RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

Libertad y Orden

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

SALA DE DECISIÓN PENAL
M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 768 del dieciséis (16) de diciembre de dos mil catorce (2014).
Pereira, dieciocho (18) de diciembre de dos mil catorce (2014)
Hora lectura: 4:12 p.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

Se procede a resolver la solicitud de preclusión de la investigación presentada por el Dr. Álvaro de J. Barrera Delgado, Fiscal delegado adscrito a las Salas Penales de los Tribunales de Pereira y de Armenia, en favor del Dr. José Jesús Marín González, por el delito de prevaricato por acción, para lo cual invoca la causal de atipicidad de la conducta prevista en el artículo 332-4 del CPP.

2. ANTECEDENTES.

2.1 La presente actuación se inició por orden de la Sección Segunda de la Sala de la Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 29 de octubre de 2007, dentro del proceso 66001233100020070011080 1 instaurado por el señor Álvaro Evelio Romero Caicedo. Del texto de esa providencia se deduce lo siguiente: i) Que el citado ciudadano había promovido una demanda contra Cajanal con el fin de obtener la declaratoria de nulidad parcial de la resolución 22400 del 11 de mayo de 2006, en cumplimiento de un fallo de tutela proferido por el juzgado único penal del circuito especializado de Pereira; ii) que el Tribunal Administrativo de Risaralda rechazó la demanda aduciendo que la resolución acusada número 22400 del 11 de mayo de 2006 era un acto de ejecución, que no contenía ninguna decisión o manifestación de voluntad de la administración ya que simplemente se ordenaba dar cumplimiento a un fallo de tutela; y iii) que esa decisión fue recurrida por la parte actora a efectos de que se ordenara la admisión de la demanda y se resolviera el litigio planteado a través de la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho, ya que la resolución acusada no se podía calificar como un simple acto de ejecución o de trámite.

2.2 La Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección "A" del Consejo de Estado, hizo referencia a los antecedentes del proceso donde figuraba como demandante el señor Álvaro Evelio Romero Caicedo y manifestó lo siguiente:

- Que la demanda presentada contra Cajanal tenía el propósito de obtener la nulidad parcial de la resolución 22400 del 11 de mayo de 2006, por lo cual se daba cumplimiento a un fallo de tutela proferido por el juzgado único penal del circuito especializado de Pereira y se reconocía una pensión.

- Que en el expediente obraba la citada resolución 22400 del 11 de mayo de 2006, pero al examinarla se podía inferir que antes de que se expidiera esa resolución se había negado al actor el reconocimiento de la pensión gracia mediante decisión del 2 de abril de 1998; que la misma solicitud fue denegada nuevamente mediante resolución 21376 del 26 de septiembre de 2000 ya que el docente era del orden nacional y que contra esa resolución se interpuso un recurso de apelación que fue resuelto mediante la resolución 5685 del 27 de noviembre de 2011, que confirmó la decisión impugnada.

2.3 La citada sala del Consejo de Estado consideró que el término para incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra esos tres actos ya había caducado. En la misma providencia se expuso que el actor Álvaro Evelio Romero Caicedo había presentado cinco años más tarde una acción de tutela que fue fallada en su favor por el juzgado único penal del circuito especializado de Pereira, que dispuso lo siguiente: *Segundo. Ordenar a la `Caja Nacional de Previsión social Cajanal, que desde la fecha en que se notifique de ésta decisión y hasta cuándo la jurisdicción contencioso administrativo lo decida en forma definitiva, adopte la decisión que corresponda respecto de cada uno de los docentes accionantes, para lo cual deberá tener en cuenta las leyes 116 de 1928, ley 37 de 1933 y aplicar en su integridad, las leyes 43 de 1975 y ley 91 de 1989 de acuerdo con las consideraciones hechas en el presente fallo. Tercero. Prevenir a los accionantes para que si no lo han hecho, a más tardar, en cuatro (4) meses contados a partir de la notificación de este fallo, instauren e impulsen la correspondiente acción ante la jurisdicción contencioso administrativa*"

2.4 En la decisión del Consejo del Estado del 29 de noviembre de 2007 se manifestó que en el cumplimiento del fallo de tutela mencionado, Cajanal profirió la resolución 22400 del 11 de mayo de 2006 que fue acusada mediante la acción administrativa que se adelantó ante el tribunal administrativo Risaralda. Esa alta corporación expuso que el juez penal del circuito especializado de Pereira, al resolver la tutela debió haber advertido a los accionantes sobre la caducidad que había operado con respecto a las resoluciones que negaron su derecho y proceder a declarar improcedente la tutela ya que esa orden no podía restituir la posibilidad de incoar la pretensión anulatoria contra ellas, pese a lo cual, lo que el juez penal del circuito especializado hizo de manera errónea, fue revivir el término de caducidad respecto de las resoluciones expedidas en el año 2002 que negaron el derecho reclamado.

Por lo tanto se consideró que esa decisión tomada en la acción de amparo había generado un "desgaste injustificado de jurisdicción" ya que en primer lugar la prestación solicitada no podía ser concedida por el juez de tutela de manera definitiva y menos en forma transitoria, pues no podía disponer la iniciación de un juicio de nulidad y restablecimiento del derecho cuando la acción estaba suficientemente caducada, fuera de que se hizo incurrir en error al demandante al generarle una falsa expectativa, por hacerle creer que una pretensión anulatoria de la resolución 22400 del 11 de mayo de 2006, eventualmente podría implicar el reconocimiento del derecho a la pensión gracia solicitada, la cual solamente se podía obtener mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos que expresamente negaron esa pretensión, que se ya encontraban afectados por caducidad .

En consecuencia se confirmó el auto apelado y se ordenó que se investigara por vía penal y disciplinaria al Dr. Jesús Marín González, por haber proferido el fallo de tutela antes mencionado que contenía las graves irregularidades mencionadas, fuera de que al parecer dicho funcionario no era competente para conocer del amparo solicitado, en vista de que Cajanal era una autoridad pública de orden nacional. (Folio 4 a 7)

2.5 El señor delegado de la FGN, anexó copia del fallo de tutela del 13 de diciembre de 2005, del cual se extrae lo siguiente:

2.5.1 El Dr. Augusto Roa Osorio actuando en representación del 15 accionantes presentó acción de tutela contra Cajanal, aduciendo que pese a que sus mandantes que se desempeñaban como docentes, cumplían los requisitos para acceder a la "pensión de jubilación gracia", esa entidad había omitido reconocer y ordenar el reconocimiento de esa prestación, desconociendo la evolución normativa legal que regía el tema del reconocimiento de pensiones en favor de los educadores, con lo cual se incurrió en una *vía de hecho,* al ser vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y seguridad social en conexión con el mínimo vital.

2.5.2 En el fallo de tutela dictado por el Dr. Marín González el 13 de diciembre de 2005, se hizo una secuencia de las normas que regulaban el reconocimiento de pensiones en favor de los docentes, que se citaron así: ley 114 de 1913; ley 116 de 1928; ley 37 de 1933; ley 43 de 1975; y ley 91 de 1989. Con respecto a esta última ley se transcribió su artículo 15 numeral 2 que dispone lo siguiente: *"Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubiera desarrollado o modificado, tuviesen o llegaran a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social, conforme al decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación aún en el evento de estar a cargo total o parcial de la Nación".*

Igualmente se expuso que inicialmente la pensión gracia se había reconocido a los maestros que laboraban en primaria, pero luego se fue extendiendo esa prestación a los docentes de secundaria según la ley 37 de 1993 y que al expedirse posteriormente

la ley 91 de 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 15 se hizo referencia a que a partir de la vigencia de esa ley, el personal docente nacional o nacionalizado y el que se vinculara con posterioridad al primero de enero de 1990, se regiría por las siguientes disposiciones: los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 diciembre de 1989 para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes" *B. Para los docentes vinculados a partir del primero de enero de 1981 nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del primero de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente a 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional"*

2.5.3 Según lo consignado en el fallo de tutela , el Dr. Marín González consideró que las leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933 fueron derogadas por el artículo 15 de la ley 91 de 1989 donde se reguló integralmente lo relativo a las prestaciones sociales de los docentes, con la salvedad de que pese a esa derogatoria continuaba vigente la ley 114 de 1913 para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que tuvieran derecho a la pensión gracia, la cual se reconocería el caso de cumplir la totalidad de los requisitos y que *a contrario* esa disposición no se aplicaba a las personas vinculadas al magisterio a partir del primero de enero de 1981, quienes sólo tendrían derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio.

5.6 El juez Marín consideró que los accionantes cumplían los requisitos para acceder a la pensión gracia, ya que habían acreditado su tiempo de servicio como docentes y el cumplimiento de la edad exigida en la ley, pues entre otros requisitos demostraron su vinculación al servicio antes del 31 diciembre de 1980 por lo cual adquirieron el derecho a la citada pensión que de acuerdo a la ley 91 de 1989 resultaba compatible con la pensión de jubilación reconocida por los fondos departamentales, por lo cual Cajanal había desconocido la legislación aplicable a su caso, como la ley 37 de 1993 y la ley 43 de 1920, lo que configuraba una ostensible vía de hecho administrativa que vulneraba los derechos al debido proceso y a la igualdad, por lo cual se debían tutelar los derechos de los actores, para lo cual invocó los precedentes establecidos en las sentencias T- 571 de 2002 y T - 797 de 2003 de la Corte Constitucional, lo que hacía procedente la tutela impetrada, ya que pese a que existía la posibilidad de que los actores promovieran la demanda respectiva ante la jurisdicción contencioso administrativa en procura de que se decretara la nulidad de las resoluciones que negaron el reconocimiento de esa prestación, en este caso era posible el amparo de sus derechos, como mecanismo transitorio, para precaver un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta la demora que podría sufrir el proceso ordinario ante la jurisdicción contencioso administrativo

5.7 Con base en esas consideraciones, el doctor Marín González consideró que Cajanal había vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso igualdad y seguridad

social de los actores y en consecuencia hizo el siguiente ordenamiento en el fallo de tutela:

> *"(…)*
>
> *Segundo. ORDENAR a la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal, que desde la fecha en que se notifique de ésta decisión y hasta cuando la jurisdicción contencioso administrativo (SIC) lo decida en forma definitiva, adopte la decisión que corresponda respecto de cada uno de los docentes accionantes, para lo cual deberá tener en cuenta las leyes 116 de 1928, ley 37 de 1993 y aplicar en su integridad las leyes 43 de 1975 y 91 de 1989 de acuerdo con las consideraciones hechas en el presente fallo.'*
>
> *Tercero. Prevenir a los accionantes, para que si no lo han hecho, a más tardar en cuatro (4) meses contados a partir de la notificación de este fallo instauren e impulsen la correspondiente acción ante la jurisdicción contenciosa administrativa.*
>
> *Cuarto. Advertir a las partes que ésta decisión de tutela permanecerá vigente durante todo el tiempo que la justicia contencioso administrativa utilice para decidir de fondo las pretensiones de los actores yiores las pretensiones de los actores relativas al mismo asunto" (Folios 57 a 66).*

5.8 Con posterioridad al fallo de tutela se formuló una solicitud ante el mismo despacho para que se aclarara el fallo de tutela. Mediante decisión del 3 de diciembre de 2005 su titular consideró que la misma no era procedente porque implicaba una reforma de la sentencia y porque tal pretensión se debió haber invocado en segunda instancia dentro del término establecido para recurrir el fallo (folios 67 a 70).

5.9 En cumplimiento del programa método metodológico adelantado por la FGN se anexaron los siguientes documentos: i) actas sobre nombramiento y posesión del Dr. José Jesús Marín González en propiedad como juez promiscuo del municipio de Marsella (folios 37 a 39); ii) copias auténticas de las Resoluciones 238 y 249 del 10 y 24 de noviembre de 2005 y acta de posesión No. 186 del 1º de diciembre de 2005, del citado profesional, en su calidad de juez penal del circuito especializado en la ciudad en encargo (Folios 18 a 21); iii) copia demanda de tutela presentada el 28 de noviembre de 2005, por el Dr. Augusto Roa Osorio a nombre de Mario Antonio López Arango y otras personas contra el Subdirector de Prestaciones Económicas de Cajanal; y iv) fallo de tutela del 13 de diciembre de 2005 del juzgado penal del circuito especializado de Pereira.

5.9.1 Se anexó una entrevista recibida a la Dra. Luz Karime Pineda Blanco, quien dijo haberse desempeñado como secretaria del juzgado penal del circuito especializado de Pereira, durante el período en el que el Dr. Marín González estuvo encargado de

ese despacho, afirmando que este funcionario conoció de una acción de tutela presentada por unos docentes contra Cajanal, entidad que no se pronunció sobre las pretensiones de los actores, por lo cual se dio aplicación al artículo 20 del decreto 2591 de 1991 que consagra el principio de presunción de veracidad en materia de acciones de tutela y en tal virtud se dictó un fallo a favor de los accionantes, donde se protegieron transitoriamente los derechos vulnerados por Cajanal al considerarse que esa entidad había expedido las resoluciones relativas a las pensiones reclamadas, desconociendo el régimen especial que se le aplicaba a los docentes, lo cual constituía una *vía de hecho.* Dijo que por tal razón en el fallo se había ordenado a Cajanal que dejara sin efectos esas resoluciones y que examinara nuevamente las solicitudes de los docentes bajo los parámetros fijados por las leyes aplicables en razón de su régimen especial. Igualmente manifestó que se había prevenido a los accionantes para que acudieran ante la jurisdicción contencioso administrativa en los 4 meses siguientes según el fallo de tutela y agregó que la entidad accionada fue notificada del fallo, pero no interpuso ningún recurso, por lo cual el expediente fue enviado a la Corte Constitucional. Expuso que luego se presentaron varios incidentes de desacato en procura del cumplimiento del fallo que profirió, en los cuales se surtió el grado de consulta ante la Sala Penal del TS de Pereira y que la actuación concluyó con el cumplimiento total del fallo de tutela mencionado. Frente a la decisión del Consejo de Estado, de ordenar que se compulsaran copias para que se investigara por vía penal disciplinaria al Dr. Marín González por haber dictado el mencionado fallo de tutela, al considerarse que había revivido unos actos administrativos que ya habían caducado, expuso que el juez Marín no tenía conocimiento de esa situación, ya que Cajanal no se pronunció sobre las pretensiones de los accionantes, por lo cual la decisión se adoptó con base en las manifestaciones y pruebas entregadas por los actores que se entendían amparadas por la presunción de veracidad, por lo cual el Dr. Marín se concentró específicamente en lo relativo a la situación relativa a la violación de los derechos fundamentales que se atribuía a Cajanal. La Dra. Pineda Blanco dijo que el juez investigado no tuvo ningún interés malsano al proferir la determinación referida y consideró que era posible que hubiera sido inducido en error, ya que el Dr. Marín no era experto en temas de derecho administrativo y además las demandas que promovieron los docentes fueron tramitadas ante las instancias de la jurisdicción contencioso administrativa correspondientes, (juzgados y tribunales) antes de arribar al Consejo de Estado, sin que se hubiera advertido del yerro jurídico que se atribuyó al juez investigado, por lo cual no existió dolo o mala fe en su actuación, sino un error al momento de adoptar fallo de tutela (Folios 40 a 41).

5.9.2 El doctor José de Jesús Marín González rindió diligencia de interrogatorio indiciado el 6 de abril de 2011, en la cual expuso que había dictado el mencionado fallo de tutela cuando se encontraba cubriendo un encargo, por vacaciones del titular del juzgado penal del circuito especializado de Pereira. Manifestó que en este caso específico se presentó una acción de tutela por parte de 17 profesores representados por un mismo apoderado que versaba sobre una pensión que les había sido negada por Cajanal y que al revisar el proyecto que le presentó su auxiliar encontró que el mismo era correcto. Dijo que se habían cumplido todos los procedimientos previstos en el decreto reglamentario de la acción de tutela que cuyo fallo no fue impugnado por la entidad accionada, por lo cual adquirió firmeza, luego de

lo cual los accionantes que resultaron favorecidos reclamaron sus derechos en diversas instancias, hasta llegar al Consejo de Estado donde se ordenó una investigación en su contra por haber vulnerado la cláusula de competencia y no haber advertido la existencia de la caducidad frente a los actos administrativos que había denegado las pensiones reclamadas por los accionantes. Expuso que en razón de esa decisión se había iniciado una investigación disciplinaria en su contra en la cual resultó absuelto. Insistió en que había revisado el proyecto de tutela que le presentó su secretaria con tan mala suerte que observaron que se había presentado la caducidad acorde a lo establecido en el artículo 136 del CCA (sic). Dijo que a partir del año 2010 se produjo una nueva jurisprudencia en el sentido de que en materia de pensiones no obraba esa caducidad. Manifestó que su decisión se había tomado como consecuencia de un error, que no estuvo en capacidad de advertir fácilmente, ya que no era especialista en derecho administrativo. Expuso que la acción ordinaria que inició el apoderado de los tutelantes por vía administrativa, pasó por varias instancias judiciales dentro de esa jurisdicción y que el dislate solo vino a ser advertido por el Consejo de Estado en la decisión donde se ordenó la investigación en su contra, afirmó que en ningún momento había actuado de manera dolosa por lo cual no había incurrido en la conducta de prevaricato por acción por la cual fue denunciado.

4. INTERVENCIONES EN LA AUDIENCIA DE SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

4.1 Fiscal delegado.

Dio lectura al escrito de solicitud de preclusión así:

> ***"FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD***
>
> *El Consejo de estado a través de la Sección Segunda Subsección A de la Sala de lo Contencioso Administrativo, dispuso a través de auto del 23 de octubre de 2007, disponer la compulsa de copias en contra del Doctor* ***JOSE JESUS MARIN GONZALES*** *en su condición de Juez Único Penal del Circuito Especializado de Pereira Risaralda, por el presunto punible de PREVARICATO POR ACCION.*
>
> *1º.-* ***HECHOS***
>
> *El Doctor* ***JOSE JESUS MARIN GONZALES*** *fue designado como Juez en Propiedad del Juzgado Promiscuo Municipal de Marsella (Rda) mediante resolución nro 112 de fecha 04 de septiembre del año 2002, cargo para el que se posesionó mediante acta del 01 de octubre de la misma anualidad; en tal virtud para la fecha del trece de diciembre del año dos mil cinco, fue encargado para desempeñarse como JUEZ UNICO PENAL DEL CIRCUITO*

ESPECIALIZADO en esta ciudad, ante vacaciones del titular de dicho Despacho judicial.-

*Encontrándose desempeñando tal cargo el Doctor **AUGUSTO OSORIO ROA** formuló ACCION DE TUTELA en contra de la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL a nombre de los señores MARIO ANTONIO LOPEZ ARANGO, MARIA MARTHA PELAEZ FRANCO, JESUS ARCADIO ECHEVERRY GRANADA, CARLOS OCTAVIO MEDINA CUJAR, HUGO ALFREDO VALLEJO BENAVIDEZ, FRANCISCO JAVIER SALAZAR MARQUES, GUILLERMO VILLA ESCUDERO y otros, en su calidad de docentes al servicio de la Nación.*

Argumentó el togado como dichos docentes habrían intentado ante la Entidad accionada, el reconocimiento de la PENSION DE JUBILACION DE GRACIA, misma que fue despachada desfavorablemente, bajo el argumento de no cumplir con el lleno de los requisitos, desestimando en consecuencia los veinte años de servicio prestados por los accionantes.

El argumento central de la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, gravitó en torno a haber prestado los docentes en cuestión sus servicios por designación del Gobierno Nacional. Lo que en decir del Apoderado era simple y llanamente una equivoca interpretación de las normas existentes, pues un maestro puede recibir a un mismo tiempo sendas pensiones concedidas por la Nación y el Departamento. Y la denominada "PENSION DE GRACIA" suficientemente reglamentada por la legislación vigente. Que en decir del apoderado " .....ha democratizado este derecho al punto de terminar con la odiosa discriminación entre docentes del orden nacional y nacionalizados".-

En tal virtud y considerando vulnerado el derecho fundamental AL DEBIDO PROCESO, se instaura la acción de TUTELA en el entendido que esta "…. Procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable" conforme lo señala el articulo 8 del decreto 2591 de 1.991. requiriendo en consecuencia a la entidad accionada para que en el perentorio término de 48 horas siguientes a la notificación de la Sentencia a emitir el respectivo acto administrativo reconociendo y pagando pensión de jubilación de gracia a sus representados.

El hoy indiciado a través de Sentencia del Trece de Diciembre del año Dos mil Cinco despachó favorablemente la petición elevada, y fue así como en el RESULTANDO PRIMERO de la decisión aludida ordenó "TUTELAR como mecanismo transitorio los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, seguridad social y

mínimo vital de los señores MARIO ANTONIO LOPEZ ARANGO (…) representados por el doctor Augusto Osorio Rosa, vulnerados por parte de la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL Cajanal en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión".-

Y como corolario lógico de dicho resultando : "ORDENAR a la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal, que desde la fecha en que se notifique de esta decisión y hasta cuando la Jurisdicción Contencioso Administrativa lo decida en forma definitiva, adopte la decisión que corresponda respecto de cada uno de los docentes accionantes, para lo cual deberá tener en cuenta las leyes 116 de 1.928, ley 37 de 1933 y aplicar en su integridad, las leyes 43 de 1.975 y ley 91 de 1.989 de acuerdo con las consideraciones hechas en el presente fallo".-

Efectivamente los docentes beneficiados con la decisión emitida, incoaron ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo demanda para obtener el reconocimiento de la PENSION DE GRACIA, siendo esta despachada en forma desfavorable, motivo por el cual se interpuso y sustentó el recurso de APELACION ante el CONSEJO DE ESTADO.

Al desatar el recurso propuesto la ya mencionada SECCION SEGUNDA del Consejo de Estado indicó como lo viable jurídicamente era que el Juez de Tutela hubiera indicado a los accionantes que dentro del asunto sometido a su arbitrio, había operado el fenómeno jurídico de la CADUCIDAD "… y en consecuencia declarar la improcedencia de la tutela, por que la orden no podía restituir la posibilidad de incoar la pretensión anulatoria contra aquellas".-

Y como quiera que la tutela había producido falsas expectativas entre los accionantes, y estas se materializaron con la presentación de la demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se originó un desgaste innecesario en la Administración de Justicia lo cual determinó la orden de compulsa de copias para investigar penal y disciplinariamente al hoy indiciado Doctor ***JOSE JESUS MARIN GONZALES****.*

2º.- ***LA DECISION QUE DA ORIGEN A LA COMPULSA DE COPIAS.***

Como vimos es la Sentencia de primera instancia adiada a los trece días del mes de diciembre del dos mil cinco emanada del Juzgado Unico Penal del Circuito de Pereira Rda a través de la cual se tutelaron los derechos fundamentales del Debido Proceso de los

señores MARIO ANTONIO LOPEZ ARANGO y otros docentes del orden nacional en contra de la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL CAJANAL, la cual ha dado origen a la compulsa de copias por parte de quien la emitió, en tal virtud procede efectuarse un minucioso análisis sobre la misma a efectos de establecer si puede o no su redacción ser constitutiva de conducta punible.

En tal virtud forzoso resulta en consecuencia indicar que la misma gravitó esencialmente en torno al decreto 2591 de 1.991 y a las leyes 114 de 1.913, 116 de 1.928, 37 de 1.933 y 91 de 1.989 mismas que reglamentan los siguientes temas :

La procedencia de la acción de tutela el primero y las segundas, los requisitos y condiciones de la denominada PENSION DE GRACIA, de cuyo análisis y recuento el juez constitucional de tutela concluyó como si bien en principio la PENSION DE GRACIA había sido implementada para los maestros que hubieran laborado en primaria, "… posteriormente el legislador extendió ese derecho pensional a los docentes que llegaron a prestar sus servicios en escuelas normales y a los inspectores que desarrollaron actividades de instrucción pública; mas tarde, la ley 37 de 1.933 amplificó el derecho a la multicitada pensión a los docentes de secundaria".- Lo anterior conforme aparece citado textualmente en la decisión .

Igualmente del análisis jurídico del hoy indiciado se desprende como fue el artículo 15 de la ley 91 de 1.989 la cual habría derogado en lo que se refiere a materia prestacional del personal docente lo señalado por las leyes 116 de 1.928 y 37 de 1.933 haciendo énfasis en el hecho de subsistir la vigencia de la ley 114 de 1.913 para los casos que se presentaran en relación con docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1.980 a modo de régimen transicional, y que en consecuencia como los accionantes, recordemos docentes del orden nacional, se encontraban vinculados al servicio oficial con anterioridad al 31 de diciembre de 1.980 procedía la concesión del beneficio pretendido por ellos cual era la de mecanismo transitorio de los derechos fundamentales mientras se adelantaban los procesos propios del régimen CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Lo anterior por cuanto también lo estimó, la negativa de la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, fundada exclusivamente en lo establecido por la ley 114 de 1.913 y desconociendo lo reglado por la ley 37 de 1.933 constituyó una trasgresión al régimen de pensiones ya que contravino notoriamente lo dispuesto en Sentencia T 571 DE 2002 emanada de la Honorable Corte Constitucional relativa al tema de pensiones y lo discernido por la Sentencia T 79 de 2003 de idéntica procedencia con Ponencia del

*Dr **EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ** que analiza lo relativo a las vías de hecho.*

3º.- EXIGENCIAS OBJETIVAS DEL PREVARICATO POR ACCIÓN

***i)** Conforme la descripción del artículo 413 del Código Penal, el delito de prevaricato por Acción encuentra estructura objetiva, cuando el servidor público profiere resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley.*

***ii)** De suerte que se impone analizar, si con los elementos de prueba existentes en la carpeta, es posible afirmar que objetivamente la conducta del señor Juez Único Penal del Circuito Especializado de esta ciudad (para esas fechas) Doctor **JOSE JESUS MARIN GONZALES,** comporta un prevaricato por acción, en concreto, si aparece descrito en la ley penal sustantiva como delito, para luego establecer si objetivamente se profirió la resolución (para el caso sentencia) "…. Manifiestamente contrario a la ley…"*

***iii)** Y, el examen de las fuentes probatorias existentes en la carpeta, nos permite arribar a la conclusión, de que en verdad debido a la falencia presentada al no analizarse lo correspondiente a la CADUCIDAD de la acción dentro del presente asunto se operó lo que el Consejo de Estado a través de su Sección Segunda denominó la creación de unas falsas expectativas a los accionantes al revivir el término de caducidad respecto de las resoluciones expedidas en el año 2002 por parte de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal); ya que en este asunto en decir del mismo Consejo se superó el término establecido por el artículo 136 del C. Contencioso Administrativo para que los docentes afectados con las resoluciones emanadas de la entidad accionada CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL CAJANAL hubieran interpuesto las acciones legales a que hubiera lugar.*

Todo apunta a que dicha falencia avizorada derivó de la falta de preparación del señor Juez en cuanto a la materia del Código Contencioso Administrativo, ya que según sus propios dichos vertidos a través del interrogatorio de indiciado; al asumir la dirección de un despacho con múltiples y difíciles tareas como lo es uno del Circuito Especializado, debe iniciarse por empaparse del conocimiento de la totalidad de asuntos sometidos a su égida, y máxime que en un sistema de corte ACUSATORIO como el nuestro predomina la oralidad vertida a través de Audios , como grabaciones e imágenes visuales contenidas en DVDS, lo que dificulta aun mas la tarea propuesta.

Lo anterior no puede tomarse a modo de exculpativa, pues como el mismo funcionario lo ha dicho "LA IGNORANCIA DE LA LEY NO SIRVE DE EXCUSA"; pese a ello si podría explicar lo sucedido.

Sin embargo, a fuer de decir la verdad la situación tampoco aparece tan diáfana como podría pensarse de la lectura desprevenida de la decisión tomada por el Consejo de Estado, ya que allí se señala casi inequívocamente que un somero análisis de las circunstancias de CADUCIDAD habrían alertado al funcionario judicial a tomar una sentencia acorde a derecho. Pero efectivamente sería así?

Recuérdese que el tenor literal de la norma aludida es el siguiente:

"ART 136 ***CADUCIDAD DE LAS ACCIONES*** *(Subrogado por el articulo 44 de la ley 446 de 1.998)*

1º La acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.-

2º.- La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fé".-

Sobre dicho numeral segundo es menester afirmar que fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C 477-05 del 10 de mayo de 2005 con ponencia del Doctor Jaime Córdoba Triviño.

En esa interesante decisión emanada de nuestro Órgano Jurisdiccional de Cierre, se plantean las múltiples demandas de que ha sido objeto la norma en comento, iniciando su periplo desde el primigenio artículo 136 del decreto 01 de 1.984, pasando por el artículo 23 del decreto extraordinario 2304 de 1.989 hasta arribar al articulo 44 de la ley 446 de 1.998, todas ellas apuntando a la declaratoria de inexequibilidad de la parte inicial del artículo que hoy concita nuestra atención, que huelga decir la verdad no ha sufrido mayores transformaciones en su contenido formal.-

Situación que deja muy en claro como no ha sido pacífica ni constante la interpretación que expertos ADMINISTRATIVISTAS han dado a la norma relativa a la caducidad de las acciones cuando se ha vulnerado el derecho a la

obtención de la pensión. Siendo por el contrario su discurrir bastante tortuoso, referido a constantes demandas sobre ese concreto punto de derecho.

Mas aún, la sentencia proferida por el señor Juez hoy cuestionado, fue revisada por otros funcionarios, uno de ellos el Doctor ***LUIS FERNANDO VALDERRAMA GUZMAN*** *quien hoy se desempeña como Fiscal Delegado ante este Honorable Tribunal , y cuyo impedimento para conocer de este asunto por haber precisamente sido objeto de pronunciamiento suyo a dado pie para que este servidor sea quien dirija los destinos de la indagación, no encontró reparo alguno en la decisión tomada y muy por el contrario, al serle propuesta la solicitud de MODIFICACION o ACLARACION de la decisión, en torno a su fecha exacta de cumplimiento, profirió decisión en tal sentido adiada a los dieciséis días del mes de marzo de dos mil seis.*

Posteriormente, mediante auto del cinco de octubre de dos mil seis al desatar INCIDENTE DE DESACATO propuesto por el accionante , determinó en el resultando primero . "Sancionar al Gerente de la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL CAJANAL E.I.C.E, así también a la asesora de Gerencia General de la entidad encargada de tramitar las acciones de tutela referentes a pensión de gracia, con tres (3) dias de arresto y multa de un (1) salario mínimo legal mensual vigente para cada uno por desacato a la sentencia de tutela proferida por este Despacho el 13 de diciembre de 2005, a favor de los docentes…."

Decisión esta que si bien fuera revocada por el Honorable Tribunal Superior a través de su Sala Penal, lo fue no tanto por la ilegitimidad de la sentencia proferida, sino por razones diversas que no es del caso ventilar en este estrado.

Para dar por finalizado este aspecto debemos señalar que la Entidad accionada CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL ni siquiera recurrió la sentencia proferida, dando con ello a entender que tal vez estaba de acuerdo con lo decidido; y eso que cuentan con un selecto cuerpo de profesionales del derecho que teóricamente deben conocer a fondo todo lo relativo al tema pensional, pues ello es o al menos era hasta la liquidación de la misma, su objeto social.

Por todo ello es jurídico concluir que desde el punto de vista objetivo, la conducta del señor JUEZ hoy cuestionado, no constituye prevaricato por ACCION, porque la misma es atípica, por las razones que a continuación se expresan:

Según reciente decisión jurisprudencial sobre la materia, "El tipo penal de prevaricato por acción se erige en la abierta discrepancia que se presenta entre el contenido de la providencia proferida por el servidor público y la descripción legal o conjunto de normas que regulan el caso concreto. En otras palabras, esa característica de notoria ilegalidad de la decisión surge cuando de manera sencilla y puntual es posible verificar que lo decidido es opuesto a la solución que el ordenamiento jurídico prevé para el asunto analizado".- (Sentencia del 19 de octubre del 2011 Rad 37420 M.P. JAVIER DE JESUS ZAPATA ORTIZ).-

Siendo entonces punto central de la disertación el hecho de advertirse de bulto la discrepancia manifiesta entre lo decidido y lo que el ordenamiento jurídico ha previsto de cara tanto a las normas como a lo arrimado probatoriamente.

Y eso es precisamente lo que no se advierte ya que aterrizando el caso concreto a las normas jurídicas, la decisión del señor Juez, fue ponderada, analítica, de cara a los medios probatorios que le fueron expuestos, sin que se vislumbre por parte alguna la intención dañosa de irrogar perjuicio a la parte accionada, esto es la entidad estatal CAJANAL.

Para llegar a la conclusión de haberse inadvertido una situación que impedía el cabal desarrollo de la Sentencia finalmente proferida, fue necesario que los accionantes se dirigieran en primer término al Honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo de esta ciudad, y posteriormente por vía de recurso ante el Consejo de Estado, habiendo sido examinada la decisión, como lo vimos por otras varias autoridades con respaldo jurídico que nadie pone en tela de juicio, sin que estas advirtieran tal yerro. .

Cierto que nos encontramos frente a un error vencible, pero ello no es razón jurídica suficiente para predicarle el delito de prevaricato ya que este , es decir el error de tipo vencible "… solo da lugar a reproche si el legislador prevé la modalidad culposa sobre la infracción, de conformidad con lo consagrado en el numeral 10 del articulo 32 del Código Penal, lo cual no está previsto en nuestro ordenamiento legal" (Sentencia del 7 de abril del 2011, radicado 32.977 M.P. Fernando Alberto Castro Caballero).

Sobre este punto también nos atenemos a lo que en evento similar discurrió la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Segunda instancia radicado 29382 de fecha dieciocho de junio de dos mil ocho con ponencia del Doctor Sigifredo Espinoza Pérez.-

Recuérdese que la inexistencia del dolo, conlleva a la ATIPICIDAD según la evolución que se ha venido dando en cuanto a esta figura, por lo cual es total y absolutamente razonable hablar de ATIPICIDAD dentro del presente asunto, motivo por el cual este Delegado depreca del Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira (Rda) la impartición de PRECLUSION como forma o modo de desatar la situación provocada por la compulsa de copias que efectuó el CONSEJO DE ESTADO a través de su Sección Segunda en contra del Doctor ***JOSE JESUS MARIN GONZALES****."*

4.2 Representante de la rama Judicial.

Coadyuvó la solicitud de preclusión, manifestando que el funcionario investigado no actuó de manera dolosa, de acuerdo a la información suministrada por el delegado de la FGN.

4.3. Defensor del Dr. José Jesús Marín González.

El juez investigado concedió un recurso de apelación (sic) contra una acción de tutela pese a que la acción administrativa había caducado. Sin embargo en atención a su conocimiento sobre la trayectoria profesional del Dr. Marín se acoge a la solicitud del Fiscal delegado.

5. CONSIDERACIONES LEGALES

5.1 Esta Sala es competente para conocer de la presente solicitud, en atención a lo dispuesto en el artículo 34 de la ley 906 de 2004

5.2. En la solicitud de preclusión presentada por el señor delegado de la FGN se hizo referencia a los antecedentes de la decisión de tutela adoptada por el Dr. José Jesús Marín González dentro de la acción de amparo promovida por el abogado Augusto Osorio Roa, a nombre de Mario Antonio López Arango y 14 accionantes más que culminó con el fallo de tutela del 13 de diciembre de 2005 donde se hizo el ordenamiento referido en el apartado 2.3 de la presente decisión.

5.3 En la petición de preclusión se menciona la decisión adoptada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A" , del 29 de noviembre de 2007, donde se ordenó la iniciación de investigaciones penales y disciplinarias contra el juez Marín González, por haber proferido el fallo de tutela antes referido sin verificar que en el caso de los actores ya había operado el fenómeno de la caducidad en materia administrativa en lo relativo a la resolución 06452 del de abril de 1998, donde se negó la pensión gracia reclamada por los accionantes ya que ese acto administrativo debió ser impugnado ante la justicia contencioso administrativa en los cuatro meses siguientes a la notificación del fallo.

5.4 En ese sentido se manifiesta en el escrito de solicitud de preclusión, que de acuerdo a lo expuesto por el Consejo De Estado, con el fallo de tutela que adoptó el Dr. Marín González se creó una falsa expectativa para los accionantes, en el sentido de que había revivido el término de caducidad frente a las determinaciones adoptadas por Cajanal al negar la pensión gracia reclamada, frente a las cuales operó la caducidad establecida en el artículo 136 del anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 del 2 de enero de 1984), situación que podía atribuirse al desconocimiento que tenía doctor Marín González sobre las actuaciones administrativas reguladas por el citado Código, y además resultaba explicable en razón del alto cúmulo de trabajo existente en el juzgado penal del circuito especializado de Pereira, en razón del tipo de procesos que se maneja en ese despacho.

5.5 El fiscal requirente reconoce que en favor del Dr. Marín González no es posible aplicar el principio de que "la ignorancia de la ley no sirve de excusa" pero igualmente afirma que tampoco resultaba tan clara la decisión del Consejo de Estado, frente a la orden de investigación del citado funcionario, en el sentido de que un somero análisis de los presupuestos de la figura jurídica de la caducidad, habría alertado al citado funcionario judicial para dictar una sentencia acorde a derecho. Para el efecto se refirió al contenido del artículo 136 del anterior CCA, señalando que la constitucionalidad de esa norma había sido examinada en la sentencia C-477 del 10 de mayo de 2005 de la Corte Constitucional, en la cual se hizo referencia a las múltiples demandas que se presentaron contra esa disposición, que iniciaron su periplo desde el primigenio artículo 136 del decreto 2304 de 1989, hasta arribar al artículo 44 de la ley 446 de 1998, a efectos de buscar la declaratoria de inexequibilidad de la parte inicial del citado artículo 136 del D. 01 de 1984, lo cual daba entender que no existía un criterio pacífico ni constante sobre la aplicación de la norma relativa a la caducidad de la acción administrativa cuando se vulneraba el derecho a obtener una pensión.

Además consideró que en el caso sometido a la consideración del doctor Marín González, se presentó una situación que pudo tener injerencia en el fallo de tutela que suscribió ese funcionario, en la medida que Cajanal no se pronunció sobre las pretensiones de los actores, lo que le habría permitido a ese funcionario tener mejores elementos de juicio sobre el tema sometido a su decisión.

5.6 Por ello considera que no es posible subsumir la conducta del funcionario investigado en el tipo de prevaricato por acción, ya que no se comprobó la existencia de una abierta discrepancia entre la decisión del juez de tutela y la normatividad vigente sobre la materia y en ese sentido el señor Fiscal considera que la sentencia adoptada el 13 de diciembre de 2005 por el Dr. Marín González: *"fue ponderada, analítica, de cara a los medios probatorios que le fueron expuestos, sin que se vislumbre por parte alguna la intención dañosa de irrogar perjuicio a la parte accionada, esto es a la entidad estatal Cajanal".*

Igualmente expone que en pro del funcionario denunciado obra una situación que lo favorece, que consiste en el hecho de que los accionantes se hubieran dirigido en primer término ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de este Distrito, y

posteriormente por vía de apelación ante el Consejo de Estado, lo que indica que esa decisión fue examinada por varias autoridades y solamente se vino a advertir el yerro al ser sometido el asunto al examen del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa.

5.7 En conclusión el señor delegado de la FGN, considera que en este evento se presentó un error vencible, que no permite imputar al juez indiciado el delito de prevaricato por acción en vista de que esta conducta punible solamente se puede imputar bajo la modalidad dolosa, tal como se expuso en las sentencias CSJ SP del 18 de junio de 2008 radicado 29382 y CSJ SP del 7 de abril de 2011 radicado 32977 y en ese orden de ideas, la inexistencia de una actuación dolosa por parte del Dr. Marín González, conduce a plantear la atipicidad del acto que se le atribuye lo cual sirve de sustento a su solicitud de preclusión.

5.8 Para efectos de lo que interesa a la presente decisión hay que tener en cuenta que la demanda de tutela que le correspondió resolver al Dr. Marín González, se basaba en los siguientes hechos:i) Los docentes que representaba el Dr. Roa Osorio habían solicitado el reconocimiento de la pensión gracia, aduciendo que se encontraban vinculados al magisterio desde antes del 31 de diciembre de 1980, según constancia expedida por la Secretaría de Educación del Valle; ii) Cajanal les había negado el reconocimiento de ese beneficio con el argumento de que no cumplían con el requisito de los 20 años de servicio, y esos cargos había sido desempeñados por designación del gobierno nacional; iii) Esas resoluciones fueron impugnadas mediante un recurso de reposición que fue negado, con lo cual se agotó la vía gubernativa; iv) Cajanal desconoció la legislación vigente, pues resultaba posible que un educador recibiera simultáneamente una pensión reconocida por la Nación y otra por un Departamento; ya que la ley 37 de 1933 hizo extensiva la pensión gracia a los maestros que hubieran completado los años de servicio señalados en la ley en establecimientos de enseñanza secundaria sin discriminación alguna para los docentes que dependieran de la Nación ; v) la ley 43 de 1975 nacionalizó la educación primaria, al definirla como un servicio público a cargo de la Nación , por lo cual no resultaba posible efectuar una discriminación amparada en que se pueden recibir dos remuneraciones a cargo de la Nación, ya que en ese caso los docentes de primaria y secundaria que no fueron "nacionalizados" no tendrían derecho a esa prestación; vi) En el artículo 15 de la ley 91 de 1989 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones para el Magisterio, se dispuso que se reconocería la <u>pensión gracia</u> a los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, por mandato de las leyes 114 de 1913; 116 de 228 , 37 de 1993 y otras normas que tuviesen o tuvieran derecho a esa pensión, siempre y cuando cumplieran la totalidad de los requisitos para ello , la que sería reconocida por Cajanal y era compatible con la pensión ordinaria de jubilación, pese a que estuviera a cargo total o parcialmente de la Nación, lo que demostraba la compatibilidad de ese tipo de pensiones, ya que todas estaban nacionalizadas; vi) Cajanal vulneró el derecho al debido proceso, en el caso de los accionantes, pues aplicó la norma primigenia, esto es la ley 114 de 1913, que desmejoraba la condición de los accionantes ya que les impedía acceder al derecho pensional que les reconocían las leyes 43 de 1975 y 91 de 1989, por lo cual se dejó de aplicar el derecho a la favorabilidad en materia laboral al cual se redirió la Corte Constitucional, en la

sentencia T – 571 de 2002 ; vii) el representante de los accionantes citó diversos fallos en los que se había reconocido esa prestación conocida como " pensión gracia " a docentes que se encontraban en una situación similar a la de sus representados , aduciendo que en virtud de esas situaciones era evidente que Cajanal había vulnerado el derecho fundamental a la igualdad en el caso de sus mandantes, al igual que los derechos a la seguridad social y al mínimo vital.

Pese a que el abogado de los tutelantes reconoció que la tutela no era un recurso alterno para reemplazar los mecanismos previstos en la legislación ordinaria, consideró que en el caso *sub examen,* era posible acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio, que podía coincidir con el ejercicio simultáneo de la acción de nulidad y las demás previstas en el CCA, por lo cual era procedente que el juez de tutela ordenara la inaplicación del acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se invoca, mientras dura el proceso , en razón del tiempo que debía durar el trámite de la acción contenciosa.

En apoyo de su pretensión, el actor invocó las leyes 114 de 1913 ; 43 de 197 y 91 de 1989, para afirmar que tanto los docentes "nacionalizados", como los nacionales tenían derecho a la pensión gracia que era compatible con la pensión de jubilación, por lo cual se solicitaba que mediante un fallo de tutela se reconociera el derecho a la igualdad, invocado en favor de sus representados, ante la inidoneidad de los medios ordinarios para proteger las garantías conculcadas, para lo cual estaba facultado el juez constitucional, quien podía reconocer y ordenar el pago de pensiones según lo dispuesto por la tutela T – 1004 de 2002,

En el acápite de pretensiones se solicitó que: "*… en las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia se ordene a la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, emitir el respectivo acto administrativo en que se sirva* ***reconocer y pagar una pensión jubilación de gracia al*** *señor identificado con CC. , a partir del día siguiente al que el docente adquirió el status pensional, en cuantía equivalente al 75 % de todos los factores salariales que en el último año de servicios prestados inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicio percibió , de conformidad con el artículo 4º de la ley 4ª de 1996, junto con los reajustes legales correspondientes y los intereses moratorios más altos , vigentes al momento en que se efectúe el mencionado pago, respecto de todas y cada una de las mesadas pensionales causadas, calculados desde la fecha de exigibilidad de cada una de las mesadas antes citadas y hasta la fecha en que se efectúe su correspondiente pago, conforme a lo previsto en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 . Igualmente se solicitó la indexación de la prestación solicitada. En el acápite de "pruebas", se dijo que se anexaban copias de unas resoluciones (sin número, ni fecha de expedición), mediante las cuales se había negado el reconocimiento de la pensión gracia, sin indicar a quien, ni porque razones.*(Folios 45 a 56)

5.9 En el caso en estudio se presentó un descuidado escrito de solicitud de tutela en el cual no se discriminaron las pretensiones del apoderado de los accionantes, ni se indicó cuáles eran los actos administrativos que habían negado el reconocimiento de la pensión gracia, ni a cuales de los actores se les rehusó esa prestación. Sin embargo

del *petitum* de la acción de amparo se infiere que el objeto de la misma estaba dirigido a que a las personas que representaba el Dr. Roa Osorio se les reconociera ese beneficio, que según se desprende del contexto fáctico de la acción de tutela fue negada por Cajanal con base en las disposiciones de la ley 114 de 1913, por lo cual el abogado de los actores reclamaba la aplicación en su favor de la ley 43 de 1975 y en especial de la ley 91 de 1989, por considerar que las disposiciones de esta última ley comprendían tanto a los docentes nacionales y nacionalizados que estuvieran vinculados a ese servicio público hasta el 31 de diciembre de 1980.

5.10 De acuerdo al hecho 3.3 de la demanda de tutela, la citada pensión gracia no fue reconocida a los actores, mediante unos actos administrativos que no fueron referidos por el accionante de manera expresa (Folio 47). Sin embargo de la decisión del 29 de noviembre de 2007 del Consejo de Estado, que dio origen a la presente investigación penal, se deduce que en el caso puntual de uno de los accionantes, identificado como el señor **Álvaro Evelio Romero Caicedo,** esa prestación <u>había sido negada a través de la Resolución 06452 del 2 de abril de 2008,</u> expedida por Cajanal y que la misma solicitud se había denegado posteriormente mediante las Resoluciones 21376 del 26 de septiembre de 2000, que fue resuelto mediante Resolución 5685 del 27 de noviembre de 2001, por lo cual el Consejo de Estado consideró lo siguiente: "*Con fundamento en lo anterior, la Sala aprecia que el término de caducidad para incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra esos tres actos , ya se halla suficientemente caducado*" (Folio 5). La misma Corporación indicó que como consecuencia del fallo de tutela dictado por el Dr. Marín González, quien no advirtió que la acción administrativa había caducado en el caso del señor Romero Caicedo, Cajanal expidió la Resolución 22400 de1 de mayo de 2006, que fue demandada en acción de nulidad, frente a la cual se pronunció el Tribunal Administrativo de Risaralda, que en providencia del 29 de junio de 2007 rechazó esa demanda, aduciendo que se trataba de un "*acto de ejecución*", en el cual se daba cumplimiento a un fallo de tutela, más no de "*una decisión o manifestación de la voluntad de la administración, en razón a que se limitó a dar cumplimiento a un fallo de tutela*", determinación que fue confirmada por el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, ya que los actos administrativos que negaron el derecho del peticionario ya habían caducado, por lo cual la sentencia de tutela lo que hizo fue crear una falsa expectativa para el actor, en el sentido de que había revivido la oportunidad de atacarlos por vía de la acción de nulidad, lo que finalmente originó la orden de investigación penal y disciplinaria que se profirió contra el juez Marín González.

5.11 Ahora bien, hay que advertir que es cierto que en el fallo de tutela se incurrió en el error mencionado en la decisión del Consejo de Estado, en el sentido de <u>tutelar de manera transitoria,</u> los derechos al debido proceso, igualdad, seguridad social y mínimo vital de los accionantes, a efectos de que Cajanal se pronunciara sobre la situación de cada uno de los docentes que promovieron la acción de amparo, frente a su solicitud de reconocimiento de la pensión gracia, con base en lo dispuesto en las leyes 116 de 1928, 37 de 1993 43 de 1975 y 91 de 1989, <u>cuando en criterio de esa alta corporación ya había operado la caducidad frente a la Resolución 06452 del 2 de abril de 1998 y 21376 del 26 de septiembre de 2000.</u>

5.12 Pese a lo anterior, hay que manifestar que en este caso no resulta posible subsumir en el *contra jus* de prevaricato por acción descrito en el artículo 413 del CP, la decisión adoptada por el Dr. Marín en el fallo de tutela mencionado, ya que se aprecian ciertas circunstancias que se deben mencionar así:

5.12.1 No hay duda de que existió descuido en el funcionario investigado, al no dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 17 del Decreto 2591 de 1991, ya que salta a la vista que se debió haber prevenido al accionante para que precisara en favor de cual o cuales accionantes se debía reconocer la pretensión reclamada y para que identificara las Resoluciones de Cajanal que pretendía atacar por vía de la acción de amparo, ya que en los folios 55 y 56 de la demanda de tutela se dejaron en blanco esos espacios y sólo se solicitó que en el fallo respectivo: " *…se sirva reconocer y pagar una pensión jubilación de gracia a Señor , identificado con C.C. .* Igualmente en el acápite de pruebas se "dijo" que se anexaban:"*…Copia de las resoluciones Nro. Del de 200 (sic) Nro. Del de 200 (sic) mediante las cuales se negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación gracia."*

5.12.2 Lo anterior demuestra que: i) existió incuria o mala fe del apoderado de los actores, al no informar al juez sobre la existencia de las resoluciones 06452 del 2 de abril de 2008; y 21376 del 26 de septiembre de 2000, confirmada mediante la resolución 5685 del 27 de noviembre de 2011, en el caso del señor Álvaro Evelio Romero; ii) si se trataba de 15 accionantes, se supone que igualmente se debió acompañar prueba de los actos administrativos expedidos por Cajanal, en los cuales se negó la pensión gracia de jubilación a cada uno de ellos, salvo que en su defecto esa decisión se encontrara contenida en una sola resolución de esa entidad de previsión social; y iii) el Dr. Marín González tampoco advirtió esa situación y no ordenó al apoderado de los demandantes que suministrara esa información, que no aparecía relacionada en la demanda de tutela ni en sus anexos.

5.12.3 En esas condiciones no es posible afirmar que el juez investigado hubiera obrado de manera contraria a la ley, al proferir el fallo de tutela donde ordenó a Cajanal que se pronunciara sobre la pretensión de los accionantes, ya que es evidente que la conducta procesal del apoderado de los actores, aunada al trámite descuidado que se le imprimió al fallo de tutela, lleva a concluir que el Dr. Marín González, nunca tuvo conocimiento de que Cajanal ya se había decidido lo solicitado por el señor Álvaro Evelio Romero Caicedo, sobre su reclamación de pensión gracia ni de la acción de nulidad había caducado en su caso, mucho antes del fallo de tutela del 13 de diciembre de 2005 y en esas condiciones no es posible considerar que el citado fallo constituya una decisión manifiestamente contraria a la ley, pues no se advierte por parte alguna que esa decisión se hubiera adoptado para revivir una acción administrativa que ya había caducado, como lo señaló el Consejo de Estado.

5.12.4 Seguramente el desconocimiento de esas decisiones administrativas del 2 de abril de 1998; 26 de septiembre de 2000 y 27 de noviembre de 2001, expedidas por Cajanal, frente a las cuales ya había operado la caducidad en el caso del señor Romero Caicedo, como lo dijo el Consejo de Estado, fue lo que condujo al Dr. Marín González, a analizar de manera cronológica las normas que en su entender regulaban el

reconocimiento de la pensión gracia, a los docentes del orden nacional y a los "nacionalizados", para concluir que esa pensión era compatible con la asignación ordinaria por jubilación, en el caso de los docentes vinculados al servicio hasta el 31 de diciembre de 1980. Y aunque en el fallo de tutela no se indicó con base en que pruebas se concluyó que los accionantes reunían los requisitos para acceder a esa prestación, todo indica que ante la falta de respuesta de Cajanal, se aplicó el principio de *presunción de veracidad,* previsto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, para adoptar el fallo respectivo, como lo expuso la Dra. Luz Karime Pineda Blanco , en la entrevista que rindió sobre los antecedentes que rodearon la emisión del fallo de tutela, y en ese orden de ideas el juez indiciado consideró que Cajanal había incurrido en una *vía de hecho administrativa* al negar la solicitud pensional, lo que hacía procedente el amparo, citando para el efecto la sentencia T -79 de 2003 de la Corte Constitucional, por lo cual decidió amparar los derechos de los accionados como medida transitoria, ordenando que Cajanal reexaminara su petición de concesión de pensión gracia, con base en lo dispuesto en el numeral 2° de la sentencia del 13 de diciembre de 2005.

5.13 Dentro de ese contexto fáctico, salta a la vista la dificultad de catalogar como " manifiestamente contraria a la ley" , el fallo de tutela del juez indiciado, pese a las falencias advertidas durante el trámite de la tutela, que posiblemente le habrían permitido considerar la existencia de la caducidad advertida por el Consejo de Estado frente a la pretensión de reconocimiento de la pensión gracia solicitada por el apoderado de los actores, pues bien pudo ocurrir que el representante de los accionantes hubiera ocultado *ex profeso* que ya existían los pronunciamientos de Cajanal del 2 de abril de 1998, 26 de septiembre de 2000 y 27 de noviembre de 2001, a efectos de que el juez de tutela no se pronunciara sobre los efectos de la caducidad de la acción de administrativa de nulidad frente a las resoluciones que negaron la pensión gracia a los accionantes, o declarara improcedente el amparo solicitado por no reunirse el requisito de inmediatez entre los actos administrativos y la interposición de la tutela.

La situación mencionada pudo originar el *defecto fáctico* que se puede advertir en la providencia del 13 de diciembre de 2005, por no haberse decretado una prueba determinante para proferir un juicio razonable, lo que significa una violación de los derechos a la defensa y al debido proceso, como se dijo en la sentencia T— 589 de 1999, del 13 de agosto de 1999 de la Corte Constitucional al referirse a las situaciones en que se presentan evidentes omisiones probatorias en actuaciones penales, que resultan aplicables al caso en estudio.[1]

---

[1] *(…)*

12. En el presente caso podría argumentarse que el derecho a la prueba, es decir, el derecho de defensa del acusado, debe ser reparado mediante la acción de tutela. A favor de este aserto, podría señalarse que, pese al evidente estado de indefensión en el que fue colocado el actor por parte de la funcionaria instructora, la apoderada de oficio no hizo uso de las oportunidades procesales que le brindó la etapa de juicio para reparar la lesión cometida. En efecto, como fue mencionado en los antecedentes, la defensora de oficio de Mauricio Camacho Triana dejó vencer los términos para recurrir la resolución de acusación, así como para solicitar pruebas y nulidades dentro del juicio (artículo 446 del CPP), sin haber realizado la más mínima gestión en defensa de su poderdante. En consecuencia, podría afirmarse que el mecanismo judicial alternativo actualmente existente no es verdaderamente idóneo, en la medida en que la defensora del acusado dejó de interponer los recursos de ley contra la resolución de acusación y omitió solicitar, dentro del término establecido en el artículo 446 del CPP, las nulidades o pruebas conducentes. En estas condiciones, a favor de la procedencia de la acción de tutela, podría aplicarse la tesis de la Corte según la cual la

5.14 Sin embargo debe advertirse igualmente, en favor del funcionario investigado, que la misma Corte Constitucional en la sentencia SU – 132 de 2002 del 26 de febrero de 2002, al analizar el tema del *defecto fáctico,* como situación constitutiva de *vía de hecho*, para efectos de la procedencia de la acción de tutela contra una decisión judicial, reconoció que los principios de *celeridad e informalidad* que regulan la acción de amparo, traen como resultado, que la valoración probatoria que hace el juez constitucional, sea mucho más limitada que la está en capacidad de hacer el juez ordinario. En ese sentido se expuso lo siguiente:

> ***3.2.El defecto fáctico como sustento de una vía de hecho judicial***
>
> *En el campo dentro del cual se viene adelantando el presente análisis, atinente a las irregularidades protuberantes en las que pueden incurrir las decisiones judiciales, una de las razones por las que se configura una vía de hecho, tiene que ver con la carencia del sustento probatorio necesario para adoptar la respectiva providencia. Lo anterior, entre otros aspectos, por la falta de apreciación del material probatorio correspondiente o por un error en su valoración.*
>
> *En este punto adquiere real importancia el criterio previamente aludido, según el cual, los jueces son autónomos e independientes para proferir sus decisiones. La jurisdicción constitucional establecida en sede de tutela no está llamada a sustituirlos ni a erigirse en última instancia de decisión, ni a resolver las cuestiones litigiosas en los procesos. En materia probatoria, la revisión que efectúa el juez de tutela es, entonces, muy limitada por la dificultad que éste encuentra para calificar de fondo el comportamiento del fallador al valorar los elementos probatorios allegados al proceso bajo su conocimiento, dada la falta de inmediatez del juez constitucional con respecto de la práctica de los mismos*[2]*. (subrayas fuera del texto original)*

---

negligencia del apoderado de oficio no puede operar en contra del sindicado cuando, de por medio, se verifica la vulneración flagrante de los derechos fundamentales de éste.[1]

(…)

En virtud de lo anterior, pese a que la Sala encuentra importante el esfuerzo probatorio realizado por los jueces de tutela en el presente proceso y orientado a corregir los evidentes errores e imprecisiones de la fiscalía, y que coincide con los falladores de instancia en el sentido de afirmar que la actuación del funcionario instructor lesionó el derecho al debido proceso del actor, lo cierto es que deberá revocar las decisiones bajo revisión. Como ha sido explicado, en casos como el presente, la tutela debe ceder ante el mecanismo ordinario de defensa, de manera tal que el juez natural, dentro de su autonomía y con sujeción estricta a las garantías constitucionales del proceso, tenga oportunidad de corregir los errores cometidos por el funcionario instructor…."

[2] *Vid.* Sentencia T-055 de 1997, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La atribución de un posible vicio fáctico a una decisión judicial en particular, ya sea por inexistencia o insuficiencia o irrelevancia en el material probatorio que la sustenta, sólo ocurre cuando está de por medio una actuación ostensiblemente irregular del fallador, que riñe con la función que le ha sido asignada de administrar justicia. Es imprescindible que el respectivo funcionario haya antepuesto su voluntad o interés particular, por encima de aquello que objetiva y razonablemente le arrojan los medios de prueba. Como lo ha señalado esta Corte, es indispensable que se muestre un ejercicio arbitrario, irracional y caprichoso del poder discrecional para la práctica o valoración probatoria[3].

(…)

En efecto, escapa de la órbita de la competencia del juez de tutela, no obstante la argumentación de la violación de derechos fundamentales de las personas, ejercer una valoración de los medios de prueba tal y como le correspondería efectuar al juez de la causa. El análisis que debe realizarse en la sede de tutela, no se compara con los alcances de las potestades de los jueces para la práctica y valoración de los medios de prueba dentro de un proceso en especial, ni para concluir sobre la conducencia de los mismos para la demostración de los hechos en discusión. El juez de tutela cumple con la función de verificar si en la decisión pertinente se evidencia una irregularidad protuberante con las características de una vía de hecho. De advertirla, emite las órdenes con los parámetros constitucionales que sean necesarios para que el juez natural enmiende el error en que se incurrió con violación del ordenamiento superior. Pero asumir la causa por cuenta propia, practicar las pruebas y definir la cuestión litigiosa mediante un análisis a fondo de cada hecho debatido en los procesos ordinarios o especiales, se muestra más bien como un acto igualmente arbitrario e invasivo de la competencia de otras autoridades, que quebranta el ordenamiento superior, que aquel que se examina y enjuicia. (subrayas fuera de texto)

Por ello es que esta Corporación ha sostenido que "no procederá la acción (de tutela) cuando el juez tenga que adentrarse en disquisiciones y pruebas detalladas tendentes a establecer si un hecho constituye una vulneración de un derecho fundamental"[4].

5.15 Del precedente antes citado se advierte entonces que en razón del brevísmo término que otorga el artículo 86 de la Constitución de 1991, no es posible medir con

[3] *Idem.*
[4] Sentencia T-114 de 2000, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

el mismo rasero las decisiones de tutela, frente a las que se toman en juicios ordinarios y esa misma argumentación se debe tener en cuenta en el caso sub lite, para considerar que en primer término, no se reúne el componente de tipicidad objetiva, al no poderse definir la providencia cuestionada por el Consejo de Estado, como una decisión manifiestamente contraria a la ley, pese a las falencias en su trámite y a las omisiones probatorias en que pudo haber incurrido el juez investigado, que llevaron a que tomara su decisión con base en lo dispuesto en el artículo 20 del D, 2591 de 1991, fuera de que se encontraba privado de conocer otros medios de prueba ya que Cajanal no controvirtió las pretensiones de los accionantes.

En segundo lugar tampoco es posible acreditar el requisito de la tipicidad subjetiva frente al delito de prevaricato por acción, que en virtud del principio de *numerus clausus,* previsto en el artículo 21 del C.P, sólo se puede imputar como conducta dolosa , lo que implica la demostración de los elementos cognitivo y volitivo del acto según lo dispuesto por el artículo 22 del CP, que no se pueden deducir en este caso, donde todo indica que se pudo incurrir en una conducta negligente en el trámite de la acción de tutela, al no solicitarse prueba de los actos administrativos, que habían negado el reconocimiento de la prestación reclamada, para negar el amparo por haber operado la caducidad frente a la acción de nulidad contra las citadas resoluciones o para declarar improcedente la tutela por falta de inmediatez, lo cual llevaría a definir la conducta del juez como un acto culposo, lo que desintegra los elementos del tipo de prevaricato por acción, en lo que atañe al componente de *tipicidad subjetiva* frente a la conducta punible descrita en el artículo 413 del CP.

5.16 Para el efecto se debe tener en cuenta que en la jurisprudencia de la Sala Penal de la CSJ, se ha expuesto que con la entrada en vigencia de la ley 599 de 2000, se abandonó la escuela causalista del delito, para inclinarse en cierto modo hacia la teoría finalista, por lo cual el dolo, la culpa y la preterintención, ya no se examinan en sede de culpabilidad, sino que hacen parte de la acción, entendida como el componente de tipicidad, que comprende la tipicidad objetiva y la tipicidad subjetiva. La primera se relaciona con el aspecto descriptivo de la conducta junto con sus elementos normativos. A su vez, en aplicación del concepto de *tipo subjetivo,* frente al *actus reus* de prevaricato por acción, no obra ninguna prueba que demuestre que el funcionario investigado actuó con dolo al proferir el fallo de tutela aludido, esto es, con el conocimiento de que estaba profiriendo una providencia contraria al ordenamiento jurídico, y que pese a ese conocimiento previo, hubiera optado por amparar los derechos de los accionantes y proferir la orden contenida en el numeral 2º del fallo de tutela, situaciones que han sido examinadas en la jurisprudencia pertinente de la Sala de CP de la CSJ, concretamente en CSJ SP 31 de agosto de 2008 Radicado 34848.[5]

---

[5]"*…Teniendo en cuenta que la disertación que convoca a la Sala descansa sobre la tipicidad, primer estanco que conforma la conducta punible a voces del artículo 9 del Código Penal, es importante realizar una precisión previa: con la expedición de la Ley 599 de 2000, se ha entendido superado el esquema causalista del delito, temática frente a la cual la Sala ha tenido la oportunidad de sentar su criterio[5]:*

"…El legislador del año 2000 (Ley 599) adoptó un concepto en algo finalista de la acción y, así, el dolo, la culpa y la preterintención pasaron al tipo a formar parte de la acción (el denominado tipo subjetivo), pero ese dolo que, se dice, el finalismo "trasladó" desde la culpabilidad hasta la tipicidad, comporta un dolo natural, "avalorado", en cuanto se estructura solamente con el

5.18 Como conclusión de lo expuesto en precedencia, la Sala considera que en el caso *sub examen,* se presenta una situación de atipicidad frente al tipo penal del artículo 413 del C.P. en atención al precedente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, antes citado, lo que en términos de los artículos 9 y 12 del CP, no permite subsumir la conducta punible atribuida al Dr. José Jesús Marín González, en el tipo de prevaricato por acción, en razón de su actuación funcional como juez penal del circuito especializado de Pereira, en lo relativo a la sentencia de tutela que profirió el 13 de diciembre de 2005 .

En consecuencia se atenderá la petición del señor delegado de la FGN y se decretará la preclusión de la investigación que se adelantaba contra el citado funcionario, por el presunto delito de prevaricato por acción (artículo 413 C.P.), cuya existencia según la SP de la CSJ , no depende de una comparación objetiva entre lo ordenado por la ley y la decisión adoptada, sino que requiere de un análisis más profundo y concienzudo, como se ha expuesto en la jurisprudencia pertinente sobre la materia, en donde se ha indicado que "*…dicha conducta prohibida se realiza, desde su aspecto objetivo, cuando se presenta un ostensible distanciamiento entre la decisión adoptada por el servidor público y las normas de derecho llamadas a gobernar la solución del asunto sometido a su conocimiento.*

También ha señalado la Sala que al incluir el legislador en la referida descripción un elemento normativo que califica la conducta, el juicio de tipicidad correspondiente no se limita a la simple y llana constatación objetiva entre lo que la ley manda o prohíbe y lo que con base en ella se decidió, sino que involucra una labor más compleja, en tanto supone efectuar un juicio de valor a partir del cual ha de establecerse si la ilegalidad denunciada resiste el calificativo de ostensible por lo cual, como es apenas natural, quedan excluidas de esta tipicidad aquellas decisiones que puedan ofrecerse discutibles en sus fundamentos pero en todo caso razonadas, como también las que por versar sobre preceptos legales complejos, oscuros o ambiguos, admiten diversas posibilidades interpretativas por manera que no se revelan como manifiestamente contrarias a la ley…".[6]

5.19 En ese orden de ideas, al no poderse subsumir la conducta del funcionario denunciado en la descripción típica contenida en el artículo 413 del CP y estar proscrito el criterio de responsabilidad objetiva como fundamento de la

---

conocimiento y la voluntad, en tanto que la conciencia de la antijuridicidad "se quedó" en sede de culpabilidad como parte del juicio de reproche en que consiste ésta.

En la legislación vigente el dolo no es forma de culpabilidad, sino una modalidad de la conducta punible, según se lee con precisión en el artículo 21 del Código Penal. Pero, en contra de lo planteado dentro de las diligencias estudiadas, la conducta dolosa no implica el conocimiento de un simple hecho, sino que, según enseña el artículo 22, "la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización". Por tanto, el conocimiento que se exige para la estructuración del dolo, como tipo subjetivo, es el relativo a hechos que tengan relevancia típica".

5. Bajo tal entendimiento, la tipicidad está compuesta por dos aspectos, el objetivo y subjetivo. En el primero yacen los elementos descriptivos y normativos que cada tipo penal consagra[5], en tanto que el segundo abarca el dolo[5] en su doble manifestación: conocimiento de los hechos que tengan relevancia típica y voluntad, con lo cual resulta evidente que la atipicidad de un comportamiento se puede predicar por ausencia de cualquiera de los elementos objetivos o subjetivos del tipo, circunstancias en las que en todo caso se predica la ATIPICIDAD DEL COMPORTAMIENTO.

[6] Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de julio de 2006. Proceso Rad. 25627. M.P. Marina Pulido de Barón

responsabilidad penal según el artículo 12 del C.P., se decretará la preclusión de la investigación que se adelantaba contra el Dr. Marín González, por el delito mencionado, decisión que tiene los efectos previstos en el artículo 334 del CPP.

Con fundamento en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE

PRIMERO: DECRETAR la preclusión de la investigación en del Dr. Jose Jesús Marín González, por la conducta punible de prevaricato por acción, que fue solicitada por el señor Fiscal 3º delegado ante los Tribunales Superiores de Pereira y de Armenia, decisión que conlleva los efectos previstos en el artículo 334 del C. de P.P.

SEGUNDO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella proceden los recursos previstos de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado
(Con permiso)

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ
Secretaria