de junio de 2012, la Fiscalía 34 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá inició la investigación previa³ que, una vez agotada, fundamentó la apertura de la instrucción el 26 de febrero de 2014.

2.3. NÉSTOR GILBERTO AMAYA BARRERA fue vinculado a la investigación, mediante diligencia de indagatoria adelantada el 25 de abril siguiente, oportunidad

² Folios 62 y ss.

³ Cuaderno 2, fl 40.

procesal en la que le fueron atribuidos⁴ los punibles de peculado por apropiación en beneficio de terceros y prevaricato por acción.

2.4. El 15 de julio de 2014, al resolver la situación jurídica del procesado⁵, la Fiscalía instructora se abstuvo de dictar medida de aseguramiento en contra de AMAYA BARRERA.

2.5. El 16 de octubre de 2014, se decretó el cierre de la instrucción⁶, que fue confirmado el 17 de noviembre siguiente, luego de resolver la reposición presentada por el defensor del procesado.

2.6. El 24 de octubre de 2014, la apoderada especial de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP -, presentó demanda de constitución de parte civil en la que solicitó, entre otras, *“condenar al investigado por los daños y perjuicios derivados de las conductas punibles desplegadas por su parte”*⁷, estimación que en esa oportunidad cifró en *“siete mil ciento catorce millones seiscientos veinticinco mil novecientos ochenta y seis pesos con ochenta centavos”*⁸.

⁴ Cuaderno 2, fl 221.

⁵ Cuaderno 3, fls. 97 y siguientes.

⁶ Fl 159, cuaderno 3

⁷ Cuaderno 5, fl 8.

⁸ Cuaderno 5, fl 9.

2.7. El 24 de diciembre de 2014⁹, la Fiscalía 17 de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Bogotá i) negó la nulidad deprecada por presunta vulneración al derecho de defensa, ii) profirió resolución de acusación en contra de NÉSTOR GILBERTO AMAYA BARRERA por el delito de prevaricato por acción y iii) precluyó la investigación a favor del prenombrado por el punible de peculado por apropiación en favor de terceros. Inconforme con esa decisión, el defensor interpuso reposición y en subsidio apelación.

2.8. El 28 de enero de 2015 se denegó la reposición y se concedió la alzada en el efecto suspensivo.

2.9. El 23 de febrero de 2015¹⁰, la Fiscalía Delegada ante esta Corporación confirmó *en todas sus partes* la decisión apelada.

2.10. Iniciada la etapa del juicio y durante el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, la defensa del procesado invocó la nulidad de la actuación, por presunta violación al derecho de defensa y al debido proceso, mientras que la apoderada de la parte civil – UGPP - solicitó la práctica de unas pruebas y aportó *el análisis pensional y de pagos efectuados*. El 22 de julio de 2015 se celebró la audiencia

⁹ Cuaderno 4, fl 212.

¹⁰ Cuaderno 6, fl 99.

preparatoria, oportunidad en la que el Tribunal negó tanto la nulidad como la petición de pruebas, decisión que los sujetos procesales no impugnaron¹¹.

2.11. El 13 de agosto de 2015, se adelantó la audiencia pública de juzgamiento. Al exponer sus alegatos de conclusión la Fiscalía y la Parte Civil solicitaron proferir sentencia condenatoria, mientras que la defensa y el Ministerio Público pidieron la absolución.

2.12. En el entendido que la Sala decidió no acoger el proyecto de fallo elaborado y presentado por el Magistrado Ponente, el 15 de septiembre de 2015 el expediente pasó al Despacho del siguiente en turno para la elaboración de la providencia sustitutiva.

2.13. Notificados personalmente de la sentencia de primera instancia, dentro de la oportunidad procesal prevista para el efecto, el defensor y el procesado interpusieron y sustentaron el recurso de apelación que concita el interés de la Corporación. Igualmente, impugnaron el fallo condenatorio la apoderada de la parte civil y el Agente del Ministerio Público.

¹¹ Cuaderno 7, fl 86.

LA SENTENCIA APELADA

1. La Sala Mayoritaria declaró a NÉSTOR GILBERTO AMAYA BARRERA penalmente responsable del delito de prevaricato por acción.

Luego de efectuar las reseñas procesales y los alegatos presentados, expresamente señaló que *“no fue posible aducir el proceso en el cual el doctor AMAYA BARRERA dictó el pronunciamiento por el cual la Fiscalía lo acusó”*, situación que, en su criterio, no era óbice para tener por acreditados los requisitos del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal.

Aunque la demanda no apareció registrada en el sistema de reparto, el a quo infirió que la tutela *ingresó directamente al Juzgado*, donde tampoco se halló el archivo físico, por lo que concluyó que *“lo único que se sabe en relación con la demanda de tutela interpuesta y su trámite es lo que consta en el folio 262 del libro radicador del juzgado, en la sentencia proferida, en el pantallazo del trámite de la segunda instancia que hace parte del proceso y en la información remitida por la Corte Constitucional”*¹².

El Tribunal echó de menos la valoración probatoria y la referencia a medios de prueba, como labor relevante para determinar si los 123 accionantes tenían el derecho que

¹² Sentencia 8 de marzo de 2016, fl 9.

reclamaban y cuál era la situación particular de cada uno de ellos frente a i) los factores con los que les fue liquidada su pensión, ii) los requisitos de acceso al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, iii) el agotamiento de la vía gubernativa y iv) la existencia de solicitud de reliquidación ante la entidad accionada.

El a quo sostiene que el procesado reconoció situaciones *absurdas*, tales como i) tutelar los derechos de pensionados que no se pudieron identificar ni se encontraban vinculados a CAJANAL; ii) favorecer a actores que habían adquirido el estatus de pensionados años antes de la Ley 100 de 1993, iii) desconocer que varios accionantes tenían dos pensiones (gracia y jubilación), iv) ignorar que ya se habían ordenado varias reliquidaciones, v) aplicar el régimen de la Ley 100 de 1993 a pesar de la excepción contenida en el artículo 279 de esa normatividad sobre los miembros del magisterio, y vi) ordenar la inclusión de todos los factores salariales sin prescripción, ni referencia a los que ya habían sido tenidos en cuenta en la liquidación. En cumplimiento de ese fallo, CAJANAL reliquidó 81 pensiones.

La decisión fue calificada de manifiestamente ilegal por contravenir el artículo 86 Superior y el Decreto 2591 de 1991, pues el único fundamento del fallo fue *“la voluntad de tener por inaplicado un régimen de transición que era inaplicable”*¹³.

No le otorgó trascendencia a la revocatoria de la decisión en segunda instancia, ni a la falta de selección por

¹³ *Ibíd*em, fl 19.

parte de la Corte Constitucional para su revisión, tampoco a la presunción del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, que para el caso no es ilimitada ni exonera al Juez de verificar la veracidad de los hechos en los que se estructuraba el amparo.

Desestimó los precedentes referidos por la defensa, mencionados para acreditar que otros Despachos Judiciales también habían tutelado derechos a accionantes en las *mismas* condiciones, por cuanto en ellos se observa una valoración de evidencias sobre la violación de garantías y la procedencia del amparo, pero además por no tener plena identidad con este asunto.

Con fundamento en la versión original del artículo 413 del Código Penal, sin aplicación del incremento previsto en la Ley 890 de 2004 en consideración a la época de los hechos, procedió a establecer los límites mínimo y máximo de la pena y el cuarto de movilidad, ubicándose en el primero, ante la ausencia de atribución de circunstancias de mayor punibilidad.

Seguidamente en consideración de la gravedad del comportamiento, el número de reliquidaciones y la falta de fundamentación en un trámite sumario, le impuso una pena de 42 meses de prisión, multa de 50 salarios mínimos e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 5 años.

Al pronunciarse sobre la concesión de los sustitutos penales, negó la suspensión de la ejecución de la pena en consideración del factor objetivo, pues la pena impuesta superaba los tres años, sin que resultara más favorable la modificación de la Ley 1709 de 2014, pues el “*artículo 67 A (sic) lo prohíbe cuando se procede por delitos contra la administración pública*”¹⁴; pero concedió la prisión domiciliaria, en aplicación del artículo 38 original del Código Penal, en tanto la pena mínima del delito por el que se procedía era inferior a cinco años y, en punto del análisis subjetivo, era viable diagnosticar que el procesado no colocaría en peligro a la comunidad, ni evadiría el cumplimiento de la pena, pues además de haber concurrido al proceso, cesaría en el ejercicio de las funciones.

Por último, en respuesta a las solicitudes de la parte civil no accedió a la revocatoria a la orden de la tutela del 19 de agosto de 2004 ni a la suspensión de los actos administrativos que ordenaron 81 reliquidaciones, por cuanto desde el 10 de diciembre de 2004 el Tribunal Superior de Bogotá revocó esa decisión y debía ser ese el fundamento para anular los actos administrativos.

Insistió el a quo que resultaba claramente indicativo de la ausencia de notificación a CAJANAL de ese fallo de segunda instancia, que la entidad haya procedido a

¹⁴ Fl 24.

reliquidar las pensiones con fundamento en un fallo que ya había sido revocado.

Tampoco halló razón en la solicitud de pago de perjuicios causados por el procesado en un monto igual al de los valores cancelados por CAJANAL con ocasión de 81 reliquidaciones, puesto que la orden judicial de reliquidación fue revocada el 10 de diciembre de 2004, de ahí que el haber procedido a las reliquidaciones no resulte imputable a AMAYA BARRERA en tanto su decisión ya no producía efectos. Sin embargo, sí condenó al procesado al pago de las reliquidaciones efectuadas entre la emisión de la sentencia (19 de agosto) y la revocatoria (10 de diciembre de 2004). En ese examen encontró que tan sólo se presentó una reliquidación el 30 de noviembre de 2004 por un valor de \$7.557.612 a favor de AIDA LUCÍA ACERO DE DUPONT.

El cúmulo de irregularidades detectadas en el trámite de la acción de tutela (reparto, no remisión a la Corte Constitucional, desaparición del expediente) cimentó la decisión de compulsar copias para que se adelante la investigación penal a que haya lugar.

2. En el salvamento de voto, el Magistrado disidente sostiene la inviabilidad de la sentencia condenatoria por falta de congruencia entre lo acreditado en el proceso y la acusación, pues ésta se limitó a alegar la vulneración de los artículos 86 Superior y 6.1 y 20 del Decreto 2591 de 1991,

marco normativo al que circunscribió el análisis de la conducta endilgada.

En materia del requisito de procedibilidad de la acción señaló su carácter *problemático*, dado que la existencia de otros medios de defensa judicial debe ser apreciada en concreto en términos de real aptitud y eficiencia, por oposición a su mera consagración formal. Así, ante el alto grado de indeterminación de la regla de existencia de otro mecanismo de defensa judicial “*la concesión de una tutela disponiendo el actor de otro medio de defensa judicial en manera alguna puede (sic) constituir automáticamente delito de prevaricato*”¹⁵.

Rechazó que el enjuiciado haya usurpado las competencias de la jurisdicción contenciosa administrativa, pues se limitó a resolver una acción de tutela como función atribuida a todos los Jueces de la República. En ese contexto, analizó detenidamente la situación fáctica y concluyó que i) el expediente no fue hallado, ii) solo se cuenta con el fallo adoptado por el procesado, iii) se ordenó acatar los términos del artículo 4º de la Ley 4ª de 1996, por tratarse de docentes con un tiempo de servicio superior a los 20 años, iv) fue reconocida tanto la existencia de otro medio de defensa judicial como la falta de aptitud del mismo para resolver prontamente el conflicto de personas que pertenecen a la tercera edad y v) aludió al amparo judicial de tales derechos en casos similares (T – 631 de 2002). Con fundamento en lo

¹⁵ Fl 14

expuesto descartó la vulneración del artículo 6.1 del Decreto 2591 de 1991, por cuanto el procesado evidenció la falta de efectividad del otro medio de defensa judicial.

Se apartó de la posibilidad de derivar la configuración del delito de la falta de prueba sobre el agotamiento de la vía gubernativa, pues esa circunstancia procesal se extracta de expedientes administrativos que no fueron incorporados al trámite de la tutela, motivo por el cual ningún reproche puede dirigirse contra el procesado por esa situación. Constatación que no lo relevó de recordar que al tenor del artículo 9 del mencionado Decreto, el agotamiento de la vía gubernativa no es un requisito para acudir a la acción de amparo.

Igualmente, aseveró que la solicitud de condena se edificaba en un yerro consistente en sostener que el Juez no había reconocido la existencia de un perjuicio irremediable, pues la concedió en razón de la ineficacia de la acción ordinaria, modalidad válida según la sentencia T – 884 de 2014.

La vulneración del artículo 20 del mencionado Decreto la descartó al considerar que i) nadie discutía que CAJANAL había guardado silencio, ii) el Juez aplicó la consecuencia normativa de esa postura procesal y iii) *“no se percibe qué otra averiguación podía hacer el juez distinta a la solicitud de la respectiva información a CAJANAL, la cual precisamente*

*omitió suministrar dicha entidad*¹⁶, actitud que le imponía al procesado atenerse a la presunción de veracidad.

En punto de la presunta vulneración de la jurisprudencia constitucional, en opinión del Magistrado, tal reparo resultaba inatendible en tanto i) no identificó la decisión o grupo de decisiones presuntamente desconocidas y ii) ese desconocimiento no se encuentra contemplado en la descripción penal.

Con esos criterios reiteró su disenso y de manera adicional enfatizó que *“la condena es insostenible sin pregonar el desconocimiento de normas legales cuya violación no se adujo en la acusación; es decir, sin vulnerar el principio de congruencia entre la sentencia y la acusación”*¹⁷.

EL RECURSO DE APELACIÓN

1. El defensor de AMAYA BARRERA reclama la revocatoria de la sentencia apelada. De entrada, denunció que a su representado, a diferencia de lo realizado por la Sala Mayoritaria, ni en la indagatoria ni en la acusación le fueron atribuidas las irregularidades relacionadas con el reparto de la acción o el envío para revisión ante la Corte Constitucional.

¹⁶ Fl 19.

¹⁷ Fl 146.

Con esa introducción, anunció que la sentencia confutada adolecía de graves errores entre los cuales destacó la violación al principio de congruencia, la falta de valoración de las evidencias aportadas por la defensa y la ausencia de prueba sobre la tipicidad objetiva y subjetiva de la conducta.

Destacó, por incoherente, que la condena sea a título de prevaricato por acción, si los reproches se hicieron consistir en omisiones tales como no valorar pruebas, no decretarlas, no apreciar la situación individual de cada accionante. Si las mencionadas anomalías no constan en la resolución de acusación, tampoco obra allí el reproche de haber desconocido el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, argumento que sí fue empleado por el a quo para condenar, sin que el acusado se hubiese podido defender de ese cargo en concreto. Esa violación al principio de congruencia conllevó la condena al procesado por hechos que no constan en la acusación.

Excluyó la tipicidad de la conducta, por cuanto el fallo de tutela no es arbitrario ni *grotesco*. El silencio de la accionada habilitaba al Juez a dar aplicación a la presunción de veracidad, lo cual en efecto hizo el procesado, y por ello a tener por acreditado aquello que el Tribunal echa de menos, sin que pueda atribuírsele responsabilidad alguna por la negligencia de la entidad llamada a controvertir las pretensiones de los accionantes. Insistió en que la realización de una averiguación adicional es un recurso discrecional y no imperativo, motivo por el cual no puede reprochársele al procesado el no haber utilizado esa facultad.

Consideró que la Sala Mayoritaria no valoró los precedentes jurisprudenciales invocados por la defensa (T – 197 de 2008; T – 214 de 2011; T – 610 de 2001; T-762 de 2011) para acreditar cuál es la consecuencia del silencio de la entidad accionada en el trámite de tutela y la viabilidad de reclamar la liquidación en cualquier tiempo.

Refirió el censor que en marzo de 2005, el procesado decidió negativamente otra acción de tutela, por hechos similares, precisamente al reconocer que se contaba con otro mecanismo de defensa judicial y no se habían allegado copias de los actos administrativos. Sin embargo, en la segunda instancia el Tribunal Superior de Bogotá revocó la decisión y ordenó a CAJANAL reliquidar las pensiones teniendo en cuenta todos los factores salariales.

Con la finalidad de demostrar la falta de uniformidad de las posturas jurídicas en la materia transcribió apartes de un salvamento de voto a sentencia de tutela, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá decidió la apelación presentada contra decisión también adoptada por el aquí enjuiciado en un supuesto fáctico similar. Indicó que así el Juez hubiera ordenado tener en cuenta factores que no constituían salario *“la entidad accionada no está obligada a cumplir el fallo, si dentro de los respectivos expedientes administrativos no aparecen demostrados”*¹⁸.

¹⁸ Fl 10.

Expresamente echó de menos una valoración de la prueba testimonial obrante en la actuación, irregularidad que da cuenta de la falta de imparcialidad y objetividad. La primera instancia tampoco estudió la sentencia T- 951 de 2013, invocada por AMAYA BARRERA, a pesar de tratarse de un asunto similar, fallado por el mismo Juez y en el que se reconoció la posibilidad de ordenar la reliquidación con todos los factores salariales como producto de una válida interpretación judicial.

Concluyó que la Sala incurrió en “*una vía de hecho por defecto fáctico, toda vez que no examinó de manera integral el acervo probatorio aportado por la defensa*”. Por tal motivo afirma que se estructura la nulidad del numeral 2° del artículo 306 de la Ley 600 de 2000.

Descartó la configuración del elemento subjetivo, por cuanto su representado no tuvo la voluntad de infringir el ordenamiento ni un interés marcado, corrupto y malintencionado para emitir la decisión. Además, la inferencia efectuada en la materia, derivada de su conocimiento y experiencia, no se corresponde con la realidad en tanto para la época de los hechos, su prohijado no tenía ninguna formación en derecho laboral y la maestría en derecho penal la cursó años después de los hechos, tal y como lo acredita la certificación que allega.

Afirmó que el desconocimiento a la sentencia T – 631 de 2002, invocada como fundamento del fallo de tutela, no

constituía el delito de prevaricato por su efecto *inter partes* y por no ser un fallo de control de constitucionalidad.

Con apoyo en jurisprudencia de esta Corporación¹⁹ advirtió que en el caso concreto no se encuentran acreditados hechos objetivos que demuestren que la conducta del funcionario fue determinado por el favorecimiento de intereses desvalorados o corruptos, conclusión que fue reafirmada por la misma Fiscalía al resolver el recurso de reposición, en contra de la resolución de acusación, al sostener que en este proceso no se investigaban hechos de corrupción.

Con la sustentación del recurso el libelista allegó cuatro documentos para que sean valorados al desatar la alzada.

2. El procesado, en ejercicio de su derecho de defensa material, manifestó su total conformidad por lo expresado por su apoderado. Sostuvo que su decisión no fue arbitraria y que se dio con ocasión de un asunto que admitía discusión. Reiteró que constituye un desacierto derivar el dolo únicamente de su experiencia y formación, pues ese elemento debía probarse con hechos objetivos específicos del caso. Además afirmó que no existe evidencia de un ánimo corrupto atribuible a su comportamiento en el 2004.

Aludió a la sentencia T – 951 de 2013 para indicar que i) la Sala no la tuvo en cuenta, ii) no fue sancionado por

¹⁹ CSJ, Rad. 39538 del 23 de octubre de 2014, Rad. 45410 de 2015, Rad. 44178 de 16 de diciembre de 2015.

actuar fraudulento en otra tutela de idénticas características, y iii) la misma Corte Constitucional validó su postura por tratarse de un *asunto de interpretación*. Por lo anterior solicitó la revocatoria del fallo confutado y su absolución por atipicidad objetiva y subjetiva de su comportamiento.

3. El Agente del Ministerio Público solicitó la revocatoria de la sentencia impugnada. Al fundamentar su pedimento rechazó el razonamiento del a quo para condenar, pues partió de una inferencia no acreditada según la cual la tutela se habría radicado directamente en el Juzgado. Adicionalmente, manifestó que en el caso concreto no se logró establecer con certeza la responsabilidad del encartado, pero además señaló que la inferencia no es un medio de prueba admitido en la Ley adjetiva aplicable.

Por tal razón, lamentó que la Sala haya derivado consecuencias negativas para el procesado de hechos que no fueron objeto de investigación, tal y como las irregularidades relacionadas con el reparto o la desaparición del expediente, labores secretariales completamente ajenas al rol del Juez, en su criterio. Sostuvo que no era cierto que el procesado hubiera omitido la realización de una valoración probatoria, pues lo único que hizo fue darle cabal aplicación al artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, por lo que resulta inadmisibles condenar a un Juez de la República “*porque Cajanal, (sic) no responde, no contesta las acciones Constitucionales*”.

Si bien el Juez resolvió con *lo que tenía a la mano*, CAJANAL era la única que estaba en posibilidad de aclarar

la situación de esos 123 accionantes. Esa realidad excluye la presencia de una actuar doloso del procesado quién no tuvo la intención de decidir contra la norma y que además conoció de un asunto que laboralmente no era pacífico.

Dicho lo anterior, procedió a transcribir apartes del salvamento de voto que corroboran, en su sentir, la duda sobre qué información valoró el Juez, la ausencia de voluntad de infringir el ordenamiento y la omisión intrascendente de no haber relacionado las pruebas en el fallo adoptado.

Con una alusión normativa y jurisprudencial, en materia de autonomía e independencia del Juez frente a sus superiores, afirmó que la tutela no era manifiestamente contraria a la Ley y que el procesado no actuó de manera caprichosa para favorecer intereses ajenos e indebidos.

4. La apoderada de la parte civil – UGPP - únicamente solicitó revocar la sentencia en lo relacionado con la condena por perjuicios materiales. Luego de indicar el valor de su pretensión (\$7.114.625.986.83) y discriminar el monto cancelado a cada uno de los 81 accionantes a los que se les reliquidó la pensión, se apartó del razonamiento de la primera instancia, pues si bien la sentencia proferida por el procesado había sido revocada, lo demostrado en este proceso penal es que ese expediente de tutela desapareció.

Sostuvo que a CAJANAL nunca se le notificó la revocatoria del 10 de diciembre de 2004 y que fue sorprendida por el enjuiciado cuando éste aportó en la

audiencia pública copia del *pantallazo* que daba cuenta de la decisión del Tribunal.

Hizo propios los razonamientos de la Sala Mayoritaria en punto del reparto irregular y la pérdida del expediente, con la finalidad de reprochar que el enjuiciado sólo puso en su conocimiento esa revocatoria el 13 de agosto de 2015 y no al iniciar la investigación.

Agregó que según el folio del libro radicador del Juzgado Primero Penal, aportado por el procesado, el 14 de diciembre de 2014 fue ordenado el trámite de incidente de desacato de una providencia revocada. Así las cosas, considera que, por no haber sido notificada CAJANAL de la revocatoria del fallo de tutela, el llamado a responder por esos pagos es AMAYA BARRERA.

NO RECURRENTES

El Delegado del Fiscal General de la Nación guardó silencio durante el traslado para los no apelantes.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia.

1. Conforme a lo previsto en el numeral 3° del artículo 74 de la Ley 600 de 2000, la Sala es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto por el defensor, el

procesado, el Agente del Ministerio Público y la parte civil contra la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Superior de Bogotá.

2. Al tenor del artículo 232 de la Ley 600 de 2000, para proferir una sentencia condenatoria es requerido el conocimiento cierto sobre la ocurrencia de la conducta punible y la responsabilidad del procesado, con fundamento en las pruebas legal y oportunamente allegadas a la actuación.

2.1 La Sala anuncia desde ya que la sentencia impugnada será confirmada y con la finalidad de abordar el problema jurídico, es decir si el fallo de tutela adoptado el 19 de agosto de 2004 por AMAYA BARRERA puede calificarse como manifiestamente contrario a derecho y si al proferirlo obró con consciencia y voluntad de cometer el prevaricato por acción persuadido por un ánimo desvalorado, y dar respuesta satisfactoria a las diferentes argumentaciones, se procederá al análisis de varios tópicos de relevancia fáctica y jurídica que permitan arribar a la referida conclusión.

Por lo tanto, tratándose del punible de prevaricato por acción en el caso concreto, la Corte i) analizará la solicitud de nulidad, en primer lugar, por razones lógicas de trascendencia, ii) el principio de congruencia y los términos de la acusación, iii) se referirá a la pérdida del expediente y las implicaciones que dicha circunstancia genera, iv) verificará la conformidad de la decisión adoptada con el

ordenamiento jurídico y su vínculo con la efectiva configuración del mencionado reato, con el correspondiente estudio del elemento subjetivo de la conducta.

Lo anterior sin perder de vista que la competencia material de la segunda instancia se encuentra delimitada por los aspectos de inconformidad señalados por los recurrentes y aquellas temáticas inescindiblemente vinculadas.

Cuestión preliminar.

3. Como se reseñó oportunamente, el defensor de AMAYA BARRERA, con la sustentación del recurso de apelación, allegó copias simples de:

i) Un documento denominado “REF. Denuncia Penal contra: JOHON (sic) GROVER ROA SARMIENTO”²⁰, sin sello de radicado;

ii) Proyecto sin firmas del fallo de tutela 2005 - 0096 de 17 de marzo de 2005, proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá siendo titular el aquí procesado²¹;

iii) Salvamento de voto del Magistrado Lucas Quevedo Díaz respecto de la sentencia del 27 de abril de 2006, mediante la cual fue revocada la decisión del 19 de diciembre

²⁰ 3 folios por los mismos hechos.

²¹ 3 folios

de 2005 proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá²²;

iv) Certificado de la Universidad Libre de 16 de diciembre de 2016 sobre los periodos académicos en los que el procesado cursó la maestría de derecho penal, estando a la espera de la ceremonia de grado; y

v) Paz y salvo del defensor que lo antecedió.

Frente a los documentos enlistados arrojados con la sustentación del recurso, la Corte debe señalar que no resulta viable valorar tales evidencias, en razón de la competencia en sede de segunda instancia y la imposibilidad de estudiar aquellos que no fueron aportados en las fases probatorias, ni pudieron ser objeto de análisis por la primera instancia. Lo anterior, con fundamento en lo preceptuado en los artículos 194 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Así lo tiene discernido la Corporación, pues no resulta procedente aportar elementos suasorios con ocasión de la sustentación de la alzada, en tanto el propósito del recurrente debe ceñirse a realizar las manifestaciones fácticas, jurídicas y/o probatorias que edifican su inconformidad²³, pero además porque esta decisión encuentra su marco de referencia tanto en lo acreditado en el proceso y lo decidido por la primera instancia.

²² 7 folios

²³ CSJ, Sentencia del 23 de septiembre de 2015, radicado 44595.

Por tales motivos, la Corte se encuentra en la imposibilidad de valorar esas evidencias documentales en tanto no fueron legal y oportunamente incorporadas a la actuación, circunstancia cierta que impidió tanto su contradicción, como la estimación por parte del Tribunal Superior.

Los artículos 194 y 197 de la Ley 600 de 2000, como referentes normativos de la interposición, sustentación y trámite del recurso de apelación en contra de sentencias, no contemplan la posibilidad de aportar pruebas con la fundamentación del recurso. Por tal motivo, las evidencias de carácter documental allegadas por el defensor no serán tenidas en cuenta para decidir lo que en derecho corresponde.

De la solicitud de nulidad

4. La defensa técnica solicitó la declaratoria de nulidad de la actuación por presunta vulneración del debido proceso. En razón de los efectos inherentes de su eventual reconocimiento, esto es, la invalidación de lo actuado, la Sala abordará prioritariamente dicho cuestionamiento.

Por virtud de los postulados fundamentales que orientan la declaratoria de las nulidades, bajo la égida de la Ley 600 de 2000, quien señala la existencia de irregularidades sustanciales en la actuación debe acreditar

que el acto que tacha de ilegal i) se encuadra en una de las causales taxativamente previstas en el ordenamiento procesal; ii) que no cumplió con la finalidad y vulneró el derecho de defensa; iii) afectó de manera cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales; iv) no fue coadyuvado ni convalidado por sus comportamientos; y v) no puede ser enmendado por otra vía procesal que la declaratoria de nulidad. Lo anterior, en los términos de los artículos 309 y 310 del Código de Procedimiento Penal.

En este asunto, sin mayores desarrollos, el defensor del procesado sugirió la existencia de una irregularidad sustancial consistente en la falta de motivación y valoración, por parte del a quo, de i) pruebas favorables a su representado y ii) precedentes jurisprudenciales invocados durante los alegatos de conclusión, proceder que en su criterio estructura la causal de nulidad contemplada en el numeral 2 del artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la afectación sustancial del debido proceso.

El censor se limitó a enunciar su petición y a enlistar la serie de evidencias (declaraciones de los funcionarios del Juzgado 1° Penal del Circuito) y providencias (Sentencias Corte Constitucional) que no merecieron análisis ni relación en el fallo adoptado por la Sala Mayoritaria, pero sin demostrar la trascendencia sustancial de esos medios suasorios y de esas decisiones judiciales, ni desarrollar cómo la valoración de tales elementos habría incidido en el sentido del fallo.

En efecto, la Corporación advierte que la providencia confutada no realizó un análisis expreso de esas declaraciones y tampoco emitió un pronunciamiento exhaustivo sobre los precedentes enunciados en los alegatos de conclusión. Sin embargo, las referidas circunstancias carecen de la entidad suficiente para proceder a la declaratoria de nulidad, en tanto el Juez de primera instancia no se encuentra obligado a realizar una valoración exhaustiva y total de las evidencias, sino de las que estime indispensables para resolver el problema jurídico.

Ese examen se encuentra vinculado no a la postura del sujeto procesal, sino al poder demostrativo de cada medio suasorio, motivo por el cual es el trámite del presente recurso de apelación el escenario natural e idóneo para denunciar y habilitar la corrección de tales yerros, en caso de efectiva concurrencia.

De la interpretación armónica de los artículos 170, 232 y 238 de la Ley 600 de 2000 se colige que la sentencia condenatoria debe i) estar fundamentada en la valoración crítica de las pruebas que ii) conduzcan en grado de certeza a demostrar la realización de la conducta y la responsabilidad del encausado, con iii) la exposición del mérito asignado a cada medio demostrativo, sin que exista obligación de efectuar una análisis pormenorizado de todas y cada una de las piezas que integran el acervo probatorio, pues en el sistema de valoración de la prueba de la sana crítica o de libre convicción *“no interesa la cantidad de*

*pruebas ni el nombre que pudieren tener sino el poder suasorio que de ellas dimane*²⁴.

Así lo ha entendido la Corporación al descartar cualquier irregularidad derivada de la falta de apreciación de una prueba intrascendente, como calificativo realmente determinante para establecer la relevancia de una omisión de esa naturaleza. En palabras de la Corte:

*“Adicional motivo de improsperidad de la demanda surge de establecerse que aún si hubiera sido cierto que el Tribunal omitió las pruebas mencionadas por el censor, ese hecho no basta por sí solo, para derrumbar la sentencia. Esto por cuanto ningún vicio comporta que los Juzgadores no incluyan en los fallos la totalidad del material probatorio recaudado, pues la ley exige incluir sólo aquel en que ha de fundarse la decisión, con su respectiva valoración jurídica (artículo 170, numeral 4, Código de Procedimiento Penal) que debe hacerse exponiendo razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba (artículo 238). De esa manera el Juez agota su obligación de sustentación del fallo (...)*²⁵.

Lejos de configurar una causal de nulidad, la omisiones valorativas del a quo, identificadas por el libelista, en los términos de la alzada, legitiman a esta Corporación para revisar la decisión adoptada por el Tribunal, con el propósito de corregir y enmendar, si a ello hubiere lugar, la providencia o consideración contraria a la legalidad, por errores en la apreciación probatoria o en la justipreciación de los medios de convicción. El recurso de apelación, entendido como un

²⁴ CSJ, Casación 29 de octubre de 2003, Rad. 17093.

²⁵ CSJ, Casación 21 de noviembre de 2002, Rad. 11581.

instrumento sustancial idóneo para prevenir y combatir la arbitrariedad judicial, es el medio procesal apto y eficaz para subsanar las falencias denunciadas, sin acierto, como causal para invalidar lo actuado.

Por lo anterior, la Sala no accederá a la solicitud de nulidad planteada por el togado.

El principio de congruencia

5. En los precisos términos del artículo 398 de la Ley 600 de 2000, la resolución de acusación se erige como el marco de referencia tanto del juzgamiento como de la sentencia. Los límites demarcados en el acto de llamamiento a juicio vinculan el fallo por proferir, desde las perspectivas fáctica y jurídica, debe mediar identidad, para garantizar la legitimidad y la legalidad del proceso penal.

Dicho lo anterior, la Corte reitera que esa correspondencia no puede ser absoluta y que la flexibilidad frente a eventuales variaciones dependerá de i) la naturaleza del cambio, si es fáctico o jurídico, ii) la efectividad material del derecho de defensa, en el claro entendido que el acusado no puede ser sorprendido con imputaciones que no fueron previstas en la acusación, y iii) no hacer más gravosa la situación del procesado. En esta materia la Sala ha precisado que:

“conforme con los requisitos formales de la resolución de acusación contemplados en los numerales 1º y 3º del artículo 398,

acerca de que debe contener la narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la especifiquen, así como la calificación jurídica provisional, la imputación fáctica y jurídica debía ser inequívoca preservando el límite para el juez de no agravar la responsabilidad del acusado al adicionar hechos nuevos, suprimir atenuantes reconocidas en la acusación o incluir agravantes no contempladas, pudiendo absolver o degradar la responsabilidad al condenar de manera atenuada bajo los criterios de lealtad, igualdad e imparcialidad y respetando el núcleo central de la imputación por ostentar el carácter de intangible e indisponible.

(...) En este sentido, la variación sólo puede ser de la imputación jurídica entendida como la imputación subjetiva, las circunstancias modales temporales y espaciales del comportamiento y la calificación jurídica dada al mismo, manteniendo en todo caso el entorno fáctico que le sirve de fundamento, al punto que es dable variar el título o capítulo del Código Penal, pero sin que implique adicionar un nuevo delito (...)"²⁶.

Así las cosas, los precisos términos de *la narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la especifican*, plasmada en la acusación constituyen una barrera infranqueable para el Juez en su decisión, motivo por el cual le está vedada la posibilidad al fallador de condenar por hechos y circunstancias que no consten en la resolución de acusación, so pena de afectar la estructura básica del debido proceso y la efectividad del derecho de defensa.

²⁶ CSJ, Casación 28 de noviembre de 2007, Rad. 27518.

Lo anterior, sin pasar por alto que en razón del esquema propio de la Ley 600 de 2000, la congruencia durante la instrucción también resulta extensiva entre la diligencia de indagatoria y la resolución de acusación. La injurada, como escenario natural para el ejercicio del derecho material de defensa, también supone una clara delimitación fáctica, en cuanto a los hechos que se investigan y cuya comisión se le atribuye al versionado, pero además jurídica en la concreción de una adecuación típica y su imputación con un carácter ciertamente transitorio.

Así lo ha entendido la Sala al reconocer que *“es cierto que se erige en un imperativo legal, de acuerdo con la sistemática reglada en la Ley 600 de 2000, que en el acto de la indagatoria al acusado se le debe poner de presente la imputación fáctica y jurídica del por qué se le vincula a la investigación a través de este medio”*²⁷.

Nótese entonces que entre la indagatoria, la resolución de acusación y la sentencia es imperativo observar rigurosamente la congruencia fáctica, pues al procesado se le debe respetar la garantía de no ser sorprendido con imputaciones que no fueron incluidas, fundamentalmente, en el acto de llamamiento a juicio.

Por último, antes de abordar el análisis en concreto, conviene precisar cuál es la consecuencia jurídica de la

²⁷ CSJ, auto 3 de julio de 2013, Rad. 41526. En igual sentido, Sentencia del 28 de septiembre de 2000 Rad. 12741; Auto del 19 de noviembre de 2003, Rad. 21.568; Auto del 12 de noviembre de 2003, Rad. 21.565; Auto del 15 de octubre de 2002, Rad. 20.019, Auto 2 de diciembre de 2008, Rad 30290.

violación al principio de congruencia, aspecto sobre el cual *“de tiempo atrás esta Corporación ha sostenido que cuando se alega la trasgresión al principio de congruencia, lo procedente no es decretar la nulidad sino ajustar la sentencia a la acusación, para de esa manera corregir el yerro atribuido al fallador de primera y/o segunda instancia (entre otras, CSJ SP, 11 Dic. 2003, Rad. 19775 y CSJ SP, 25 May. 2015, Rad. 42287).”*²⁸

5.1 En el presente asunto, a AMAYA BARRERA se le acusó por haber fallado una acción de tutela el 19 de agosto de 2004 y haber ordenado, en esa oportunidad, la reliquidación de la mesada pensional de 123 accionantes.

En el llamamiento a juicio, la Fiscalía instructora no fundamentó el delito de prevaricato por acción en la pérdida del expediente de tutela, las irregularidades en el reparto de la acción, en la pretermisión de la revisión por parte de la Corte Constitucional, ni en el acierto o desafuero sobre la aplicación de la Ley 100 de 1993, ni tampoco atribuyó al procesado responsabilidad por esas circunstancias.

Esta elemental pero contundente constatación impedía que el a quo fundamentara la sentencia condenatoria en circunstancias fácticas que no le fueron atribuidas al procesado. El pronunciamiento en sede de primera instancia se encontraba delimitado por el marco fáctico dispuesto en la acusación atrás referida²⁹. Las restantes irregularidades

²⁸ CSJ, Casación 25 de noviembre de 2015, Rad. 42510

²⁹ F1 91 de la resolución de acusación *“(...) como Juez de la República, surge que tenía conocimiento y manejo como Juez Constitucional, que pruebas debía allegarle, cuales (sic) debía exigir y que (sic) tenía que estudiar para admitir y luego para fallar la tutela, debiendo de (sic) examinar la situación de cada uno de los accionantes, para colegir así*

identificadas por el a quo, al no constar ni en la indagatoria ni en la acusación como circunstancias constitutivas de imputación fáctica, no podían cimentar el reproche al investigado. Al respecto, nótese que:

“De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, en la Ley 600 de 2000 la resolución acusatoria concreta los aspectos personal, fáctico y jurídico en que se desarrollará el juicio, por tanto el juez está obligado a dictar el fallo en consonancia con los cargos definidos en la acusación, sin que pueda condenar por fuera de esos precisos límites, salvo que una determinación de tal naturaleza, en punto de la especie delictiva, resulte favorable a los intereses del procesado y no desconozca el marco fáctico señalado en la providencia calificatoria, pues a éste no se le puede sorprender en la sentencia con hechos o delitos frente a los cuales no tuvo oportunidad de defenderse”³⁰

De las consideraciones del Tribunal, la del numeral 4 (reparto), 12.f, 13 - 15 (inaplicabilidad Ley 100) y 17 (revisión de la tutela), la Corte advierte que la Sala Mayoritaria de decisión quebrantó parcialmente la congruencia que debe

si eran pensionados, si habían elevado petición de reliquidación si habían interpuesto recursos, si los habían resuelto y si habían acudido a la vía administrativa con demanda y luego mirar si en verdad exista (sic) un perjuicio irremediable que atacara el mismo (sic) vital. Paro omitió toda revisión y estudio, vulneró el art. 86 de la Constitución política (sic) y el art. 6 numeral 1º, del Decreto 2591 de 2001. Por cuanto conocía las normas aplicables al trámite de la acción constitucional, y enterado que tenía que analizar la situación de cada uno de los accionantes, pero decidió fallar en contra de la entidad ordenando cancelación de dineros con fundamento en una decisión manifiestamente contraria a la ley”

³⁰ CSJ, Auto 29 de abril de 2015, Rad. 45429. SP, 13 sep. 2006, rad. 21596; CSJ AP, 14 feb. 2002, rad. 18457; CSJ SP, 4 ago. 2004, rad. 21287 y CSJ SP, 22 jun. 2006, rad. 24824; entre otras.

observarse entre la acusación y la sentencia, pues si bien condenó por el único delito por el que se elevó acusación, fácticamente edificó la responsabilidad del procesado y la materialidad de la conducta en hechos que parcialmente no le fueron atribuidos en la acusación y deben, como lo serán, excluidos del fundamento de la que resuelva la Corte.

La primera instancia concedió particular importancia³¹ en la sentencia condenatoria confutada al reproche jurídico de haberse ordenado la reliquidación de 123 pensiones *con aplicación del régimen contemplado en la Ley 100 de 1993*, ello a pesar de la **expresa prohibición** contenida en el artículo 279 de esa normatividad, según el cual “*El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica (...) a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio*”.

Sin embargo, ese cargo no fue imputado ni jurídica ni fácticamente, es más no se encuentra referido expresamente en la acusación y tampoco en la indagatoria, por lo que es excluido de esta decisión.

Con la pretensión de alcanzar un máximo de claridad, pero a la vez de guardar coherencia en el caso concreto en cabal aplicación del principio tratado, la Sala estima necesario detallar que la imputación fáctica de la acusación se contrajo, en esencia a: i) no haber adelantado averiguación oficiosa ante el silencio de la entidad accionada³² y así haber

³¹ Consideración 12.f.

³² Fl 148, cuaderno 4.

dado por ciertas las afirmaciones de los demandantes, sin evidencias en tal sentido³³; ii) falta de estudio particularizado de cada caso³⁴ y de revisión de los expedientes administrativos para fallar³⁵, así como, no relacionar la documentación en la decisión³⁶; iii) *“no revisaba la demanda de tutela como tampoco verificaba los documentos que allegaban como anexos”*³⁷, es decir falló sin respaldo probatorio³⁸; iv) *“proferir órdenes indiscriminadamente”*³⁹ con fundamento en una no acreditada irregularidad subyacente en las liquidaciones⁴⁰; v) tener por demostrado sin estarlo que se trataba de personas de la tercera edad⁴¹; vi) no pronunciarse sobre la gravedad e inminencia del perjuicio⁴².

Por su parte, la imputación jurídica contenida en la acusación se centró en: i) carencia de competencia para ordenar la reliquidación⁴³; ii) sustituir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa⁴⁴ y desconocer que *“por regla general, la tutela no procede para ordenar el reconocimiento de derechos pensionales ni reliquidaciones pensionales en discusión”*⁴⁵; iii) violar *“flagrantemente el principio de subsidiariedad y residualidad del procedimiento de*

³³ Fl 192, cuaderno 4.

³⁴ Fl 192, 197 y 201, cuaderno 4.

³⁵ Fl 146, cuaderno 4.

³⁶ Fl 192, cuaderno 4.

³⁷ Fl 190, cuaderno 4.

³⁸ Fl 191, cuaderno 4.

³⁹ Fl 193, cuaderno 4.

⁴⁰ Fl 187, cuaderno 4.

⁴¹ Fl 194, cuaderno 4.

⁴² Fl 200, cuaderno 4.

⁴³ Fl 188, cuaderno 4.

⁴⁴ Fl 190, cuaderno 4.

⁴⁵ Fl 198, cuaderno 4.

tutela”⁴⁶; iv) concesión de un amparo sin carácter transitorio⁴⁷ y la consecuente emisión de una orden de reliquidación “*incluyendo todos los factores salariales sin prescripción, junto con la respectiva indexación y la retroactividad*”⁴⁸; v) falta de inmediatez⁴⁹ de la acción; vi) nulo agotamiento de la vía gubernativa⁵⁰ y vii) vulnerar con su decisión los artículos 86 superior y 6.1 del Decreto 2591 de 1991.

Precisado lo anterior, la condena no puede fundamentarse en la imputación consistente en *ordenar la aplicación de un régimen inaplicable*, como tampoco en las restantes irregularidades mencionadas (reparto, pérdida del expediente, trámite de revisión), pues éstas tan solo aparecen en la sentencia impugnada, lo que según el principio de congruencia impide cimentar la condena en hechos o cargos nuevos que no constan en la acusación.

En consonancia con lo referido, a pesar de evidenciar que la sentencia condenatoria procedió por hechos parcialmente no atribuidos en la resolución de acusación al procesado, la Sala circunscribirá su pronunciamiento a los precisos términos de la imputación contenida en el acto de llamamiento a juicio ya referidos, para de esa manera corregir el dislate del fallador de primera instancia y, de este modo, emitir una decisión limitada a la coherencia fáctica y

⁴⁶ Fl 191, cuaderno 4. Con expresa referencia al artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. Fls 202, 203, 206 y 211.

⁴⁷ Fl 200, cuaderno 4.

⁴⁸ Fl 211, cuaderno 4.

⁴⁹ Fl 190, cuaderno 4.

⁵⁰ Fl 186 y 189, cuaderno 4.

jurídica en los términos de la resolución que calificó el mérito del sumario.

El expediente de tutela 2004 – 00262.

6. Tal y como fue reconocido, tanto por los sujetos procesales como por el a quo, este proceso penal no cuenta con copia del expediente de tutela 2004-00262, decidido en primera instancia por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad.

6.1 En la presente actuación no reposa copia de i) la acción de tutela, ii) 513 folios aportados como anexos, iii) trámite de la solicitud de amparo; iv) recurso de apelación presentado por el entidad accionada; v) sentencia de segunda instancia que revocó la orden impartida por el procesado; y vi) del envío a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Pero en ese contexto, la Sala encuentra que la investigación adelantada explica y ofrece suficientes elementos para resolver sobre lo ocurrido y los supuestos necesarios para la decisión de condena que se confirma en esta providencia.

Tanto en la denuncia, como en las resoluciones de definición de situación jurídica y de acusación, así como en el fallo confutado, se hace referencia a la emisión de la decisión de tutela, el 19 de agosto de 2004, dentro de la acción adelantada bajo el **radicado 2004-00262**. Esa información encuentra respaldo en la copia del respectivo folio del libro

radicador de tutelas del Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá.

El 5 de julio de 2012, al dar apertura a la investigación previa el Fiscal 34 Delegado ordenó “3. *Oficiar al Juzgado 1º Penal del Circuito solicitando fotocopias integras, legible (sic) del expediente de Tutela 200.00202 (sic) cuyo demandado es CAJANAL, decisiones de segunda instancia si las hubiere*”⁵¹

En cumplimiento de esa orden, el 9 de julio de la misma anualidad, el asistente del Despacho ofició al Juzgado 1º Penal del Circuito⁵² para solicitar “*se sirvan enviar a este despacho fotocopia o el original del proceso de tutela con el radicado 2004.00202 siendo accionante AIDA LUCÍA ACERO DE DUPONT y otros, contra CAJANAL EN LIQUIDACIÓN*”

Igualmente, ese mismo funcionario, el 30 de julio de 2012 le solicitó a la Dirección Ejecutiva Seccional “*indicarnos la ubicación actual del expediente de acción de tutela 2004 – 00202, (sic) fallada en el Juzgado Primero Penal del Circuito el día 19 de agosto de 2004, demandantes AIDA LUCÍA ACERO DE DUPONT Y OTROS contra CAJANAL*”⁵³.

Esos documentos contenían al menos dos imprecisiones relevantes, pues, de un lado, indicaban erróneamente el número de radicado de la acción de tutela y, de otro, omitían indicar la actuación por intermedio de un apoderado especial por parte de los 123 accionantes, es decir que la tutela en las

⁵¹ Fl 40, cuaderno 2.

⁵² Oficio 004126, fl 42, cuaderno 2

⁵³ Oficio 004483, Fl 92, cuaderno 2.

diferentes bases de datos podía aparecer a nombre del abogado de los actores.

En efecto, el 24 de octubre⁵⁴ de 2012, el Coordinador del Grupo de Archivo Central de la Dirección Ejecutiva Seccional manifestó que *“revisada la información aportada por usted se procedió a realizar la búsqueda en la base de datos del archivo central, en las carpetas que entregó para su custodia el Juzgado 1 Penal del Circuito, encontrando relacionado en el paquete 5 de procesos enviados a los Juzgados de Ejecución de Penas **el proceso N°. 2004-0202, pero no corresponde a Tutela.** Anexo copia para que verifique la información. **Por lo anterior, se requiere que verifique la información.** Se le solicita nombre de demandante y cédula, **ya que por nombre no se encontró reparto, para hacer nueva búsqueda”** (Destaca la Sala).*

Ese mismo funcionario remitió oficio el 28 de noviembre de 2012⁵⁵, en el que sostuvo que *“revisada la información aportada por usted se procedió a realizar la búsqueda en la base de datos del archivo central, en las carpetas que entregó para su custodia el Juzgado 1 Penal del Circuito, encontrando relacionado en el paquete 5 de procesos enviados a los Juzgados de Ejecución de Penas **el proceso N°. 2004-0202, pero no corresponde a Tutela,** (sic) como se le había informado en Oficio DESAJ-12 AR-6589. En la página web de la Rama Judicial, aparece reparto de tutela al Juzgado 21 Penal del Circuito, **de fecha 29 de julio de 2005,** con número de*

⁵⁴ Fl 93, cuaderno 2

⁵⁵ Fl 95, cuaderno 2

secuencia 16778, Accionante: AIDA LUCÍA ACERO DE DUPÓNT, Accionada CAJANAL (...) para que le informen al número del proceso, número de paquete y año de archivo, para poder realizar la búsqueda” (Destaca la Sala).

El 15 de febrero de 2013, el asistente de la Fiscalía ofició al Juzgado 21 Penal del Circuito “*se sirvan entregar a este despacho, con relación a la acción de tutela de AIDA LUCÍA ACERO DE DUPONT Y OTROS contra CAJANAL, fallada por el Juzgado Primero Penal del Circuito el día 19 de agosto de 2004, al parecer con número **2004.00202**, con número de secuencia 16778; información sobre el número real del proceso, el número de paquete y el año del archivo*”⁵⁶. Esa solicitud se hizo sin tener en cuenta la divergencia de fechas, así como la información complementaria enviada por la oficina de archivo que daba cuenta de 3 acciones de tutela presentadas por AIDA LUCÍA ACERO DE DUPONT en 2003, 2004 y 2005⁵⁷, ninguna de ellas correspondiente a la decisión adoptada por el aquí procesado.

Posteriormente, el Coordinador de la Oficina de Administración del Complejo Judicial de Paloquemao, sobre la tutela 2004-00262 dijo “*me permito informar que se verificó el archivo sistematizado de reparto SARJ- **Ley 600**, implementado a partir del 1 de abril de 2003, y no se evidencio (sic) ninguna **reasignación de la mencionada tutela**: por lo anterior esta oficina corre traslado de su oficio, a la oficina de Archivo Central (...) por cuanto **la mencionada dependencia cuenta bajo su***

⁵⁶ Oficio 1192, fl 97, cuaderno 2 reiterado en los mismos términos el 23 de mayo de 2013, fl 99

⁵⁷ Fl 96, cuaderno 2

custodia de las tutelas y procesos de los extintos Juzgados⁵⁸ (Destaca la Corte)

Finalmente, el 16 de mayo de 2014 el Coordinador del Grupo Archivo Central, en cuanto a la “*información de la acción de Tutela 2004-262 promovida por AIDA LUCÍA ACEDRO DE DUPÓN y Otros*”, manifestó que “*desplegadas las labores de búsqueda en los archivos entregados a esta entidad por parte del extinto Juzgado 1 Penal del Circuito, no fue posible obtener la ubicación física de la Acción de Tutela. De acuerdo con lo anterior, no existe evidencia física de la **entrega** de la misma para custodia por parte del archivo central*”⁵⁹.

Esta situación debe correlacionarse con la información obrante en el folio del libro radicador del Despacho⁶⁰ y la impresión obtenida⁶¹ del sistema de consulta de procesos de la Rama Judicial.

De conformidad con lo consignado en ese cuaderno, el 4 de noviembre de 2006 el Juzgado “*concede recurso de apelación interpuesto contra el anterior fallo, por la parte demandada para ante el H. Tribunal Superior Sala Penal*”, nada se reseñó sobre el resultado de la apelación, envió a la Corte Constitucional, ni selección para revisión, ni regreso del expediente en físico al Despacho.

⁵⁸ Fl 118, cuaderno 2.

⁵⁹ Fl 279 a, cuaderno 2

⁶⁰ Fl 39, cuaderno 3

⁶¹ Fl 40, cuaderno 3.

Por otra parte, según la copia de la consulta efectuada el 30 de abril de 2014 con el radicado 01200400262-01 **demandante(s) 79343655 – JHON GROVER ROA SARMIENTO**, demandado(s) CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN, asunto acción de tutela segunda instancia, la actuación fue remitida a la Corte Constitucional el 25 de enero de 2005 con oficio 1850, pero a la fecha de consulta, esto es, 9 años después, se registraba que la **ubicación del expediente** es la **Corte Constitucional**.

La Secretaria General de la Corte Constitucional, el 19 de diciembre de 2014 informó que se encuentran registradas dos acciones de tutela en las que aparece como accionante AIDA LUCÍA ACERO DE DUPONT con radicados T-0861407 del 25 de febrero de 2004 y T- 1190209 del 31 de agosto de 2005. Igualmente aclaró que “*en caso de que la acción de tutelas (sic) no corresponda con los datos suministrados, **allegar más información que nos permita su pronta ubicación***”⁶². Sin embargo, el 24 de diciembre siguiente se profirió la resolución de acusación y durante la etapa probatoria del juzgamiento ni se insistió en esa solicitud ni se allegó copia del expediente de tutela 2004-00262.

Este recuento procesal permite advertir, además de los yerros fácilmente identificables en las solicitudes, que la información de las solicitudes también fue parcial, en el entendido que la referencia al nombre del apoderado, según el sistema de consulta de la Rama Judicial, hubiera permitido, al parecer, ubicar el proceso en físico.

⁶² Fl, 219. Destaca la Sala.

El reconocimiento de los anteriores supuestos tiene por único objetivo evitar que a la cuenta del procesado le sea objetiva y adversamente atribuida la desaparición del expediente, pues a quien le correspondía la carga de acreditar su existencia y contenido era al aparato estatal, en cabal desarrollo del principio de investigación integral, para desvirtuar la presunción de inocencia que se mantiene incólume en aquellos eventos en los cuales el órgano de persecución penal no satisface la carga de probar la culpabilidad del procesado, quien no tenía en su custodia el proceso ni se encuentra obligado a probar su inocencia.

El razonamiento que antecede no obstaculiza la viabilidad de emprender el examen solicitado por los recurrentes en segunda instancia, en este proceso, pues en el expediente sí reposa el fallo de tutela como único referente de interés para determinar la responsabilidad penal del procesado.

6.1.1. Una vez revisado el expediente, la Sala resuelve en este acápite puntales interrogantes que no impiden hacer el juicio de responsabilidad del procesado, de los que se destacan:

i) No existe certeza sobre el contenido de los 9 folios de la acción ni de los 513 allegados como anexos de la tutela⁶³. Sin embargo, es indiscutible que el procesado no los relacionó por

⁶³ Fl 39, cuaderno 3. La fiscalía reconoció expresamente, al referirse al expediente de tutela y los soportes allegados con la misma, que “*en este caso no se sabe qué fue lo que anexaron*”, Audiencia 13 de agosto de 2015, Cd 20:49.

contenido en su decisión, lo que soporta la inferencia de falta de revisión de tales elementos u omisión deliberada por el sentido del fallo adoptado.

ii) Se desconocen los motivos por los cuales, en segunda instancia, el Tribunal Superior de Bogotá revocó la orden de tutela. Esa situación no impide la configuración del prevaricato por acción, el que se contrae al contenido del fallo proferido en primera instancia.

iii) No se estableció la razón para ejecutar un fallo impugnado y calificado como ilegal. Se desconoce por qué CAJANAL procedió a reliquidar 81 pensiones, si había apelado el fallo de tutela y el Tribunal Superior de Bogotá revocó la orden del Juez Penal del Circuito. Tampoco si la entidad recurrió el fallo y revocaron la sentencia, por qué en las resoluciones de reliquidación no se hizo mención a tales antecedentes. Estas inquietudes en sí no tienen que ver con la conducta reprochada a AMAYA BARRERA sino con la del apoderado de 81 pensionados y la de los operadores al interior de CAJANAL.

iv) El extravío del expediente impide determinar con certeza qué fue lo ocurrido con el acta de reparto de tutela. Aunque el Tribunal afirma que se radicó directamente en el Juzgado, no existe certeza sobre esa situación que además sería, en principio, ajena al Juez, máxime si se tiene en cuenta que según el libro radicador del Juzgado la demanda fue

*“recibida en la fecha del reparto en 9, 9 y 9 folios. C. Anexos con 513 folios, el 2 de agosto de 2004”*⁶⁴.

v) No se sabe qué pasó con el expediente al ser remitido a la Corte Constitucional. Según el documento aportado por la defensa⁶⁵, el 25 de enero de 005 fue enviado a la Corte Constitucional con oficio 1850. Una vez revocada la tutela por el Tribunal Superior de Bogotá el personal encargado tanto de la notificación, como del envío del expediente, era el vinculado a la Secretaria de ésta última Corporación y no el personal del Juzgado Primero Penal del Circuito, ni el entonces Juez.

Todos estos interrogantes generados por la referida irregularidad permiten excluir que la responsabilidad penal del procesado encuentra su fundamento en anomalías procesales que no le son probatoriamente atribuidas y que, en principio, son ajenas a su rol funcional y a la decisión por él adoptada.

Por ello la comprobada existencia de esos cuestionamientos mal puede ser resuelta en contra del procesado, lo que no obsta, como se verá, para, que la Sala con base en los demás supuestos comprobados confirme la condena.

Tipicidad de la conducta

7. De conformidad con el artículo 413 original del Código Penal, incurre en el delito de prevaricato por acción

⁶⁴ Fl 39, cuaderno 3.

⁶⁵ Fl 40, cuaderno 3.

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

De la disposición transcrita se desprende que para la estructuración del prevaricato por acción se exige (i) un sujeto activo cualificado que ostenta la calidad de servidor público y se encuentra en ejercicio de sus correspondientes funciones legales y reglamentarias, (ii) la emisión de una decisión u opinión⁶⁶ que reviste la forma de resolución, dictamen o concepto (decisiones judiciales y actos administrativos) y se caracteriza por ser (iii) manifiestamente contraria a la ley, es decir, una determinación cuya irregularidad es notoriamente visible sin recurso a complejas o elaboradas elucubraciones, y (iv) la conducta es desplegada con el evidente propósito de cometer el delito.

Se trata, entonces, de una conducta delictiva de modalidad eminentemente dolosa en la que el sujeto activo cualificado tiene conocimiento de la ilicitud de su proceder y así orienta libremente su voluntad en la adopción de la decisión notoriamente irregular, con la desvalorada finalidad de favorecer intereses propios o ajenos.

⁶⁶ CSJ, Sentencia 6 de abril de 2005, Rad. 19761

Definidas las anteriores aristas, la Sala advierte que en el caso concreto sólo existe discusión frente a dos de los elementos atrás descritos, pues los recurrentes insisten en que la sentencia de tutela no puede calificarse como ostensiblemente contraria a derecho y, en cualquier caso, no resulta posible predicar la existencia de dolo en el proceder de AMAYA BARRERA.

Antes de proceder al pronunciamiento minucioso y detallado deviene imperativo dar contestación al razonamiento esgrimido por el defensor, en punto de la lógica de una condena por el punible de prevaricato por cuando “*se endilgaron cargos consistentes en no haber analizado de manera individual la situación de cada uno de los accionantes; de no haber decretado pruebas, ni de haber hecho valoración probatoria, es decir por unas presuntas conductas omisivas*”⁶⁷.

El argumento defensivo sólo tiene en cuenta la distinción entre los conceptos de acción y de omisión, desde una perspectiva ontológica, según la cual la conducta activa de adoptar una decisión es diferente de la omisiva de eludir y no realizar pronunciamientos esperados, razonamiento que siendo válido resulta insuficiente por cuanto, en ciertos supuestos, la claridad y simpleza de esa distinción resultan desafiadas, dado que cada comportamiento debe ser valorado en un contexto en el que se identifica un hacer que concurre con una omisión que habría evitado el resultado, como nociones cuya preeminencia puede variar valorativamente.

⁶⁷ Fl 201, cuaderno 8.

La controversia radicaría entonces en la coexistencia de una acción jurídicamente desvalorada e imputable al procesado (adoptar una decisión judicial cuyo carácter ilegal es notorio) y la omisión de conductas relevantes que hubieran evitado (ya no la emisión del fallo como resultado, sino la configuración del elemento valorativo manifiestamente contrario a derecho). Sin desconocer tal dicotomía, el presente asunto debe valorarse desde el punto de vista de la comisión (proferir sentencia) por erigirse como el epicentro del reproche, tras haber adoptado una decisión ilegal producto del deliberado incumplimiento de unos deberes de motivación, verificación fáctica y probatoria.

Lo que se sanciona no es propiamente el haber omitido valorar cada caso, verificar la existencia y alcance de cada derecho, no haber solicitado ni valorado pruebas, sino el haber decidido contra la legalidad (acción) en esas precisas circunstancias omisivas, contando con la posibilidad real de superarlas.

Nótese que, desde la óptica tanto de la causalidad como de la exigibilidad de otra conducta, si el enjuiciado hubiere despachado negativamente la solicitud de amparo, sin alusión a un estudio particularizado de cada actor, ni valoración probatoria, aún en presencia de dichas omisiones el reproche desaparecería, mientras que si hubiera observado los deberes de fundamentación propios del funcionario judicial no habría tutelado los derechos ni ordenado una reliquidación indiscriminada, es decir habría evitado la

emisión de una sentencia contraria a derecho como resultado desaprobado objeto de reproche.

Así las cosas, si bien con el hecho activo se evidencia una omisión, en los términos expuestos debe valorarse prioritariamente el comportamiento comisivo de haber adoptado una sentencia manifiestamente contraria a derecho, pues es el hito jurídicamente significativo para el juicio de reproche bajo el entendido que el único que controlaba el curso causal de la acción, el contenido de la decisión era el procesado quien con ese dominio, caprichosamente eligió qué considerar, valorar y estudiar como fundamento del fallo a adoptar.

7.1 Como punto de partida, se impone cotejar el contenido de la normatividad presuntamente infringida por el procesado, con el contenido de la sentencia del 19 de agosto de 2004, para ratificar la conclusión del a quo en punto de la manifiesta ilegalidad de la providencia.

De conformidad con la resolución de acusación⁶⁸ la sentencia de tutela se apartó ostensiblemente de los artículos 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto 2591 de 1991. Así formulada la acusación, tales disposiciones normativas se erigen como el baremo vinculante para analizar la legalidad del mencionado proveído.

La Fiscalía en su instrucción y en sus intervenciones durante la fase de juzgamiento se abstuvo de cuestionar el

⁶⁸ Fls 74, 77, 87, 88, 91, 96 y 97.

estatus de jubilación de los demandantes, es más en la acusación reconoció expresamente que *“para ninguno de los accionantes se demostró el perjuicio irremediable que comprometía el mínimo vital tutelado, toda vez que todos y cada uno de los accionantes referidos se encontraban pensionados, obviamente recibían mesadas, lo que hacía suponer siquiera indiciariamente que en tal situación se hallaban”*⁶⁹. Sin embargo, si fue objeto de reproche la existencia y medida del derecho a la reliquidación de cada uno del centenar de actores.

Con la prueba obrante en la actuación⁷⁰ debe concluirse que i) de los 123 accionantes, 116 por ser docentes

⁶⁹ Fl 190, cuaderno 4.

⁷⁰ Fue posible establecer la existencia de 116 actos administrativos de reconocimiento de pensión a los docentes María Luisa González Sarmiento, Chiquinquirá Romero de Acosta, Clara Inés Gómez de Méndez, Ruth Stella Duque Aguirre, María Aurora Flores Rodríguez, María Soledad Gómez Naranjo, Alfonso Olaya Ruiz, María Idaly Cruz, María Teresa De las Mercedes Lara de Mancipe, Góngora Sabas Peña, Emilia de Jesús Villegas de Guevara, Rosa Elena Clavijo de León, Clara Eloísa Rojas de Arce, Marleny Romero de Amador, María Ignacia Pulido Vásquez, Colombia de Jesús López Vélez, Claudia Leonor Gómez de Contreras, Teresa Elvira Amaya Vda de Gómez, Libia Montoya García, María Irene Lozano, Lidia Cecilia Linares Aguilera, Margarita Pabón Parrado, Ana Luz Cabrera Galindo, Fanny Cecilia Enciso de Rojas, Berta Inés Grisales de Aguirre, María Helena Pinzón de Quintero, Olga Bernal de Rodríguez, Myriam Medina Vda Montaña, María Baltina Ortiz Salcedo, Gilma Moreno de Ramírez, José Basilio Prieto Álvarez, Federman José Feo Olaya, María Ángela Flor Gaitán De Alape, José Antonio Moreno Pacheco, María Magdalena Sierra de Vidal, Eulalia Álzate Zuluaga, Calderón de Vera Ana Belén, Omar Antonio Jiménez Acosta, Gloria Mercedes Gaitán Sánchez, Olga Marina Martínez Simanca, María Doris Uribe de Valencia, Beatriz Beltrán de González, Islena Montealegre Duran, Clara Inés Navarro de Guzmán, Carmen Cecilia Calderón Beltrán, Fanny Abeba Garavito de Beltrán, Pedro Umaña Corredor, Ariel Bonilla Soto, Alfonso Olaya Ruiz, Aida Lucía Acero de Dupont, Danilo Obando Erazo, Luis Enrique Tovar Devia, Elsa Gladys González de Prieto, Eugenia Bayamón de Jiménez, Víctor Bagarozza Pava, Julio Hernando Velásquez Mahecha, María de Jesús Cortes Becerra, Amparo Perdomo Medina, Emma Stella Daza Cortes, Jorge Salazar Vélez, María Inés Monsalvo Lozano, Humberto González Parra, Ofelia Tovar de Arce, Luis Eduardo Nieto Lucena, Purificación Rodríguez de Fajardo, María de Jesús Aragón Sánchez, Blanca Sofía Ramos de Sánchez, Julio Abraham Martín Novoa, Claudia Alicia Gómez Pardo, María Julia Garavito de Pinzón, Rosalba Martínez Ramírez, Gilma Gómez de Gallego, Azarías Mosquera Borja, Amparo Álzate de Muncker, Jaime Fernando Casas Vásquez, Francisca Jiménez de Hernández, Luz Stella Nope de Pacheco, Ana Gladys Bonilla de Pinto, Manuel Enrique Sánchez Segura, Antonio Mario Hurtado Cardona, Julia Elvira Contreras de Riaño, Ana Lucila Gantiva de Gutiérrez, María Acela Romero Vigoya, Leonor Méndez de Rodríguez, Hortensia Rodríguez de Beltrán, Lilia María Garavito de Garzón, Ismael Leal Martínez, María Teresa Ramírez Celeita, María Yamile Gil Amórtegui, Alicia Quevedo de Bohórquez, Margot Pino Vélez, María Cristina Figueroa de García, Mery Ascencio, Luz Nelly Rivillas de Martínez, Rosalba Beltrán

pensionados eventualmente podrían tener derecho a la reliquidación, **previa valoración de cada situación**, y ii) no existe ninguna noticia que CAJANAL o la UPGG hayan solicitado la nulidad de esos actos administrativos de reconocimiento de la pensión con su correspondiente declaratoria en sede judicial⁷¹. Adicionalmente, lo alegado y probado en esta actuación indica que a tan sólo a 81 actores les fue efectivamente reliquidada la pensión, lo que resultaría indicativo que estos últimos beneficiarios sí tenían derecho a ello.

Sin embargo, esas reliquidaciones tuvieron lugar en cumplimiento del fallo de tutela proferido por AMAYA BARRERA, pues en cada resolución adoptada se hizo constar, en términos similares o idénticos, que *“la peticionario(a) inició acción de tutela, por intermedio de apoderado(a), correspondiéndole conocer al JUZGADO PRIMERO PESORNAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ quien en sentencia del 19 de agosto de 2004 ordeno (sic) a CAJANAL reliquidar y cancelar la pensión de los accionantes previas las siguientes consideraciones [transcripción de apartes de la decisión] (...) Que esta entidad procede a dar cumplimiento a lo ordenado por el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO*

García, María Daissy García de Torres, María Alicia Flórez Rodríguez Jesús Alberto Berján Cortabarría, Beatriz Ramírez de Pinzón, Héctor Tique Duran, Gladys Alicia Guevara de Espinosa, Luz Marina Moreno de Castro, María del buen consejo Vizcaíno de Parrado, Flor Stella Villamil Sandoval, Ana Sofía Bustos de Ordoñez, Rita Cecilia Benavidez de Ortega, Luis Magín Longa Rentería, Blanca Mejía de Torres, Rosario Romero Moreno, Evidalia Castañeda, Carmen Elisa Manrique Bocanegra, Blanca Emilia Lesmes, Aurora López Marín, Ana Margoth Cárdenas de Castellanos, Magaly Isabel Logreira, Teresa de Jesús Castillo.

⁷¹ Audiencia 13 de agosto de 2015, Cd 1:03:12, la apoderada de la parte civil afirmó *“la entidad UGPP ha hecho esfuerzos través de su área de lesividad y de su personal para demandar todos los actos administrativos que se dieron con ocasión de estos fallos irregulares para lo cual me permito manifestar que esta tutela se encuentra en estudio para poder realizar estas respectivas acciones”*.

*DE BOGOTÁ en sentencia del 19 de agosto de 2004, procede a reliquidar por nuevos factores salariales la pensión reconocida a (...) Que la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EICE, salva cualquier responsabilidad de carácter penal, disciplinario o fiscal, que se pueda originar con ocasión de la presente providencia por cuanto obra en cumplimiento de un fallo de tutela*⁷².

Por otra parte, sobre los siete casos restantes no reposa información sobre la calidad de docentes, estatus de jubilados, edad en agosto de 2004, ni ningún dato que, al menos de manera preliminar, constituya razón inicial para haber ordenado la reliquidación a través del amparo.

Por documentación aportada por la defensa, se tiene noticia de la revocatoria del fallo de tutela en segunda instancia en diciembre de 2010, pero no de los motivos, es decir si fueron de orden procesal por la existencia de otros medios de defensa o sustancial por inexistencia del derecho.

Con base en el acervo probatorio obrante en la actuación no resulta posible saber qué soportes acreditaban la pretensión de reliquidación en agosto de 2004, por cuanto el expediente no fue allegado a esta actuación, pero además porque el procesado estando en la posibilidad y obligación de particularizar el estudio para determinar la existencia del derecho a amparar ninguna valoración probatoria plasmó en su decisión. Al fallar la acción, AMAYA BARRERA debía establecer probatoriamente cuáles de esos 123 casos tenían

⁷² Resoluciones obrantes en el cuaderno 1 de la actuación.

derecho a percibir un reajuste pensional, en qué proporción y por qué concepto como tópicos soslayados que permiten predicar la contrariedad de la decisión con el ordenamiento.

Si bien no puede presumirse que los 123 accionantes carecían del derecho a la reliquidación y este no puede ser el supuesto para responsabilizar penalmente al procesado, no es menos cierto que en este asunto se logró establecer que la orden del Juez en 38 casos resulta manifiestamente contraria a derecho al ordenar una reliquidación pensional indiscriminada a personas que carecían del derecho a ello bien porque i) 31 demandantes ya habían obtenido la reliquidación y 7 casos no contaban con prueba de ser docentes con estatus de jubilados.

De lo expuesto se colige entonces que la ilicitud de la decisión se contrae a los asuntos señalados en los términos de la reliquidación sin prescripción, con indexación y sin certeza del derecho de cada accionante. Un detenido y acucioso análisis de la sentencia adoptada el 19 de agosto de 2004 permite arribar a las conclusiones que se precisan en punto de la notable contrariedad de lo decidido y ordenado con las disposiciones normativas aplicables.

En el presente asunto, el fallo cuestionado es el resultado de una motivación insuficiente y de la prevalencia del caprichoso criterio del procesado, como únicas razones que explican i) el manifiesto desconocimiento del carácter subsidiario de la acción, así como del requisito de

inmediatez, y ii) el amparo de derechos prescritos y cuya vulneración no fue fehacientemente acreditada.

7.2 Tratándose de la resolución jurídica de controversias suscitadas entre o por los administrados fue desterrada la arbitrariedad judicial, para dar paso a una discrecionalidad reglada reconocida al Juez en su labor de interpretar la normatividad y valorar el supuesto de hecho, en el marco de las probanzas obrantes en cada actuación, para finalmente aplicar el precepto legal que permite poner fin a la problemática estudiada, a través de una decisión que imperativamente debe motivar.

El inobservable deber de motivación de la decisión judicial adquiere precisamente un inusitado valor sustancial, por cuanto la exigencia de exponer las razones de hecho y de derecho, con el debido respaldo probatorio, es el medio eficaz que permite erradicar la tiranía al fallar, pues deben ofrecerse las razones suficientes, precisas y concretas de una determinación.

La jurisprudencia de esta Corporación, en materia del prevaricato por acción, permite objetivamente calificar como prevaricadoras aquellas decisiones judiciales carentes de fundamentación, en tanto de lo único que dan cuenta es del capricho de quien las adopta.

Para la Corte una providencia judicial huérfana de la motivación necesaria en lo fáctico, jurídico y probatorio,

además de ostensiblemente contraria a la Ley, debe ser entendida, sin duda alguna, como una decisión arbitraria.

En el caso concreto, verificado el contenido del fallo de tutela y contrastadas las consideraciones de la sentencia de la primera instancia con las vertidas en el recurso de apelación, para la Sala no puede pasar inadvertido un hecho cierto que no admite contradicción y según el cual el procesado, en la sentencia de 19 de agosto de 2004, omitió efectuar un razonamiento jurídico, fáctico y probatorio de la situación de cada uno de los 38 actores para proceder a amparar unos derechos fundamentales cuya vulneración u amenaza no se encontraba realmente acreditada.

Nótese que en el cuerpo de la aludida providencia únicamente indicó, sin que los 123 accionantes se encontraran en la misma posición, consideraciones genéricas y palmariamente insuficientes para amparar los derechos y ordenar la reliquidación.

En primer lugar, hizo consistir la viabilidad de la acción de amparo en la correlación de dos variables, la edad de los actores y la *ineficacia* del mecanismo ordinario de defensa, pues en los términos de la decisión cuestionada “*es claro que los accionantes cuentan con otro mecanismo de defensa ante la jurisdicción contencioso administrativa (...) pero dicho medio no es tan eficaz como la acción tutelar, en la medida en que el contencioso administrativo no está en capacidad de resolver prontamente el conflicto planteado, brindando la protección sobre los derechos invocados por los accionantes, por lo que*

*quedarían sometidos a las resultas de un proceso que en promedio dura aproximadamente 4 años, viéndose necesariamente afectados, **máxime si se tiene en cuenta que son personas que pertenecen a la tercera edad***⁷³. (Destaca la Corte).

A pesar de la aparente ponderación que subyace a dicha consideración, la misma fue realizada de manera general y abstracta sin ninguna conexión con el asunto analizado. Esa conclusión además de obvia, emana con sencillez, pues el fallo nada dijo y analizó sobre quiénes habían iniciado una acción contenciosa, aserto trascendente en la medida en que el mismo Juez no impartió una orden transitoria ni encaminada a evitar un perjuicio irremediable, pero tampoco se interesó por particularizar el argumento de la tercera edad.

En su decisión, el procesado afirmó que *“los accionantes laboraron como docentes, un tiempo superior a 20 años al servicio del Estado, razón por la cual se hicieron acreedores a la pensión jubilación, **dentro de la cual no se tuvo en cuenta los diferentes factores salariales**, por lo que es deducible que se les está ocasionando un perjuicio, que no están obligados a soportar, siendo por ello por lo que procede el estudio del amparo solicitado*⁷⁴. (Destaca la Corte).

En la investigación penal se demostró que por lo menos en 7 personas de los 123 accionantes no podía haberse acreditado la calidad de docentes ni el estatus de jubilados, lo

⁷³ Fl 23, cuaderno 1.

⁷⁴ Fl 23, cuaderno 1.

que evidencia lo ostensible que resulta contra el ordenamiento jurídico la decisión del procesado.

Además, el Juez no indicó en qué casos precisos de los 31 accionantes que se les había reliquidado y cuáles eran los factores salariales inobservados en la liquidación, es decir no individualizó la afectación, ni señaló frente cada accionante cómo la supuesta omisión generaba un daño con afectación a los derechos fundamentales.

Al afirmarse en el fallo de tutela que *no se tuvo en cuenta los diferentes factores salariales* el procesado se encontraba obligado a identificar caso por caso, pues la titularidad de los derechos afectados así lo imponía, cuál fue el factor no reconocido y por qué cada accionante tenía derecho a ver incrementada su mesada pensional por ese particular concepto.

Esa deliberada abstención de analizar cada caso tuvo significativa repercusión en la amañada y ligera argumentación para amparar los derechos. Si el procesado no identificó en qué casos no se habían incluido factores salariales o qué factores no fueron reconocidos, cómo podía deducir la existencia de una afectación que hiciera viable la protección deprecada.

El único fundamento del fallo de tutela fue la suposición del detrimento y la consecuente necesidad, en todo caso aparente, de cesar sus efectos. En esas circunstancias, la existencia real de un menoscabo a derechos superiores exigía

determinar el factor salarial dejado de incluir en uno, varios o todos los casos. Ese estudio no lo efectuó el procesado, pero si concedió un amparo indiscriminado y notoriamente ilegal.

En efecto, nótese que uno de los aspectos nucleares de la decisión, dolosamente inobservado, es el relacionado con las reliquidaciones solicitadas u ordenadas con anterioridad, mismo que acredita que AMAYA BARRERA no aludió a evidencia alguna y tampoco emprendió un análisis valorativo que correlacionara el alcance de la orden y la situación de cada actor, en el marco de la inminencia y concreta afectación de las garantías fundamentales invocadas.

Previo a tutelar los derechos y ordenar la reliquidación, el procesado se encontraba obligado a verificar, en cada uno de los 31 accionantes de los 123 casos, si los actores ya habían solicitado la reliquidación de su pensión y cuál había sido el pronunciamiento de CAJANAL, con el objetivo de verificar qué no fue reconocido y por qué, lo que permitía establecer que a 31 de ellos ya se les había reconocido. Esa constatación no debe ser equiparada con la exigencia contenida en la resolución de acusación en materia de agotamiento de la vía gubernativa o presentación del derecho de petición, pues ese no era el centro del debate en sede constitucional.

En ese aspecto, el artículo 9 del Decreto 2591 de 1991 dispone que “*no será necesario interponer previamente la reposición y otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. El interesado podrá interponer los recursos administrativos, sin perjuicio de que ejerza directamente en cualquier momento la acción*

de tutela". Por virtud de dicho precepto normativo, ciertamente, la configuración del delito imputado no puede edificarse en la falta de prueba sobre el agotamiento de la vía gubernativa por parte de los accionantes, pues esa exigencia procesal no ha sido prevista como un requisito para acudir directamente a la acción de amparo, ni como causal de improcedencia de la misma y por ende este supuesto no es el soporte de la condena en este asunto.

El examen que echa de menos la Corte le hubiera permitido al Juez discriminar la situación de los accionantes, identificar las marcadas divergencias y concluir la imposibilidad de tutelar los derechos de por lo menos 38 accionantes sin ningún tipo de distinción, como se ha explicado.

La revisión particular de las circunstancias de cada jubilado que acudió a la tutela permite afirmar que, al menos, cuatro grupos podían ser identificados, sin perjuicio de la distinción en cuanto a la pertenencia a la tercera edad, a saber:

i) solicitó una vez reliquidación⁷⁵; ii) solicitó dos o más veces reliquidación⁷⁶; iii) no elevó solicitud en ese sentido⁷⁷; y iv) no registra información⁷⁸.

Con fundamento en la anterior revisión, voluntariamente soslayada por el entonces Juez a pesar de su pertinencia y utilidad para fallar la tutela, puede afirmarse que, en efecto, la

⁷⁵ María Idaly Cruz, María Teresa De las Mercedes Lara de Mancipe, Colombia de Jesús López Vélez, Teresa Elvira Amaya Vda. de Gómez, Fanny Cecilia Enciso de Rojas, Berta Inés Grisales de Aguirre, María Helena Pinzón de Quintero, Olga Bernal de Rodríguez, Myriam Medina Vda. de Montaña, María Baltina Ortiz Salcedo, Federman José Feo Olaya, Ana Belén Calderón de Vera, Gloria Mercedes Gaitán Sánchez, Olga Marina Martínez Simanca, Beatriz Beltrán de González, Carmen Cecilia Calderón Beltrán, Fanny Abeba Garavito de Beltrán, Pedro Umaña Corredor, Ariel Bonilla Soto, Alfonso Olaya Ruiz, Danilo Obando Erazo, Víctor Bagarozza Pava, Amparo Perdomo Medina, Emma Stella Daza Cortes, Jorge Salazar Vélez, María Inés Montalvo Lozano, Humberto González Parra, María de Jesús Aragón Sánchez, Julio Abraham Martin Novoa, Claudia Alicia Gómez Pardo, Rosalba Martínez Ramírez, Azarías Mosquera Borja, Francisca Jiménez de Hernández, Luz Stella Nope de Pacheco, Manuel Enrique Sánchez Segura, Antonio Mario Hurtado Cardona, Julia Elvira Contreras de Riaño, María Acela Romero Vigoya, Ismael Leal Martínez, María Yamile Gil Amórtegui, Alicia Quevedo de Bohórquez, María Cristina Figueroa de García, Rosalba Beltrán García, María Daisy García de Torres, Beatriz Ramírez de Pinzón, Gladys Alicia Guevara de Espinosa, Luz Marina Moreno de Castro, Flor Stella Villamil Sandoval, Luis Magín Longa Rentería, Aurora López Marín, Ana Margoth Cárdenas de Castellanos, Teresa de Jesús Castillo, Emilia de Jesús Villegas de Guevara, Rosa Elena Clavijo de León.

⁷⁶ María Luisa González Sarmiento, Chiquinquirá Romero de Acosta, Clara Inés Gómez de Méndez, María Soledad Gómez Naranjo, Claudia Leonor Gómez de Contreras, Libia Montoya García, Lidia Cecilia Linares Aguilera, Gilma Moreno de Ramírez, José Antonio Moreno Pacheco, Eulalia Álzate Zuluaga, Omar Antonio Jiménez Acosta, María Doris Uribe de Valencia, Aida Lucía Acero de Dupont, Luis Enrique Tovar Devía, Elsa Gladys González de Prieto, Eugenia Bahamón de Jiménez, Purificación Rodríguez de Fajardo, Blanca Sofía Ramos de Sánchez, Gilma Gómez de Gallego, Jaime Fernando Casas Vásquez, Ana Lucila Gantiva de Gutiérrez, Lilia María Garavito de Garzón, María Teresa Ramírez Celeita, Margot Pino Vélez, Mery Ascencio María del Buen Consejo Vizcaino de Parrado, Rita Cecilia Benavidez de Ortega, Rosario Romero Moreno, Blanca Emilia Lesmes.

⁷⁷ Ruth Stella Duque Aguirre, María Aurora Flores Rodríguez, Alfonso Olaya Ruiz, Góngora Sabas Peña, Clara Eloisa Rojas de Arce, Marleny Romero de Amador, María Ignacia Pulido Vásquez, María Irene Lozano, Margarita Pabón Parrado, Ana Luz Cabrera Galindo, José Basilio Prieto Álvarez, María Ángela Flor Gaitán De Alape, María Magdalena Sierra de Vidal, Islena Montealegre Duran, Clara Inés Navarro de Guzmán, Julio Hernando Velásquez Mahecha, María de Jesús Cortes Becerra, Ofelia Tovar de Arce, Luis Eduardo Nieto Lucena, María Julia Garavito de Pinzón, Amparo Álzate de Muncker, Ana Gladys Bonilla de Pinto, Leonor Méndez de Rodríguez, Hortensia Rodríguez de Beltrán, Luz Nelly Rivillas de Martínez, María Alicia Flórez Rodríguez, Jesús Alberto Berján Cortabarría, Héctor Tique Duran, Ana Sofía Bustos de Ordoñez, Blanca Mejía de Torres, Evidalia Castañeda, Carmen Elisa Manrique Bocanegra, Magaly Isabel Logreira.

⁷⁸ Alba Aurora Castro Moreno, Blanca Inés García, Margarita Munera de Gómez, José Saúl Vivas Ortégón, Judith Rojas Hernández, Luis Aureliano Rodríguez Muñoz, Alicia Aguirre De Serrato.

mayoría había solicitado formalmente a CAJANAL la reliquidación de la pensión⁷⁹, que esta solicitud en buena parte fue despachada favorablemente y que en los casos en los que fue negada, esa determinación fue debidamente motivada y se les garantizó a los interesados la impugnación.

Ese análisis debió efectuarse en la sentencia, previo a definir la concesión del amparo, al menos, por dos razones esenciales, a saber: la debida comprobación de la inmediatez en la presentación de la acción como presupuesto necesario para su procedencia y la efectiva, actual y real vulneración de derechos fundamentales.

Tales hipótesis obligaban a AMAYA BARRERA a i) explicar que lo reliquidado fue insuficiente o qué quedó faltando y ii) en los casos de las negativas, señalar si tenían derecho a la reliquidación y por qué.

Por los conocimientos y experiencia al servicio de la administración de justicia, el procesado ha debido examinar la existencia o no de reliquidaciones anteriores con el objetivo de fijar su postura frente al eventual yerro en la estimación del monto de la mesada pensional o el dislate en la negativa de reliquidación, pero subjetivamente asumió la responsabilidad de amparar genéricamente unos derechos sin reparar en la inminente infracción de la legalidad. Para conceder la protección deprecada era imprescindible declarar que se tenía certeza sobre cuál fue el factor no incorporado en la

⁷⁹ Al menos a 31 actores que habían solicitado la reliquidación se les otorgó en mínimo una oportunidad antes de agosto de 2004.

liquidación, pues de lo contrario implicaba la tutela de derechos fundamentales no violentados, o por lo menos no probada su afectación, de imposible amparo.

La genérica y escaza motivación de la decisión judicial, la orden impartida y los hechos del caso arrojaban sin duda el entendido según el cual los actores aun siendo jubilados no se encontraban, por ese estatus, en una misma situación frente al derecho reclamado. Mientras que en algunos casos unas breves consideraciones le hubieran bastado para dirimir el caso (edad; número de solicitudes de reliquidación, factores no tenidos en cuenta); en la gran mayoría resultaba indispensable que el juez argumentara de manera exhaustiva y particular la decisión que iba a adoptar.

Se observa en la providencia prevaricadora una marcada y deliberada distorsión de la situación fáctica, así como la palmaria ausencia de fundamento jurídico y probatorio específico para amparar unos derechos con manifiesto desconocimiento de la legalidad, pues encontrándose en el deber legal de establecer qué factores salariales no habían sido tenidos en cuenta, caso por caso, y cuál era el fundamento jurídico para reconocerlos, el procesado se abstuvo de emprender dicho análisis dejando entrever el propósito subjetivo y desvalorado que perseguía.

Esa obligación de motivación particular y concreta sobre la procedencia excepcional de la reliquidación en sede de tutela resultaba imperativa ante la divergencia de edades, derechos y situaciones consolidadas de cada actor. Haber recorrido ese

camino valorativo le habría permitido a AMAYA BARRERA descartar la vía de hecho atribuible a CAJANAL, por lo menos en aquellos 38 casos en los que los demandantes no podía ampararse el derecho a la reliquidación.

Por elementales razones de claridad y coherencia, la Corte estima pertinente identificar los principales aspectos que debieron ser objeto de estudio y análisis por parte del procesado, antes de ordenar una reliquidación ilegal e indiscriminada, pero que de manera consciente y voluntaria decidió no realizar, luego de estimar como razón suficiente de la providencia su caprichoso parecer aún en contravía de la legalidad.

7.2.1. Con fundamento en el “*histórico de pagos de FOPEP a cada uno de los accionantes*”⁸⁰ y en el “*análisis pensional referente al fallo de tutela 2004-00262*”⁸¹, así como con los actos administrativos aportados por el apoderado de la UGPP, fue posible determinar la calidad de docentes, los números de cédula y los nombres completos de 116 de los 123 accionantes. En seis casos no se logró establecer ningún tipo de información y, según los datos suministrados en esta actuación por la parte civil, uno de los actores⁸² “*no existe en el FOPEP*”⁸³ y “*ni por titan ni por cromasoft se visualiza expediente administrativo y por gliper no registra información*”⁸⁴.

⁸⁰ Fl 21 y siguientes cuaderno 5.

⁸¹ CD a folio 49, cuaderno 5.

⁸² Alicia Aguirre de Serrato, cédula de ciudadanía 8.599.178. No fue allegada ninguna carpeta administrativa con ese nombre. La parte civil informa que no se encuentra registrada en el FOPEP. Ese nombre aparece debidamente relacionado en los folios 1, 6 y 10 de la sentencia de tutela 262 del 19 de agosto de 2004.

⁸³ Fl 10, cuaderno 5.

⁸⁴ Fl 23, cuaderno 5.

De conformidad con los artículo 2 y 6 del Decreto reglamentario 1132 de 1994, el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional – FOPEP sustituyó a la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL en lo relacionado con el pago de las pensiones⁸⁵ i) ya reconocidas, pero también ii) en aquellas por reconocer, *“es decir, aquellas en las cuales se han reunido los requisitos para obtener el derecho, se ha presentado la solicitud de reconocimiento pero aún no se ha decidido sobre la misma”*⁸⁶ y iii) *“con el pago de pensiones de aquellas personas que han cumplido con el tiempo de servicio pero no han llegado a la edad señalada para adquirir el derecho a la pensión, siempre y cuando no se encuentren afiliados a ninguna administradora del régimen de pensiones de cualquier orden”*⁸⁷.

Ahora bien, si el FOPEP además de asumir esas funciones, cuenta con los documentos y demás información requerida para crear, mantener y actualizar la base de datos que permita efectuar el control de la nómina de pensionados, que uno de los 123 accionantes no se encuentre registrado en dicho fondo demuestra que AMAYA BARRERA no podía ordenarle la reliquidación de una pensión a CAJANAL bien porque la persona no tenía el estatus de pensionado y/o cotizante o bien porque esa obligación gravitaba en cabeza de otra administradora del régimen de pensiones⁸⁸.

⁸⁵ De vejez o jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes

⁸⁶ Artículo 2 numeral 2.

⁸⁷ Artículo 2 numeral 3.

⁸⁸ Ley 100 de 1993, artículo 52 y siguientes.

Esa situación debió ser advertida por el procesado antes de fallar la tutela bien sea por la revisión de los anexos que acompañaron la acción o por la solicitud de información que deliberadamente se abstuvo de realizar. Genera profundo desazón que un Juez constitucional ampare un derecho y ordene la reliquidación de una pensión sin haber establecido previamente si el potencial beneficiario tenía el estatus de jubilado y si el destinatario de la orden tenía a su cargo esa prestación.

El fallo de tutela proferido por el procesado no hizo ninguna consideración expresa ni específica sobre los siete casos mencionados, como tampoco tratándose de los otros 31, es más la sentencia se edifica sobre la falsa premisa de uniformidad del grupo de accionantes. Al circunscribir, por un instante, la orden de reliquidación a éstos siete casos refulge evidente que el Juez no podía tener la certeza sobre el estatus de los actores y sus derechos, pues ni siquiera en la actualidad la información⁸⁹ permite afirmar cuál era su situación en agosto de 2004. Conclusión extensiva a los casos de los restantes accionistas pues aun demostrada su calidad de docentes pensionados, de ahí no se desprendía automáticamente un derecho a la reliquidación, como prerrogativa que se encontraba supeditada a la realización de un puntual análisis que brilla por su ausencia en el fallo de tutela, más cuando la autoridad administrativa había accedido a la reliquidación.

⁸⁹ Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección social. Entidad que asumió la nómina mensual de pensionados de la extinta CAJANAL

7.2.2. La motivación del fallo es indicativa de la voluntad consciente de prevaricar, tal y como lo identificó acertadamente la primera instancia, pues se extracta que *“las consideraciones expuestas fueron muy breves, pues solo tomaron tres de las doce páginas del fallo - ocho fueron ocupadas por la transcripción de los nombres de los accionantes”*⁹⁰.

Esta consideración lejos de inane deviene relevante pues, más allá del factor cuantitativo, evidencia perfectamente lo que ocurrió en agosto de 2004 en el Juzgado Primero Penal del Circuito, en el que **el Juez se limitó a reproducir unas consideraciones genéricas y abstractas en materia de tutela que no guardaban ningún tipo de correspondencia con los hechos y pruebas del trámite constitucional.**

Los testimonios de GONZALO ORLANDO ZAMBRANO PINTO (sustanciador del Juzgado), GUILLERMO GUEVARA PARRADO (escribiente) y LUIS FACUNDO ARDILA QUITIAN (secretario) no exoneran de compromiso penal al Juez, tampoco brindan información sobre los supuestos de atipicidad, justificación o ausencia de responsabilidad.

Bajo el falso argumento de confianza recíproca referido por los funcionarios del Despacho, los anexos y pruebas de los expedientes de tutela no eran revisados con el rigor requerido por el Juez, quien asumía voluntariamente la responsabilidad de fallar sin analizar las evidencias, ni fundamentar sus decisiones de manera circunstanciada y específica, para así

⁹⁰ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, Sentencia 8 de marzo de 2016, p. 12.

decidir en función de su criterio y no de conformidad con la normatividad aplicable, según lo procesalmente acreditado.

El Juez contó con la posibilidad cierta e histórica de valorar las evidencias y plasmar sus razonamientos en la decisión y no lo hizo al amparar los derechos. Ese desvalorado proceder no debe ser entendido como una simple ligereza en el cumplimiento de sus labores judiciales, sino como un auténtico comportamiento deliberado en el que se antepuso el capricho y la suposición.

Tal y como lo reconoció el propio secretario del Despacho, obra en esta actuación una copia del fallo de tutela n° 00238 de fecha 21 de mayo de 2005⁹¹, presentada por cientos de accionantes en contra de CAJANAL por “*vías de hecho al no haber incluido todos los factores que constituyen salario*”⁹², expedida por el también procesado en el que las semejanzas con la sentencia aquí cuestionada, además de evidentes e irrefutables, dan cuenta de la impávida transcripción automática y casi integral⁹³ del razonamiento judicial que habilitaba el amparo constitucional, sin una valoración particular de cada caso sometido a su consideración.

Debe destacarse que la motivación fáctica, jurídica y probatoria, realmente fue tan insuficiente que rayó en lo

⁹¹ Fls 100 a 160, cuaderno anexo 74.

⁹² Fl 133, cuaderno anexo 74.

⁹³ En la segunda decisión a la que se hace mención i) la transcripción de nombres de los accionantes equivale a más del 75% de la providencia y ii) de 10 párrafos de consideraciones en la tutela 262 reprodujo integralmente 6 en los 10 de la tutela 238, a saber; los número 1, 3, 4 (sólo varió la duración del proceso ante lo contencioso de 4 a 5 años de duración y suprimió pertenecen a la tercera edad), 5, 9 y 10 (concedió 40 días en lugar de 30 para la reliquidación).

absurdo, pues al contrastar las dos sentencias de tutela referidas se evidencia que AMAYA BARRERA decidía según su capricho, con absoluta independencia de lo fehacientemente acreditado. Lo anterior se afirma por cuando en providencias de 19 de agosto de 2004 y 21 de julio de 2005, sin que mediara ni siquiera un año de diferencia, el procesado estando en la posibilidad de hacerlo⁹⁴, por plasmar un análisis escaso, genérico y abstracto en cada asunto que decidía, impartió dos órdenes idénticas con el mismo propósito de reliquidación de la pensión de ANA BELÉN CALDERON DE VERA⁹⁵, como decisiones manifiestamente contrarias a derecho por la ausencia de certeza sobre el derecho que amparaba y la efectiva afectación de garantías fundamentales.

En la tutela 2004 – 00262 delimitó el asunto en los siguientes términos *“aducen en esencia los accionantes, a través de apoderada que CAJANAL les reconoció y liquidó las pensiones, pero excluyó o no tuvo en cuenta todos los factores salariales, como lo dispone la Ley 4º de 1966 y el Decreto 546 de 1971, por cuya razón, solicitan la protección tutelar respecto de los Derechos Fundamentales al DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, TRABAJO, SEGURIDAD SOCIAL, VIDA DIGNA y RECONOCIMIENTO A UNA PENSIÓN JUSTA”*⁹⁶ para resolver así *“TUTELAR los derechos Fundamentales al Debido Proceso, Igualdad, Reconocimiento a una pensión Justa y Vida Digna a los ciudadanos (...) ANA BELÉN CALDERÓN DE VERA (...)”*⁹⁷

⁹⁴ La solicitud de la carpeta administrativa de la accionante, aunado a su oportuno estudio le hubiera permitido concluir que ya había amparado los derechos que le solicitaba con un fundamento fáctico idéntico.

⁹⁵ Fls 6 y 46 de la sentencia de tutela 238 de 2005 y Fls 1 y 10 de la 262 de 2004.

⁹⁶ Fl 21, cuaderno 1.

⁹⁷ Fl 25, cuaderno 1.

En la tutela 2005 – 00238 consideró que *“aducen en esencia los accionantes, a través de apoderado, que CAJANAL, al reconocerles sus pensiones como docentes, incurrió en vías de hechos, al no haber incluido todos los factores salariales que constituyen salario, contemplados en el artículo 4ª de la Ley 4º de 1966 y artículo 5º del Decreto 1743 de 1966, por cuya razón, considera que les están siendo vulnerados los derechos Fundamentales de Igualdad, Mínimo Vital, Trabajo, Debido Proceso, Seguridad Social y Reconocimiento correcto de la pensión, de los cuales reclaman su protección”*⁹⁸ y resolvió *“TUTELAR los derechos Fundamentales al Debido Proceso, Igualdad, Reconocimiento a una pensión Justa y Vida Digna a los ciudadanos (...) CALDERÓN DE VERA ANA BELÉN CC.28.718.265 (...)”*⁹⁹

Tan irrefutable evidencia demuestra que el procesado al fallar tenía por único criterio su voluntad, sin ninguna deferencia ni apego por preceptos legales y pruebas para fundar sus determinaciones, como comportamiento censurable que afecta y deslegitima la Administración de Justicia.

Por lo hasta aquí expuesto se afirma que al fallar la tutela 262 de 2004 el procesado i) se limitó a transcribir una argumentación genérica preestablecida; ii) a pesar de conocer la necesidad de analizar cada caso, no realizó un estudio particular de la situación de los distintos actores frente a la

⁹⁸ Fl 133, cuaderno 74.

⁹⁹ Fl 145, cuaderno 74.

pretendida vulneración de derechos fundamentales y iii) dolosamente soslayó su obligación de motivar fáctica, jurídica y probatoriamente la sentencia de tutela, pero de manera precisa y particular, como se desprende del contenido mismo del fallo por él emitido.

De esta forma decidió otorgar un amparo constitucional improcedente por razón de tenerse otro medio, o no existir inmediatez o no haberse demostrado la vulneración del derecho fundamental tutelado.

7.2.3. Otra de las apreciaciones valorativas de la primera instancia para fundamentar la condena fue expresada del siguiente modo “12. *Las consecuencias de tal decisión rayaron en lo absurdo, pues se ordenó la reliquidación con inclusión de todos los factores salariales, con reconocimiento del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin prescripción, con indexación, con retroactividad y no de forma transitoria sino definitiva y se lo hizo en circunstancias tan particulares como estas: (...) b. Se ignoró que varios de ellos se habían jubilado hacía mucho tiempo, como el caso de ROSALBA BELTRÁN GARCÍA, a quien se le había reconocido la pensión el 8 de marzo de 1983; es decir hacía 21 años y cinco meses. C. Se desconoció que otros habían accedido primero a la pensión gracia y luego a la pensión de jubilación y que contaban con esas dos mesadas*”¹⁰⁰.

Una acuciosa revisión del expediente evidencia la necesidad de matizar dicha aseveración, directamente

¹⁰⁰ Fl 17.

relacionada con la inmediatez de la acción de amparo como parámetro de ineludible observancia al valorar la prosperidad de la solicitud y la legalidad de la decisión adoptada.

De conformidad con el cuaderno de anexos n° 17, la resolución 4980, mediante la cual “*se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación*” a favor de ROSALBA BELTRÁN GARCÍA fue proferida el 8 de marzo de 1993 y no diez años antes. No obstante, de la revisión de las 107 carpetas administrativas obrantes en la actuación y de las resoluciones allegadas como anexos con la denuncia, sí se extracta que el reconocimiento de pensiones¹⁰¹ tuvo ocurrencia, en diferentes fechas en el periodo comprendido entre abril de 1986¹⁰² y junio de 2001¹⁰³.

En efecto, la mayoría de actores (116)¹⁰⁴ llevaba seis o más años como pensionados¹⁰⁵, sin que la información que reposa en el proceso permita establecer si antes de interponer la acción de tutela en agosto de 2004, todos o algunos de los actores habían demandado administrativamente a CAJANAL.

Sobre este particular tópico, conocido y aceptado, resulta que la presentación de la tutela debe ser oportuna frente al momento de ocurrencia de los hechos que originaron la

¹⁰¹ Sólo fue posible identificar 116 resoluciones de reconocimiento de pensión.

¹⁰² Sofía Bustos de Ordoñez. Resolución 04588 de 14 de abril 1986, Anexo 59, fl 22.

¹⁰³ Rita Cecilia Benavidez de Ortega, Resolución 15239 de 8 de junio de 2001, Anexo 58, fl 104.

¹⁰⁴ En siete casos se desconoce si existe la resolución que reconoció pensión y cuál su fecha y número.

¹⁰⁵ Se relaciona el año de la resolución de pensión y el número de pensionados dentro de los 123 actores de la acción de tutela 1986 = 2; 1987 = 1; 1989 = 9; 1990= 9; 1991 = 1; 1992 = 3; 1993 = 23; 1994 = 5; 1995 = 13; 1996 = 13; 1997 = 16; 1998 = 16; 2000= 4; 2001= 1.

afectación de los derechos fundamentales alegados, es decir que entre la presentación de la solicitud de amparo y la acción, omisión o circunstancia que menoscaba garantías fundamentales debe mediar un lapso razonable y cercano, salvo en aquellos casos en los que existe un motivo válido que justifique el paso del tiempo sin interposición de la petición. Un Juez de tutela tiene el conocimiento que la imposibilidad de predicar esa relación de inmediatez, casi de manera automática, genera la improcedencia de la acción de tutela.

En el fallo de 19 de agosto de 2004, a pesar de la palmaria ausencia de inmediatez de las 38 acciones sin fundamentos probatorios ya referidos, AMAYA BARRERA nada dijo sobre el mencionado requisito para así imponer su caprichoso criterio sobre el porqué resultaba procedente la acción. Nótese que en el mejor de los casos había transcurrido más de tres años entre la supuesta liquidación de la pensión y la presentación de tutela, sin que mediara una justa causa que explicara el periodo transcurrido y por qué no se había acudido al juez natural y al procedimiento ordinario.

En el caso concreto se observa, con claridad meridiana, que deliberadamente el procesado soslayó la obligación de motivar, con razones ciertas y precisas, por qué la tutela resultaba improcedente si entre su presentación y el hecho constitutivo de vulneración pasaron entre 3 y 18 años, según el caso.

Del marcado e indiscutible paso del tiempo, que impedía predicar la inmediatez de la acción y por consiguiente su

procebilidad, también se desprende que la supuesta vulneración de derechos fundamentales no era en algunos casos actual, efectiva, inmediata y grave como para amparar los derechos, pues contaban los accionantes, de tiempo atrás, con diversos mecanismos ordinarios de defensa judicial para debatir y controvertir el acierto en la liquidación, sin que su incuria, desinterés o pasividad otorgue competencia al Juez de tutela para subsanar esa conducta y así ordenar la reliquidación.

En el entendido que la solicitud al Juez constitucional ha de ser presentada en un tiempo cercano a la ocurrencia de la violación de los derechos y que según la cuestionada sentencia un proceso administrativo tarde en promedio cuatro años para emitir una decisión de fondo, no resulta posible conciliar esas dos premisas con la acreditada situación fáctica sometida a consideración del procesado en agosto de 2004, toda vez que la mayoría de los 31 casos de reliquidación señalados *esperaron* un plazo razonable para acudir a la acción de tutela con la pretensión de obtener la orden de reliquidación, a todas luces improcedente por lo anotado, como resulta posible inferir de la fecha de las resoluciones de pensión de los docentes jubilados en calenda más reciente¹⁰⁶.

El haber considerado como procedente la tutela y ordenado la reliquidación, en el contexto fáctico y probatorio descrito, se explica únicamente por el comportamiento doloso

¹⁰⁶ Rita Cecilia Benavides De Ortega, resolución 15239 del 8 de junio de 2001 (Anexo 58) y Ruth Stella Duque Aguirre, resolución 19531 del 8 de septiembre de 2000 (Anexo 32). Los restantes actores de los que se tiene información se pensionaron antes de las referidas fechas.

del procesado que siendo un amplio conocedor del trámite de la acción constitucional, dada su experiencia como Juez y su categoría de Circuito, decidió fallar en franca oposición a la legalidad, en un asunto que no revelaba complejidad ni mayor discernimiento.

7.2.4. La primera instancia le reprochó al procesado el haber desconocido que en algunos casos los actores recibían dos mesadas pensionales. Revisada la actuación, la Corte no puede ratificar esa conclusión, pues sólo existe un caso de los 123 en el que obran dos resoluciones de pensión¹⁰⁷.

Es el caso de FANNY CECILIA ENCISO DE ROJAS a quien mediante resolución n° 24105 de 27 agosto de 2002 le fue reliquidada su pensión por retiro definitivo. No obstante, reposa en la actuación una segunda resolución de reliquidación pero que obedece al cumplimiento del fallo de tutela 2004 – 262.

En este punto, adquiere inusitada trascendencia indicar que tanto el apoderado de los accionantes, como la misma CAJANAL, en los diferentes documentos que reposan en la actuación, hacen alusión y manejo indistinto¹⁰⁸ a las nociones de pensión gracia y pensión de jubilación vitalicia, realidad documental que genera serias dudas frente a la coexistencia de mesadas pensionales reconocidas con anterioridad al fallo.

¹⁰⁷ La única diferencia de esta accionante con los otros que solicitaron reliquidación es que aparece mencionada en dos oportunidades en la denuncia, con dos resoluciones diferentes pero que obedecen a los criterios aquí señalados.

¹⁰⁸ También en la resolución de acusación, Fl 201.

Así las cosas, no resulta posible afirmar con certeza quién de los 85 accionantes disfrutaba de doble pensión, entre los que no se incluyen los 38 casos a que se viene haciendo alusión.

7.2.5 La sentencia confutada también se fundamentó en que el procesado desconoció que “*muchos accionantes habían interpuesto acciones de tutela con el mismo propósito y se las habían negado*” y citó dos casos en concreto¹⁰⁹.

No obstante, una vez más se hace necesario atemperar dicha afirmación, toda vez que es cierto que buena parte de los 123 accionantes habían acudido con anterioridad a la tutela, pero en esas oportunidad el supuesto fáctico era diferente (ausencia de pronunciamiento de CAJANAL) y el derecho invocado y amparado era el de petición, es decir que las acciones impetradas con anterioridad a agosto de 2004 versaban sobre hechos y pretensiones diversas.

7.2.6. Por la falta de análisis de cada caso y la deficiente motivación, en la sentencia prevaricadora, AMAYA BARRERA emitió la orden de reliquidación a favor de 123 accionantes, empero en 42 casos la pensión no fue reliquidada¹¹⁰ lo único que se sabe es que 37 “*no evidencian acto administrativo en cumplimiento del fallo de tutela*”, cuatro no fueron incluidas en nómina y una no existe en el FOPEP, mientras que como se anunció a 81 actores les fue reliquidada la pensión y

¹⁰⁹ María Irene Lozano y Jesús Alberto Berján Contabarria.

¹¹⁰ Fl 10 y siguientes del cuaderno 5.

canceladas diferentes sumas de dinero debidamente indexadas¹¹¹. ¿Qué pasó entonces con esas 42 personas?

Aunque, con fundamento en la información que reposa en la actuación, la Corte no puede dar respuesta a ese interrogante, dado que de la evidencia recaudada nada se puede afirmar en tal sentido, esa cifra ratifica la incumplida obligación de estudiar y motivar en cada uno de los casos las razones que hacían procedente la tutela, pues tratándose de la tercera parte del grupo de accionantes, incluso ordenada la reliquidación, no se procedió a la misma.

7.2.7 La gran mayoría de los reproches efectuados al procesado, salvo una mención en el fallo a lo valorado probatoriamente en cada caso, encuentran por génesis, en los términos de la inconformidad planteada en los recursos de alzada, un único proceder procesal, esto es el silencio de CAJANAL como entidad accionada.

Tal y como lo establece el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 *“Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”*, suficientemente demostrada en este caso en los términos que preceden. Esa omisión deliberada acredita el actuar caprichoso al no haber solicitado información adicional, a pesar de su utilidad y pertinencia.

¹¹¹ De conformidad con lo manifestado en la demanda de parte civil los pagos relacionados con esas 81 reliquidaciones para octubre de 2014 ascendían a siete mil ciento catorce millones seiscientos veinticinco mil novecientos ochenta y seis pesos con ochenta centavos, fl 9 cuaderno 5.

Empero el análisis en este apartado se restringirá al examen de la presunción de veracidad de los hechos ante el silencio de la entidad accionada.

La sentencia identificó la liquidación de pensiones por parte de CAJANAL como una vía de hecho que exigía una intervención del Juez de tutela. No obstante, al igual que otros argumentos analizados en precedencia, esa premisa carecía de respaldo probatorio, pues no existe prueba de una palmaria transgresión del ordenamiento jurídico al momento de liquidar las 39 pensiones ya reliquidadas y las de 7 personas no registradas. En otros términos, la ausencia de prueba sobre la grave incorrección en la liquidación impedía amparar los derechos de los accionantes.

Ese argumento de la sentencia es el producto de una suposición caprichosa del Juez, pues éste derivó la vía de hecho, no de una prueba sino del silencio de la entidad accionada, como postura procesal que en su arbitrario criterio también lo facultaba para tener por ciertas tanto la uniformidad en la situación de los actores como los fundamentos de su pretensión. En ninguna parte de la providencia se indicó el fundamento jurídico que permitía sostener que la liquidación no se había realizado en debida forma.

Al respecto, corresponde reiterar que la presunción de veracidad consagrada no es incontrovertible regla absoluta, pues si bien fue concebida para garantizar la celeridad y eficacia del trámite constitucional, no es una camisa de fuerza

que obligue a los jueces a conceder amparos indiscriminados, sin ningún tipo de valoración o estudio, ni excluye el deber oficioso en materia probatoria, y menos aún, cuando en un caso como el analizado no existe inmediatez, ni inminencia de un perjuicio irremediable o afectación grave al mínimo vital y más cuando los planteamientos de los accionantes no eran ciertos, contundentes ni indiscutibles y requerían verificación.

No se trata de una simple imprudencia, sino de un auténtico actuar doloso que, bajo el pretexto de veracidad, se abstuvo de verificar en cada caso si realmente existía un derecho fundamental vulnerando. Bajo el ropaje de verosimilitud presunta de los hechos, AMAYA BARRERA indebidamente extendió el alcance de la presunción a normas no estudiadas y evidencias no discutidas, a pesar de que éstas exigían, respectivamente, un estudio y una valoración para decidir si la consecuencia legal prevista en la hipótesis normativa resultaba aplicable. En otros términos, omitió examinar si efectivamente los accionantes tenían derecho a la reliquidación y si la tutela era el escenario procesal indicado para emitir ese pronunciamiento, dadas las particularidades que han sido identificadas a lo largo de la decisión, accionantes de los cuales 38 resultaba sin duda improcedente el amparo, pues de los otros 85 se puede admitir respecto de su situación que favorece al procesado, en cuanto no se tiene certeza que en el proceso penal que no tuvieran derecho al amparo otorgado.

En efecto, además de correr el correspondiente y debido traslado de la acción de tutela a la entidad accionada, según el

artículo 19 del mencionado decreto, AMAYA BARRERA podía solicitar información específica e incluso los expedientes administrativos de cada actor, pero voluntariamente omitió hacerlo, a sabiendas del carácter trascendental de esa información, absolutamente idónea para derruir la ficción legal en la que edificó su fallo.

Tal y como ha quedado en evidencia en esta decisión, para fallar la tutela resultaba imperativo que el Juez adelantara averiguaciones previas e idóneas, precisamente, para establecer la situación de cada actor, es decir, si era un docente, pensionado, factores tenidos en cuenta en la liquidación, fecha de la misma y solicitudes de reclamación. Sobre ninguno de estos aspectos requirió información el Juez y tampoco los relacionó en su decisión, sin que realmente tales aspectos pudieran ser tenidos por ciertos, de manera integral, con lo dicho en escasos 9 folios de tutela¹¹² de los pormenores de la situación del que no aparece registrado, de los 6 sin ninguna información y de los 31 accionantes a quienes se les había otorgado reliquidación, como se explica en la motivación de esta providencia a folios 62 a 65 y 80 y siguientes.

7.2.8 Otro de los planteamientos defensivos consistió en atribuir un alcance limitado e intrascendente a la orden contenida en el fallo de tutela. En ese sentido, ya desde la diligencia de indagatoria el procesado aseveraba que *“es la Caja quien tiene esos mismos expedientes y basta mirar las mismas resoluciones para advertir que los tutelantes sí tenían*

¹¹² Fl 39, cuaderno 3. Según la copia del folio del libro radicador de tutelas, la acción consistía en 9 folios.

*derecho a la reliquidación, pues de no haber sido así, Cajanal no hubiera procedido a reliquidar las pensiones, es decir, que si mi decisión hubiera sido ilegal la misma no era vinculante para Cajanal*¹¹³. Esa misma postura la reivindicó el defensor en su impugnación.

El 19 de agosto de 2004 el enjuiciado ordenó “*TUTELAR los Derechos Fundamentales al Debido proceso, Igualdad, Reconocimiento a una pensión justa y Vida Digna, vulnerados a los ciudadanos (...)*”¹¹⁴, “*ORDENAR a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL que en el término de treinta (30) días, contados a partir de la notificación de este fallo, **proceda si ya no lo hubiera hecho**, a reliquidar en forma definitiva la pensión de los accionantes (...) conforme a lo consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 4 de la ley 4 de 1966, incluyendo todos los factores salariales sin prescripción, junto con la respectiva indexación y la retroactividad de la reliquidación (...) NO TUTELAR el derecho fundamental a la seguridad social (...)*”¹¹⁵.

El argumento de la defensa, lejos de acreditar la legalidad de su comportamiento, permite arribar a la conclusión opuesta. En primer lugar, el condicionamiento de la orden emitida, en la parte resolutive de la sentencia, evidencia claramente que AMAYA BARRERA sabía que en cada caso debía determinar si procedía y por qué la reliquidación y con ese conocimiento eludió su obligación, para poder fallar caprichosa e indiscriminadamente.

¹¹³ Indagatoria, 25 de abril de 2014, Fl. 213, cuaderno 2.

¹¹⁴ Fl 25, cuaderno 1.

¹¹⁵ Fl 29, 30 y 31, cuaderno 1.

En segundo lugar, como se deduce, sin complejidad alguna, del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 una vez *“Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora. Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso. En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”*.

Del contenido de la orden emanada por el Juez de tutela se concluye que se trató de un mandato imperativo que no incluyó ningún factor salarial y ni si quiera estableció la fórmula que debía aplicar la entidad para reliquidar las pensiones que la entidad demandada ya había reliquidado, a pesar de constituir una unidad temática de necesaria mención y análisis para poder ordenar la reliquidación.

Esa situación, fue reconocida expresamente por la Fiscalía General de la Nación, en la resolución de definición de

situación jurídica¹¹⁶, pero en el estudio del delito de peculado por apropiación, precluido tempranamente con fundamento en un razonamiento jurídico no compartible, según el cual *“el comportamiento del doctor NÉSTOR GILBERTO AMAYA BARRERA, no alcanzo (sic) a invadir la órbita de disponibilidad que en ese momento ostentaba CAJANAL con relación a los dineros que tenía y que administraba, pues solamente fue una expectativa de disposición la que en últimas debía definir era CAJANAL”*¹¹⁷.

Sin embargo, su valoración sobre el alcance de esa orden resulta de interés en el proceso de adecuación típica de la conducta por la que se procede, de cara a la afirmación de ilegalidad manifiesta de la decisión, pues la orden del procesado, en una desacertada comprensión del delito de peculado por apropiación que justificó erróneamente la preclusión, *“(...) solamente fue una expectativa de disposición la que en últimas debía definir era CAJANAL, si tenían o no el derecho, por lo menos de los pensionados, porque bien siempre y cuando ante la institución en comento se acreditaran uno a unos los requisitos que la ley exigía para tal merecimiento y para acceder a los reconocimientos y pagos de la pensión gracia (...) por lo que aquí, claramente puede desligarse al procesado de esa relación de disponibilidad jurídica con los dineros, porque nunca ESTUVIERON NI SIQUIERA alcanzaron a entrar a su órbita, porque si bien ordenó pagos, CAJANAL tenía que revisar si eran pensionados, y si no se les había reliquidado la pensión. Pues era y es de su resorte determinar si resultaba procedente*

¹¹⁶ Fl 208 y 209, cuaderno 3. Términos que repitió integralmente al proferir la resolución de acusación.

¹¹⁷ Resolución de acusación, fl 208.

*la reliquidación ordenada por vía de tutela, **porque si no tenían el derecho no podían ordenar el pago como en efecto sucedió***¹¹⁸. (Destaca la Sala)

No es cierto que la entidad accionada conservara amplia discrecionalidad para analizar cada caso y decidir, sino lo había hecho aún, la procedencia de la reliquidación, puesto que no era discrecional y facultativo para CAJANAL decidir si cumplía o no la ORDEN de amparo proferida por un Juez de la República. De este modo, la valoración sobre la ilegalidad de la orden resulta menos pacífica y más cuestionable, toda vez que al ordenar una reliquidación en los términos en que lo hizo, el procesado asumió con consciencia y voluntad las consecuencias que se pudieran desprender, dado que para reliquidar le correspondía al Juez de tutela, pero no a la entidad como erróneamente lo reivindica el defensor, analizar las diferentes carpetas administrativas.

Delimitado lo anterior, el a quo acertó en identificar las graves falencias motivacionales del fallo adoptado por el procesado, su deficiente fundamentación probatoria y sobretodo su carácter genérico e impersonal que excluyó la valoración caso por caso. Por lo tanto, la Sala considera que la conclusión que se debe derivar de esa falta de rigurosidad y riqueza descriptiva en la decisión es el carácter prevaricador del fallo que se edificó en consideraciones no probadas como se expuso con anterioridad.

¹¹⁸ Fl 90, Cuaderno 3.

7.2.9 Especialmente el procesado enfatizó en la necesidad de valorar los precedentes jurisprudenciales por él tenidos para adoptar el fallo de tutela. Tal solicitud carece de suficiente valor demostrativo para modificar el fallo impugnado como procede a detallarse brevemente. La única sentencia a la que se hizo referencia en la sentencia de 19 de agosto de 2004 fue a la T – 631 de 2002.

Empero, ese pronunciamiento no versó sobre el régimen pensional aplicable a los miembros del magisterio, el amparo se concedió a título transitorio, sólo se trataba de un accionante y fue el resultado de una acuciosa valoración fáctica, probatoria y jurídica totalmente inexistente en la decisión adoptada por el procesado.

De las providencias allegadas por el procesado durante la audiencia pública, se advierte que además de posteriores a los hechos objeto de enjuiciamiento, no modifican el razonamiento expuesto, en tanto las razones allí contenidas en modo alguno justifican ni avalan el comportamiento del procesado al ocuparse de aspectos procesales sobre la procedencia de la acción de tutela¹¹⁹.

Puntualmente sobre la sentencia T – 951 de 2013, la Sala reconoce que, en efecto, en esa providencia la Corte Constitucional concluyó que *“no encontró elemento alguno que lleve a la conclusión que, en el proceso cursado en 2005 se haya incurrido en una conducta fraudulenta por parte del juez”*. Sin

¹¹⁹ T -218 de 2012 declaró improcedente la tutela y compulsó copias de la actuación ante la Fiscalía General de la Nación; ii) T – 449 de 2012 niega por improcedente la tutela; iii) T 51885 de 2011.

embargo, en razón a que el procesado y el defensor entienden que esa decisión además de validar la postura del Juez, la Corte reconoció la posibilidad de ordenar la reliquidación de pensiones, necesario resulta precisar que esas conclusiones no se desprenden del texto de la decisión referida.

Lo anterior, en consideración a que en esa oportunidad el problema jurídico analizado era la procedibilidad de la acción de tutela contra un fallo de amparo, como posibilidad *excepcional* viable en casos de comprobada actuación fraudulenta¹²⁰, y si bien no se identificó un comportamiento defraudatorio imputable al procesado, tal constatación en nada desvirtúa la argumentación aquí expuesta en punto de la insuficiente y particularizada motivación fáctica, probatoria y jurídica para ordenar la reliquidación pensional a pesar de la inexistencia del derecho, de su efectiva vulneración o de su prescripción. Estos tópicos, ni la legalidad de la reliquidación fueron abordados en dicha sentencia, por lo que su valoración para los actuales fines carece de la relevancia, pertinencia y utilidad atribuida por la defensa.

En este mismo sentido, argumentó el enjuiciado que ni el Tribunal Superior de Bogotá, al revocar el fallo de tutela, ni la Corte Constitucional, al excluir la sentencia del trámite de revisión, le compulsaron copias por la irregularidad de la decisión. Ese aserto no resiste el menor análisis, pues i) no se conoce el contenido de la sentencia de tutela de segunda instancia, dado que nunca se allegó a la actuación el

¹²⁰ T – 951 de 2013 “*Debe probarse de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en una anterior acción de tutela fue producto de una situación de fraude, que atenta contra el ideal de justicia presente en el derecho (Fraus omnia corrumpit)*”.

expediente, y ii) la tutela no fue excluida de revisión, sino que nunca se surtió ese trámite.

7.2.10. Por incoherente, la defensa destacó que la primera instancia omitió valorar la existencia de un fallo de tutela también adoptado por el procesado en 2005 por *hechos similares*, en el que éste negó el amparo pero que concedió el *ad quem* al desatar la impugnación. Con esa misma orientación refirió la falta de pronunciamiento sobre un salvamento de voto que reflejaba la existencia de diversas posturas jurídicas en la materia al interior del Tribunal Superior de Bogotá.

Para la Corte tal postura no resulta de recibo, a pesar de evidenciar que en efecto la primera instancia nada dijo sobre tal tópico, en la medida en que i) la aducción de la opinión disidente fue extemporánea, en los términos expuestos en el apartado 3 de esta decisión; y ii) se trata de decisiones que además de posteriores al 19 de agosto de 2004, no obran en el acervo probatorio, a pesar de la solicitud de traslado elevada por el procesado, durante su indagatoria, en los siguientes términos “*así como decisiones del Tribunal Superior de Bogotá, a las que igualmente me he referido en las anteriores oportunidades, dentro de esas está el fallo 25 de mayo de 2005 con ponencia del Dr. JUAN IVAN ALMANZA LATORRE así como el fallo del 4 de agosto de 2006 del mismo Tribunal con Ponencia del Dr. FERNANDO MALDONADO CALA, decisiones que obran dentro de los radicados donde he sido vinculado, y que desde*

*ahora de manera respetuosa solicito se trasladen a esta actuación para que obren como pruebas*¹²¹.

Ningún pronunciamiento puede emitirse sobre el contenido y alcance de esas decisiones, pues se itera que no reposan en la actuación, no se identificó la actuación judicial en la que habían sido válidamente practicadas y no fueron aportadas por la defensa. Esa realidad se erige como un obstáculo insalvable para proceder a examinar la alegada trascendencia de tales providencias en el juicio de responsabilidad penal al procesado, toda vez que la Sala no cuenta con elementos mínimos y suficientes que le permitan determinar si el supuesto fáctico era realmente similar, si se realizó un estudio específico de cada caso y cuál fue el motivo para proceder al amparo.

En los dos casos, fácil resulta advertir que se trata de decisiones posteriores que el procesado no pudo haber tenido en cuenta al momento de fallar la tutela 2004-00262, de ahí que tales providencias carecen de la entidad atribuida por el defensor para desvirtuar la tipicidad del prevaricato imputado.

De las manifestaciones contenidas en el recurso de apelación¹²² se extracta, en principio, que la situación de los accionantes en 2005 era diferente a la de los 123 demandantes en 2004 por cuanto aquellos “*no habían allegado los actos administrativos en virtud de los cuales les fueron reconocidas las pensiones de gracia (...) además habían solicitado su*

¹²¹ Fl 211, cuaderno 2.

¹²² Fls 8 y 9.

reliquidación pensional y, que al no haber obtenido respuesta de parte de CAJANAL, interpusieron el recurso de reposición contra el acto ficto o presunto, el cual les fue negado”¹²³.

Por el contrario en el presente asunto, según lo consignado en el fallo de tutela del 19 de agosto de 2004 absolutamente nada se dijo sobre i) falta de presentación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión y de pronunciamiento por solicitud de reliquidación; ii) quienes de los 123 actores ya habían solicitado el reajuste y qué casos no habían elevado dicha solicitud; y iii) recursos presentados en contra del silencio administrativo negativo.

Esa trascendental distinción, además de ratificar lo expuesto con antelación, se contrapone con el argumento del defensor pues tanto los funcionarios del Juzgado, el libro radicador de tutelas del Despacho y la versión del propio encartado son coincidentes en afirmar que la tutela 2004-00262 se presentó con los debidos anexos, realidad acreditada que fundamenta el reproche de haber decidido voluntariamente sin acudir a los soportes ni a la situación de cada pensionado estando en la posibilidad material y jurídica de hacerlo.

Finalmente, el contenido de esas decisiones y la concesión del amparo en nada pueden modificar el reproche efectuado en contra del procesado sobre la decisión de amparar unos derechos fundamentales no vulnerados, sin valoración particular de la situación de cada accionante y a

¹²³ Fl. 8.

pesar de la evidente improcedencia de la acción por su carácter subsidiario y la falta de inmediatez.

7.2.11 Corresponde a la Corte dejar en evidencia el deliberado e ilegal sesgo interpretativo del procesado al haber ordenado la reliquidación de al menos 38 de las pensiones sin prescripción y con indexación. En primer lugar, en el tratamiento de la prescripción, dolosamente AMAYA BARRERA soslayó la diferencia trascendental entre el derecho a la pensión y la mesada pensional, es decir decidió inobservar que tan sólo aquel es imprescriptible, de acuerdo con el artículo 48 Superior y a la jurisprudencia en la materia¹²⁴.

Esta afirmación cuenta con robusto fundamento normativo y jurisprudencial anterior a la fecha de emisión del fallo cuestionado, accesible a cualquier Juez promedio y sin necesidad de una formación especializada en derecho laboral para comprender sus efectos y alcances. Tratándose del término de prescripción de las acciones tendientes a reclamar derechos y créditos derivados de prestaciones sociales, tales como la pensión de vejez, los artículos 41 del decreto 3135 de 1968¹²⁵; 102 del decreto 1848 de 1969¹²⁶; 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo establecen con absoluta claridad que las acciones judiciales respectivas prescribirán en tres años contabilizados desde la fecha en que se hace exigible el respectivo derecho. Esas normas, a pesar de vinculantes y aplicables al caso de docentes

¹²⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU – 298 de 2015.

¹²⁵ Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

¹²⁶ Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

jubilados, fueron injustificadamente contrariadas por el procesado.

Por otra parte, contrario a lo sostenido por el agente del Ministerio Público, en el 2003, la Sala de Casación Laboral de esta Corporación modificó su postura jurisprudencial en la materia, para afirmar que el carácter imprescriptible del derecho a la pensión no podía comprender la posibilidad intemporal de reclamar los respectivos reajustes. En ese sentido, en providencia de 15 de julio de 2003 afirmó:

“Precisa la Corte que no es dable confundir los hechos en que se funda la demanda de la pensión, cuya declaración judicial de existencia resulta ser imprescriptible (Sentencia de 21 de octubre de 1985, Radicación 10.842), con los derechos personales o créditos que surgen de la relación laboral y que sirven de base o soporte al cálculo de su valor, los cuales, sí prescriben en lo (sic) términos de las citadas normas laborales. No aparece entonces razonable afirmar la extinción de los créditos sociales del trabajador por efectos del acaecimiento de la prescripción al haberse cumplido el plazo trienal establecido por la ley y, a la vez, sostener su vigencia por constituir parte de la base económica de la prestación pensional. Lo lógico y legal es que al producirse la prescripción de la acción personal del trabajador respecto de acreencias laborales o de algunas de ellas, los derechos que ellas comportan se extingan y que no sea posible considerar su existencia para ningún efecto jurídico, dado que al desaparecer del mundo jurídico entran al terreno de las obligaciones naturales que, como es sabido, no tienen fuerza vinculante”¹²⁷.

¹²⁷ CSJ, Sala de Casación Laboral, Rad. 19557. En igual sentido, Casación 18 de febrero de 2004, Rad. 21231; 7 de jul. de 2005, Rad. 25344; 21 de julio de 2010, Rad. 37134; 14 de mayo de 2014, Rad 40317.

Conforme a lo expuesto, para cada uno de los 38 accionantes el derecho a reclamar la reliquidación de su pensión prescribía en tres años, no obstante para el procesado ese término legal vinculante no mereció ninguna consideración, situación gravosa en portentosa medida si se tiene en cuenta que dentro del grupo de actores eran posible identificar diferentes situaciones y tiempos de prescripción, dado que algunos sí solicitaron la reliquidación, por lo que refulgía imperativo determinar el término en cada caso para diferenciar la medida del derecho y de la orden de amparo.

La inaplicación del término de prescripción no fue peticionada, sino que fue un reconocimiento oficioso del Juez, es decir que AMAYA BARRERA no se limitó a ordenar una reliquidación claramente improcedente, en razón de la deficiente motivación, sino que además ordenó no tener en cuenta la prescripción al momento de reliquidar y pagar las mesadas, sin que mediara petición en tal sentido.

7.3 Colofón de lo expuesto, la Corte puede afirmar, con certeza, que el fallo de tutela adoptado el 19 de agosto de 2004 por AMAYA BARRERA carece de una motivación fáctica, probatoria y jurídica suficiente, dado que la referida providencia judicial:

(i) siendo esencial para el sentido de la decisión, no particularizó el análisis de la situación de cada uno de los 38 accionantes, 7 que no contaban con registro en FOPEP y 31 a quienes ya se les había liquidado;

ii) justificó arbitrariamente los motivos por los cuales ordenaba la reliquidación de pensiones, sin mención alguna ni a los factores presuntamente no tenidos en cuenta por CAJANAL, al momento de conceder la jubilación, ni a los pensionados a los que ya se les había reliquidado su mesada;

iii) caprichosamente tuteló los derechos de los 38 actores por *pertenecer a la tercera edad*;

iv) sin ninguna clase de inmediatez, ordenó el reconocimiento de derechos prescritos;

v) las consideraciones plasmadas en esa decisión además de insuficientes, son retóricas, genéricas y abstractas carentes, en cualquier caso, de sustento probatorio o jurídico concreto en la tutela sometida a consideración;

vi) el proveído adoptado por el procesado es el vivo ejemplo de una decisión judicial que carece de *un concienzudo examen* tanto de las evidencias *como del análisis jurídico de las normas aplicables al caso*, pues con el amparo ordenó unas reliquidaciones sin haber determinado probatoriamente quien tenía un verdadero derecho en la materia.

Con fundamento en lo expuesto, al tenor de lo preceptuado en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, se confirmará la condena proferida por el a quo, pero solo de 38 accionantes, pues existe certeza tanto de la materialidad de la conducta como de la responsabilidad del procesado quien estando en capacidad de fallar la tutela

conforme a derecho, de manera consciente y voluntaria se determinó a lesionar el bien jurídico tutelado con la concesión de un amparo palmariamente improcedente e ilegal.

La responsabilidad por el amparo ilícito que se dio a los 38 accionantes corresponden a las situaciones de:

i) Alba Aurora Castro Moreno, Blanca Inés García, Margarita Munera de Gómez, José Saúl Vivas Ortegón, Judith Rojas Hernández y Luis Aureliano Rodríguez Muñoz no reposa ninguna información de esos (6) accionantes;

ii) Alicia Aguirre De Serrato quien “*no existe en el FOPEP*”;

iii) Los siguientes 31 demandantes habían solicitado la reliquidación y se les había otorgado en al menos una oportunidad antes de agosto de 2004: Chiquinquirá Romero de Acosta, Clara Inés Gómez de Méndez, Maria teresa de las Mercedes Lara de Mancipe, Libia Montoya García, Lidia Cecilia Linares Aguilera, Berta Inés Grisales de Aguirre, Maria Helena Pinzón de Quintero, María Baltina Ortiz Salcedo, Gilma Moreno de Ramírez, María Doris Uribe de Valencia, Carmen Cecilia Calderón Beltrán, Fanny Abeba Garavito de Beltrán, Pedro Umaña Corredor, Ariel Bonilla Soto, Amparo Perdomo Medina, Jorge Salazar Vélez, María de Jesús Aragón Sánchez, Blanca Sofía Ramos de Sánchez, Julio Abraham Martin Novoa, Gilma Gómez de Gallego, Francisca Jiménez de Hernández, Antonio Mario Hurtado Cardona, María Acela Romero Vigoya, María Teresa Ramírez Celeita, María Yamile Gil Amórtegui, Alicia Quevedo de Bohórquez, Gladys Alicia Guevara de Espinosa, Luz Marina

Moreno de Castro, Rita Cecilia Benavidez de Ortega, Rosario Romero Moreno, Blanca Emilia Lesmes.

En relación con los restantes 85 demandantes, de su situación no se tiene certeza que no tuviesen derecho al amparo otorgado, por lo menos el registro procesal en esa materia genera la estimación de premisas dudosas, sin posibilidades de superar, por lo que por las reclamaciones de ellos no se atribuye responsabilidad penal al procesado.

El A quo incrementó la pena privativa de la libertad por el número de accionantes y en esta decisión se declara la responsabilidad penal por 38 de los 123 tutelantes, razón por la cual la pena de prisión impuesta se reduce en 2 meses, por lo que esa sanción queda en 40 meses. La inhabilitación de derechos y funciones públicas no se afecta porque se impuso la mínima.

La pena de multa se mantiene en razón a que el número de acciones no es criterio a tener en cuenta para la fijación de dicha sanción, dados los criterios que para la tasación de esa sanción trae la ley penal.

8. La parte civil solicitó la revocatoria del fallo impugnado, únicamente, en lo relacionado con lo dispuesto en el numeral tercero de la parte resolutive, esto es el monto de los perjuicios materiales causados por el procesado.

Dicha tasación obedeció a un argumento que la Corte encuentra lógico y razonable, en virtud del cual *“como se puso de presente, esa sentencia fue revocada el 10 de diciembre de*

2004. Por este motivo, a partir de esta fecha CAJANAL no estaba obligada a expedir acto administrativo alguno para las reliquidaciones personales inicialmente dispuestas. Y si estas se hicieron, ya no son imputables al doctor AMAYA BARRERA, ya que su decisión había sido dejada sin efectos. Desde esta perspectiva, el mencionado profesional solo es civilmente responsable de las reliquidaciones pensionales reconocidas y pagadas entre la emisión y la revocatoria de su sentencia. Y esta situación solo se presenta en un caso: el de AIDA LUCÍA ACERO DE DUPONT¹²⁸.

Al fundamentar su disenso insistió en dos hechos según los cuales: la UGPP reliquidó 81 pensiones en cumplimiento del fallo proferido por el procesado y el expediente desapareció, pero además en que a CAJANAL no le fue notificada la revocatoria del fallo y que esta situación la vino a conocer la parte civil tan solo durante la audiencia pública de juzgamiento, más exactamente en la sesión del 13 de agosto de 2015.

Dicho lo anterior, la Corte anuncia que mantendrá incólume también el referido numeral de la sentencia impugnada por las siguientes razones. Entendido el recurso de apelación como un medio de control sobre el acierto y legalidad de las providencias y decisiones judiciales, su efectividad sustancial se ve condicionada, en cada caso, al despliegue de una carga argumentativa mínima, mediante la cual el recurrente logre identificar la existencia de un yerro o dislate en la determinación impugnada.

¹²⁸ Fl 25 y 26.

Así las cosas, fácil resulta concluir que el apoderado de la parte civil no orientó su disenso a identificar el error en la determinación del Tribunal, es decir no atacó los fundamentos que cimentaron esa decisión, motivo por el cual la presunción de acierto y legalidad de esa sentencia no fue derruida, ni le fueron expuestas a la Corte las razones que justificaban una revocatoria o modificación.

Sin embargo, con la finalidad de abundar en consideraciones y sin referencia al defecto señalado, necesario resulta apartarse del razonamiento de la apoderada de la parte civil, en tanto sus consideraciones no se corresponden con la realidad procesal. Esta aseveración tiene por fundamento dos precisos asertos.

No es cierto que se haya sorprendido a la parte civil y a la Fiscalía con el anuncio de una sentencia revocatoria y mucho menos que tal circunstancia haya sido puesta de presente por el procesado tan sólo el 13 de agosto de 2015 al finalizar la audiencia pública. Tal y como se desprende del folio 38 del cuaderno 3 de la actuación, desde el 13 de junio de 2014 la defensa allegó copia del respectivo folio del libro radicador de tutelas del Juzgado y como anexo la impresión de la consulta efectuada en la página de la Rama Judicial¹²⁹.

La notificación del fallo de segunda instancia era un trámite secretarial que le correspondía a la Secretaría del Tribunal Superior de Bogotá y no al procesado, pero además

¹²⁹ Fl 40, cuaderno 3.

habiendo sido impugnada la tutela por CAJANAL no resultaba excesivo ni desproporcionado exigir que el personal de la entidad hiciera el respectivo seguimiento del trámite de la apelación presentada.

Por lo anterior, se ratificará la decisión del a quo dado que revocado el fallo de tutela por parte del Tribunal Superior de Bogotá, la responsabilidad patrimonial sobre el reconocimiento de reliquidaciones recayó en CAJANAL y no en el enjuiciado.

9. Son estas las razones que llevan a la Corte a confirmar la sentencia condenatoria impugnada, pero por las razones expuestas en esta decisión, del compromiso penal de NÉSTOR GILBERTO AMAYA BARRERA, en los términos expresados, advirtiéndose que en Ley 600 de 2000 no se puede privar de la libertad a quien no se le ha detenido durante el proceso y además porque no fue materia de impugnación la prisión domiciliaria otorgada en primera instancia.

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

RESUELVE:

1. NEGAR la solicitud de nulidad de lo actuado, de conformidad con las consideraciones expuestas.

2. CONFIRMAR la sentencia condenatoria de fecha y origen ya indicados, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá contra NÉSTOR GILBERTO AMAYA BARRERA como autor de delito de prevaricato por acción, por las razones expuestas en esta providencia, fijándose la pena de prisión en 40 meses y manteniéndose incólumes las demás decisiones adoptadas en el fallo recurrido.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y Cúmplase,

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

IMPEDIDO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria