

Proceso nº 37532

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Aprobado Acta No. 080

Bogotá D.C., ocho (8) de marzo de dos mil doce (2012).

VISTOS

Resuelve la Sala los recursos de apelación incoados por los defensores de los doctores ÓSCAR ENRIQUE GIL DE LA HOZ y JOSEFINA ISABEL GALLARDO VÉLEZ contra la sentencia del 22 de agosto de 2011, por cuyo medio el Tribunal Superior de Barranquilla los condenó a 36 meses de prisión como autores responsable del delito de prevaricato por acción.

HECHOS

Al revisar varios fallos de tutela proferidos por distintos jueces de la República en contra de Foncolpuertos, la Corte Constitucional, en Sentencia T-10 del 27 de enero de 1998, en el numeral 75 de la parte resolutive ordenó compulsar copias “para que se inicien las investigaciones penales tendientes a establecer responsabilidades por la posibles comisión de delitos en la iniciación, trámite y decisión de los procesos

adelantados”1.

Frente al trámite de tutela No. 123157, el Tribunal Constitucional señaló “En el grupo de expedientes que ahora se revisa, la Corte verificó que en muchos de ellos no se aportaron los poderes judiciales de los abogados para actuar en nombre de todas o algunas de las personas que señalaron como demandantes. Tal es el caso de los expedientes...T-123157... En relación con los señalados casos, es pertinente recordar que si bien el principio de la informalidad rige la acción de tutela, ello no obsta para que cuando se actúa a nombre de otro, se deba aportar un poder debidamente otorgado para tal fin, sin que pueda considerarse como suficiente una fotocopia del mismo”. Así mismo, esa Corporación revocó el amparo concedido por considerarlo improcedente en tanto los accionantes contaban con otro medio de defensa judicial para obtener el pago de las prestaciones sociales pretendidas.

La referida acción de tutela fue fallada en primera instancia, el 31 de octubre de 1996, por el Juez 17 Civil Municipal de Barranquilla, doctor ÓSCAR GIL DE LA HOZ, decisión confirmada el 19 de diciembre siguiente por la Juez 4 Civil del Circuito de la misma ciudad, doctora JOSEFINA ISABEL GALLARDO VÉLEZ.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con fundamento en la compulsa de copias, la Fiscalía Sexta Delegada ante el Tribunal de Barranquilla inició la investigación y mediante Resolución del 10 de junio de 2005 acusó a los doctores ÓSCAR ENRIQUE DE LA HOZ y JOSEFINA ISABEL GALLARDO VÉLEZ del punible de prevaricato por acción del artículo 149 del Decreto-Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995, vigente para el momento de los hechos.

Bajo un único cargo de prevaricato por acción el ente acusador reprocha dos circunstancias: a) que los jueces fallaran una acción de tutela sin ostentar competencia

territorial y, b) que ampararan el derecho invocado cuando existía otro medio de defensa judicial y no se evidenciaba ningún perjuicio de carácter irremediable.

La anterior decisión fue impugnada por la defensa del doctor ÓSCAR GIL DE LA HOZ, siendo confirmada por la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia el 7 de octubre de 2005, fecha desde la cual adquirió firmeza.

La fase del juicio fue adelantada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, Colegiatura que dictó sentencia el 22 de agosto de 2011 condenando a los doctores ÓSCAR ENRIQUE DE LA HOZ y JOSEFINA ISABEL GALLARDO VÉLEZ a la pena de treinta y seis (36) meses de prisión, multa equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como a la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autores penalmente responsables del delito de prevaricato por acción.

La sentencia fue apelada por la defensa de los procesados, razón por la cual llega a esta Corporación para decidir lo pertinente.

SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Superior de Barranquilla inicia su análisis descartando la nulidad propuesta por la defensa de la doctora JOSEFINA ISABEL GALLARDO VÉLEZ, según la cual el proceso estaría viciado por ausencia de investigación integral por parte de la Fiscalía.

Lo anterior por cuanto no se configura dicha irregularidad y,

además, la solicitud es extemporánea en tanto la defensa no planteó reparo alguno en la oportunidad prevista en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000 para señalar las irregularidades presentes en la actuación.

A continuación el Tribunal precisa que los cargos formulados a los procesados se circunscriben a que actuaron sin competencia territorial y concedieron una tutela ordenando el pago de prestaciones sociales en forma ilegal porque existía otro medio de defensa judicial para reclamar las acreencias laborales pretendidas y no se presentaba un perjuicio irremediable.

Luego de hacer un recuento de las decisiones adoptadas por los funcionarios, colige el a quo, existe completa adecuación de las conductas desarrolladas por los acusados en el tipo objetivo del delito de prevaricato, en tanto desconocieron que el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 otorga competencia para conocer de la acción de tutela al juez del lugar donde se concreta la violación del derecho y en el caso bajo examen ello acaeció en la ciudad de Santa Marta y no en Barranquilla, situación obviada por los acusados, a pesar de que debían indagar al respecto. Incluso, la presentación de uno de los poderes en Santa Marta les alertaba sobre el asunto. No obstante, ningún argumento consignaron en sus providencias sobre por qué se consideraban competentes.

Aún más, agrega el Tribunal, el doctor ÓSCAR GIL DE LA HOZ no analizó que la Resolución No. 1116 de junio 6 de 1996, suministrada como soporte de la acción, versaba sobre una conciliación efectuada con trabajadores del Terminal Marítimo de Santa Marta.

De lo anterior colige que los acusados no eran competentes para decidir la acción de tutela ni por la sede del demandado, esto es, Santa Marta o Bogotá según se considerara como ente vulnerador de derechos al Terminal Marítimo de

Santa Marta o a Foncolpuertos, ni por el sitio de afectación del derecho fundamental, es decir, Santa Marta, lugar de residencia de los accionantes.

De otra parte, el Tribunal no comparte la aseveración de la defensa de la doctora JOSEFINA ISABEL GALLARDO VÉLEZ según la cual no es la autora material de la sentencia del 19 de diciembre de 1996 porque los dos dictámenes grafológicos emitidos por peritos del Instituto de Medicina Legal y de la Policía Nacional determinaron que la rúbrica de esa providencia sí corresponde con la de la procesada.

A continuación el a quo recuerda que la Corte Constitucional no es partidaria de reconocer vía tutela el pago de prestaciones sociales cuando existen medios idóneos de defensa judicial, dado el carácter subsidiario del amparo constitucional, admitiendo su procedencia en excepcionales casos en atención a la falta de aptitud del medio ordinario para proteger el derecho y las circunstancias particulares del actor²

En la acción de tutela instaurada a nombre de los señores Nicolás Pérez Rovira y Brígida Suárez de Correa, considera el Tribunal, los actores contaban con otro medio de defensa ante la jurisdicción laboral y sus características personales no los ubicaban en situación excepcional, en tanto se trataba de personas pensionadas que no afrontaban un perjuicio irremediable ni veían comprometido su mínimo vital. De ello colige la improcedencia del amparo concedido y, consecuentemente, la emisión de decisiones manifiestamente contrarias a la ley.

La Colegiatura de primera instancia encuentra configurado el tipo subjetivo del delito de prevaricato en la conducta de los doctores GIL DE LA HOZ y GALLARDO VÉLEZ por cuanto no estudiaron el aspecto fáctico planteado, limitándose a señalar generalidades en torno a la acción de tutela y al principio de igualdad, cuando sabían que era su deber analizar los hechos y suministrar los fundamentos de su decisión. Como así no procedieron, deduce una actitud consciente encaminada a infringir la ley.

Las categorías jurídicas de antijuridicidad y culpabilidad se configuran en el actuar de los procesados, ad vera el a quo, dada la gravedad de la conducta a ellos atribuida y su calidad de imputables, su experiencia y conocimiento profesional que les permitía entender la improcedencia del amparo invocado, no obstante lo cual lo concedieron.

LAS IMPUGNACIONES

1. La defensa del doctor ÓSCAR ENRIQUE GIL DE LA HOZ solicita revocar el fallo de condena con fundamento en los siguientes argumentos:

En la sentencia T-10/98 la Corte Constitucional dispuso compulsar copias, en punto de la tutela 123157 fallada en el Juzgado 17 Civil Municipal de Barranquilla, para investigar únicamente la ausencia de poder de la señora Brígida Suárez Correa al abogado Temístocles Conde Linero. Sobre tal aspecto inició la fiscalía su indagación, pero cuando se demostró la existencia del mandato, el ente acusador varió el fundamento fáctico de la instrucción para hablar de incompetencia territorial e improcedencia de la tutela, en lo cual observa vulneración del derecho de defensa porque no se dejó conocer a los procesados cuáles eran los hechos indicantes de tal situación.

Tal proceder, opina, atenta contra la autonomía judicial en la medida que la Corte

Constitucional no estableció la carencia de competencia del juzgado, razón por la cual no puede hacerlo con posterioridad la Fiscalía, pues ello implicaría acabar con la seguridad jurídica y entronizar la responsabilidad objetiva.

De otra parte, sostiene, la conducta del doctor ÓSCAR GIL DE LA HOZ es atípica porque la Corte Constitucional mediante auto 021 del 25 de marzo de 2009 estableció que la competencia se rige por lo estipulado en el artículo 86 de la Carta Política y el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y no en el Decreto Reglamentario 1382 de 2000 que apenas contiene reglas de reparto.

Así mismo, porque el contenido del fallo de tutela fue revisado por la Corte Constitucional sin que le formulara reparo alguno al respecto. Aún más, sostiene, esa Corporación en sentencias T-228/97 y T-608/97, en amparo del derecho de igualdad, ordenó pagar emolumentos de carácter laboral.

De igual forma descarta la configuración del punible de prevaricato porque la sentencia suscrita por el doctor GIL DE LA HOZ, luego de estudiar la naturaleza del derecho a la igualdad, encontró que Foncolpuertos, debidamente notificado de la demanda, no contestó el libelo dentro del término de ley ni suministró el informe solicitado por el juez, situación que impuso aplicar la regla contenida en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, según la cual, “si no fuera rendido el informe en el plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se resolverá de plano”.

Además, agrega, no hay dolo en el actuar del doctor GIL DE LA HOZ en tanto la decisión fue impugnada y confirmada por el juez de segunda instancia. Pero, si eventualmente el juez se hubiese equivocado ello no implica la comisión de conducta prevaricadora.

De otro lado, indica, el doctor GIL DE LA HOZ no ordenó el pago de ninguna

acreencia laboral, pues únicamente dispuso que Foncolpuertos colocara a los accionantes “en condiciones de igualdad con los demás ex trabajadores, esto es, reconociéndoles y pagándoles primas sobre primas a que tengan derecho”.

Por último, considera, el delito de prevaricato no se configura por una errada apreciación probatoria, ni por la interpretación equivocada de las disposiciones aplicables al caso, sino por el actuar doloso, malicioso y torcido. En la medida que el fallo de tutela fue proferido sobre fundamentos probatorios y legales razonables, bajo la creencia del funcionario de obrar conforme con el derecho, se descarta la configuración del delito de prevaricato.

2. La defensa de la doctora JOSEFINA GALLARDO VÉLEZ solicita revocar la sentencia de condena y, en su lugar, emitir fallo absolutorio en tanto la firma que aparece en la providencia del 19 de diciembre de 1996 no es de la procesada, es falsa.

En primer término, señala, la inspección judicial ordenada y realizada por la fiscalía instructora en el Juzgado 4 Civil del Circuito de Barranquilla tenía como objeto cotejar la decisión cuestionada con otros fallos de tutela suscritos por la doctora GALLARDO VÉLEZ para encontrar similitudes y establecer estilos, perfiles o talantes jurídicos de la responsable del despacho. No obstante, ese objetivo no se llevó a cabo, razón por la cual, en su opinión, se incumplió lo ordenado en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal.

Si bien el funcionario instructor recaudó en esa diligencia una serie de decisiones, agrega, los funcionarios encargados de evaluar la información no desplegaron tal labor, lo cual incide en el análisis de la culpabilidad e impide comprender que cuando la doctora GALLARDO VÉLEZ niega ser la autora de la providencia del 19 de diciembre

de 1996, tal aseveración es válida.

La defensa no solicitó la nulidad de la actuación como lo consideró el Tribunal a quo; simplemente, enunció una serie de aspectos a partir de los cuales se puede colegir que la doctora GALLARADO VÉLEZ no rubricó el fallo de tutela cuestionado, tales como: el estilo, la terminología, los títulos de los diferentes acápite, la firma al comienzo de la última hoja sin ninguna ligazón con el cuerpo escriturario antecedente, la fecha de la decisión, esto es, el 19 de diciembre, último día de labores por la vacancia judicial. Así mismo, que en eventos similares la doctora GALLARADO VÉLEZ inadmitía la tutela o, si decidía en segunda instancia, revocaba la determinación. Si esas circunstancias hubiesen sido valoradas, opina, la decisión sería absolutoria.

De igual forma, adverte, el fallo de tutela es apócrifo en tanto el fiscal instructor, en la inspección judicial al Juzgado 4 Civil del Circuito de Barranquilla, estableció que “en el Fólder Legajador de Oficios Recibidos de la Oficina Judicial, correspondientes al año 1996, no se encontró constancia del recibo de la dicha Tutela, ni (documento originario de la Oficina Judicial sobre), el envío de la misma, al Juzgado Cuarto Civil del Circuito”, de lo cual deduce, además, fallas en el proceso de instrucción porque no se investigó sobre el punto.

A continuación refiere que si bien los dictámenes grafológicos acopiados en el proceso determinaron la uniprocedencia de la firma estampada en la decisión cuestionada con la de la doctora JOSEFINA GALLARADO DE VÉLEZ, la segunda experticia no explica qué otros procedimientos, técnicas o ejercicios pueden conducir a un falsificador a imitar una grafía. En razón de ello, aduce, las experticias acopiadas en el proceso no pueden ilustrar al perito de peritos sobre la falsedad o

no de la firma, más aún si se considera que la duda se refiere también a la autoría de la providencia, esto es, a su contenido, redacción y estilo.

La existencia de fallos de la misma juez en sentido contrario al expuesto en la sentencia del 19 de diciembre de 1996, esto es, negando el amparo invocado, no constituye un indicio a partir del cual deducir el dolo como lo afirmó la fiscalía, pues en realidad se trata de un contra indicio al demostrar que la decisión no fue elaborada por la procesada, considerando, además, la declaración de Mauricio Zirene, sustanciador del juzgado, quien corrobora que no proyectó ese fallo y el mismo no corresponde al estilo utilizado por la titular del despacho.

En razón de lo anterior, colige, debe atenderse el principio de presunción de inocencia y ponderar que la doctora JOSEFINA GALLARDO VÉLEZ ha sido una funcionaria ejemplar en sus 20 años al servicio de la judicatura.

Por último, señala, no se necesita ser un experto para detectar las abismales diferencias entre la firma del fallo de tutela del 19 de diciembre de 1996 y la rúbrica de la doctora JOSEFINA GALLARDO VÉLEZ, de lo cual deduce la falsedad, a pesar de los dictámenes acopiados en el proceso porque incurrieron en error grave al indicar que similitud es sinónimo de identidad.

CONSIDERACIONES

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por los defensores contra la sentencia dictada en primer grado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 75 de la Ley 600 de 2000, pues la acción penal es ejercida contra los ex jueces

17 Civil Municipal y 4 Civil del Circuito de Barranquilla.

1. Cuestión inicial

Antes de adoptar alguna decisión en punto de las impugnaciones propuestas, la Sala recuerda cómo el delito de prevaricato por acción precisa de una resolución, dictamen o concepto – en este caso, sentencia – ostensiblemente contraria a la legislación, es decir, que su contenido torna notorio, sin mayor dificultad, la ausencia de fundamento fáctico y jurídico, y su contradicción con la normatividad, rompiendo abruptamente la sujeción que en virtud del “imperio de la ley” del artículo 230 de la Carta Política deben los funcionarios judiciales al texto de la misma.

Tal ocurre, por ejemplo, cuando las decisiones se sustraen sin argumento alguno del texto de preceptos legales claros y precisos, o cuando los planteamientos invocados para ello no resultan de manera razonable atendibles en el ámbito jurídico, v.g. por responder a una palmaria motivación sofística grotescamente ajena a los medios de convicción o por tratarse de una interpretación contraria al nítido texto legal.

Con un tal proceder debe advertirse la arbitrariedad y capricho del servidor público que adopta la decisión, en cuanto producto de su intención de contrariar el ordenamiento jurídico, sin que, desde luego, puedan tildarse de prevaricadoras las providencias por el único hecho de exponer un criterio diverso o novedoso y, de manera especial, cuando abordan temáticas complejas o se trata de la aplicación de preceptos ambiguos, susceptibles de análisis y opiniones disímiles.

Es también necesario indicar que respecto de la apreciación de las pruebas no es suficiente con la posibilidad de hallar otra lectura de ellas, en cuanto es menester que la tenida como prevaricadora resulte contundentemente ajena a las reglas de la sana crítica al momento de ponderar los medios probatorios, de manera que denote capricho y arbitrariedad de quien así procede.

El cargo de prevaricato por acción atribuido a los doctores ÓSCAR GIL DE LA HOZ y JOSEFINA GALLARDO VÉLEZ, en su condición de jueces 17 Civil Municipal y 4 Civil del Circuito de Barranquilla, respectivamente, se funda en dos circunstancias: (i) Asumieron el conocimiento de una acción de tutela para la cual no tenían competencia y, (ii) Ampararon a través de la tutela un derecho para cuya protección existía otro medio de defensa judicial.

Sobre la primera circunstancia el Tribunal a quo afirma que la parte demandada -Foncolpuertos- tiene su asiento principal en la ciudad de Bogotá y que, además, los accionantes residen en la ciudad de Santa Marta, lugar donde se habría concretado la afectación de derechos. De esta manera, la competencia para conocer la tutela le correspondía a los jueces de Santa Marta o a los de Bogotá, pero nunca a los de Barranquilla.

En relación con el segundo aspecto, el juzgador de primera instancia colige que los funcionarios concedieron el amparo constitucional impetrado sin que el mismo fuera procedente porque los accionantes contaban con otro mecanismo judicial para la defensa de sus derechos.

Aunque tales razones no fueron controvertidas por los impugnantes, la Corporación considera pertinente señalar que efectivamente para el año 1996, época de emisión de los fallos cuestionados, ya se había consolidado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según la cual la acción de tutela resulta improcedente cuando el ciudadano cuenta con otro medio de defensa judicial idóneo, salvo que pretenda evitar un perjuicio irremediable con un amparo transitorio, postura que era conocida en los distintos niveles de la administración de justicia.

En tal sentido, la Sala se ha pronunciado con antelación de la siguiente

forma:

“Además, para aquella fecha – 31 de enero de 1996- ya se había consolidado un cuerpo de jurisprudencia uniforme, de la Corte Constitucional y en los distintos niveles de la administración de justicia, en todas las especialidades, que el Juez procesado ignoró por completo, y que recordaba la improcedencia de la acción de tutela cuando el ciudadano cuenta con otro medio judicial, salvo que pretenda evitar un perjuicio irremediable con un amparo transitorio.

Así, por ejemplo, la Sentencia T-220 de 1994 (mayo 4), que limitó expresamente a eventos muy concretos la intervención del juez de tutela en materia de pensiones de jubilación, cuando existía mora en su reconocimiento; la Sentencia T-485 de 1994 (3 de noviembre), que directamente abordó la temática de los otros medios de defensa judicial; y la Sentencia T-015 de 1995 (23 de enero), que insistió en que ante la existencia de otros medios judiciales, la tutela sólo procedía transitoriamente para evitar un perjuicio irremediable.

De ahí que, no alcanza la entidad que quiere atribuirle la defensa al “momento histórico” cuando se emitió el fallo de segunda instancia de la acción de tutela promovida por Omar Niebles Anchique, pues en ese “momento histórico” ya se había decantado en lo esencial la jurisprudencia relativa a los alcances y limitaciones de la acción de tutela, que fue desechada de tajo en la motivación específica que contiene la providencia que materializa el prevaricato”³.

Y sobre el desconocimiento de las reglas de competencia para conocer de las acciones de tutela, como factor determinante del punible de prevaricato, la Sala ha expresado:

“Es que si bien es cierto que la acción de tutela está revestida de informalidad, no puede desatenderse el mandato legal que atribuye competencias, pues a pesar de que el

accionante puede escoger el juez de primera instancia para presentar su petición, el funcionario elegido debe ser aquél que tenga jurisdicción en el lugar donde se produjo el acto lesivo del derecho fundamental.

Para la época en que el procesado conoció de la acción de tutela (agosto de 1996), ya se había expedido la norma que fijaba la competencia a prevención (Decreto 2591 de 1991, artículo 37), existía pronunciamiento sobre la exequibilidad de dicha norma (C-054 de 1993) y la jurisprudencia constitucional era pacífica al sostener que el juez llamado a resolver la tutela era el que tenía jurisdicción en el sitio donde ocurriera la violación o amenaza que motivó la solicitud, aunque no siempre era el lugar en que físicamente acontecieron los hechos (como la expedición de una resolución), ni el del lugar donde podría darse la solución, salvo que existiera coincidencia con el lugar de la presunta violación (T-458 de 1992, T-611 de 1992, T-574 de 1994, T- 183 de 1995, Auto 044 de 1995 y Auto 046 de 1995).

Más aún, la Corte Constitucional en sentencia T-032 de 1994, sostuvo que el trámite de tutela responde a un procedimiento determinado en la Constitución y desarrollado mediante el Decreto 2591 de 1991, en cuyo artículo 37 se reguló la competencia a prevención para conocer en primera instancia; por tanto, la pauta para determinar la competencia del juez de tutela era establecer el lugar donde ocurriera la violación o amenaza del derecho constitucional fundamental y agregó que toda decisión judicial que contrariara de manera clara las disposiciones referidas, debía ser investigada por las autoridades competentes (Fiscalía General de la Nación y Procuraduría General de la República).

En este caso, se aportaron unas resoluciones expedidas por el Gerente del Terminal Marítimo de Santa Marta, unas reliquidaciones del Director del Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia con sede en Bogotá, se indicó que en esta ciudad tenía su domicilio principal dicho fondo y a pesar de que estos factores no determinaban la

competencia, nada permitía inferir que la violación o amenaza que motivó la tutela había ocurrido en Barranquilla, donde tenía competencia el procesado, por lo cual, se concluye que el juez implicado se abrogó una competencia que no le correspondía”4 .

A partir de los anteriores supuestos, la Sala revisará exclusivamente los aspectos impugnados y los inescindiblemente vinculados a ellos, atendiendo el principio de limitación del artículo 204 del Código de Procedimiento Penal.

1. Impugnación a nombre de ÓSCAR GIL DE LA HOZ

2.1. El recurrente afirma que la compulsa de copias dispuesta por la Corte Constitucional en punto de la tutela fallada el 31 de octubre de 1996 en el Juzgado 17 Civil Municipal de Barranquilla, tenía como objeto investigar únicamente la ausencia de poder de la señora Brígida Suárez Correa al abogado Temístocles Conde Linero, razón por la cual el ente acusador actuó irregularmente al extender su investigación a temas relacionados con la incompetencia territorial e improcedencia de la tutela.

A pesar de lo anterior, la Corte encuentra cómo esa afirmación no se ajusta a la realidad en tanto en el numeral 75 de la parte resolutive de la sentencia T-10/98 la Corte Constitucional ordenó:

“75. REMÍTANSE los originales de los expedientes objeto de análisis y copia de la presente Sentencia al Fiscal General de la Nación, para que se inicien las investigaciones penales tendientes a establecer responsabilidades por la posible comisión de delitos en

la iniciación y decisión de los procesos adelantados”⁵.

En otras palabras, la compulsa de copias dispuesta por la Corte Constitucional no limitó el aspecto sobre el cual podía la fiscalía indagar, en tanto que tenía por objeto “establecer responsabilidades por la posible comisión de delitos en la iniciación y decisión de los procesos adelantados”, lo cual implicaba revisar en su totalidad la acción de tutela cuestionada en busca de cualquier irregularidad.

Ello, además, porque conforme al artículo 250 de la Carta Política el ente acusador, como titular de la acción penal, está obligado a investigar todos los hechos que revistan características delictivas, por manera que ni el Tribunal Constitucional ni ninguna otra autoridad puede modificar su misión fundamental, como lo pretende el recurrente.

2.2. La defensa del doctor ÓSCAR GIL DE LA HOZ aduce la atipicidad de la conducta investigada por cuanto la Corte Constitucional mediante auto 021 del 25 de marzo de 2009 estableció que la competencia se rige por lo estipulado en el artículo 86 de la Carta Política y el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y no por lo previsto en el Decreto 1382 de 2000 que apenas contiene reglas de reparto.

Sin embargo, el anterior argumento coincide con el suministrado en la sentencia impugnada, en la medida que el desconocimiento de la competencia territorial lo funda el a quo en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y no en el Decreto 1382 de 2000, como equivocadamente lo sostiene el impugnante.

2.3. De otra parte, la afirmación de la defensa según la cual la decisión de tutela proferida por el doctor GIL DE LA HOZ el 31 de octubre de 1996 no es manifiestamente contraria a la ley porque fue revisada por la Corte Constitucional sin que le formulara reparo alguno, no se ajusta a la realidad en tanto en la sentencia T-10/98 la Corte Constitucional dispuso revocar dicha determinación, así:

“2. REVOCAR las siguientes providencias judiciales, mediante las cuales se concedió la tutela de los derechos invocados: ... Juzgado 4 Civil del Circuito de Barranquilla (T-123157)”⁶.

“26. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado 4 Civil del Circuito de Barranquilla (T-123157), mediante el cual se protegió el derecho a la igualdad. En su lugar, se niega la tutela invocada”⁷.

Aún más, esa Corporación determinó la absoluta improcedencia del amparo concedido por los Juzgados 17 Civil Municipal y 4 Civil del Circuito de Barranquilla, en primera y segunda instancia, en los siguientes términos:

“Así, pues, se estiman improcedentes las acciones de tutela que fueron dirigidas a obtener el pago de acreencias laborales, toda vez que, no encontrándose probado un perjuicio irremediable ni habiéndose configurado ninguna de las hipótesis excepcionales que hacen ineficaz el medio judicial ordinario, los actores pueden acudir ante la justicia laboral para satisfacer sus pretensiones”⁸.

2.4. Sostiene el impugnante, para destacar la legalidad de la decisión adoptada por el procesado, que la Corte Constitucional, al igual que el doctor GIL DE LA HOZ, en sentencias T-228/97 y T-608/97 amparó el derecho de igualdad y ordenó pagar emolumentos de carácter laboral.

Con todo, desconoce el abogado que la Corte Constitucional ha señalado reiteradamente la improcedencia de la acción de tutela para lograr el pago de acreencias laborales cuando existen otros medios judiciales con suficiente eficacia, por manera que la regla general es la improcedencia de la acción para el reclamo de esa clase de derechos y sólo cuando el medio de defensa judicial carece de idoneidad y las circunstancias específicas del actor lo indica, por excepción, es viable conceder el amparo constitucional.

Siendo ello así, encuentra la Sala que las sentencias de la Corte Constitucional citadas por la defensa se sustentan en situaciones fácticas y jurídicas diversas a las consideradas en el fallo de tutela del 31 de octubre de 1996 emitido por el Juzgado 17 Civil Municipal de Barranquilla, razón por la cual no son equiparables.

En efecto, en la sentencia T-228 del 13 de mayo de 1997 la Corte Constitucional inaplicó una norma relativa al reconocimiento y reliquidación de cesantías parciales y concedió el amparo invocado por cuanto coligió, luego de un exhaustivo análisis, que el medio de defensa judicial no era eficaz para lograr la protección del derecho fundamental. A su turno, en la sentencia T-608 del 26 de noviembre de 1997 concedió el amparo invocado por cuanto ya se había proferido el acto administrativo de reconocimiento del derecho, pero no se había cancelado al actor dicho rubro mientras que a los otros trabajadores si se les había pagado esa prestación.

En el evento bajo examen, los funcionarios investigados ordenaron reconocer y pagar a los demandantes la denominada “prima sobre prima”, determinación que materialmente comportó el reconocimiento de dicha prestación sustrayendo de la jurisdicción laboral el debate probatorio que allí debía surtir y soslayando la jurisprudencia de la Corte Constitucional según la cual la acción de tutela no procede para lograr el pago de acreencias laborales.

2.5. Argumenta el censor que el fallo de tutela fue adverso a Foncolpuertos porque el doctor GIL DE LA HOZ tuvo que aplicar la presunción contenida en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, según la cual “si no fuera rendido el informe en el plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se resolverá de plano”.

Empero, revisado el trámite dado a la acción de tutela la Sala encuentra que el Juzgado 17 Civil Municipal no solicitó ningún informe a Foncolpuertos, por manera que mal podía aplicarse tal presunción. Además, en el cuerpo del fallo no se consignó dicho argumento, de suerte que esta afirmación carece de soporte.

2.6. La defensa considera que el doctor GIL DE LA HOZ no ordenó el pago de ninguna acreencia laboral porque se limitó a ordenar que se colocara en condiciones de igualdad a los accionantes con los demás ex trabajadores.

Sin embargo, esta aseveración desconoce el tenor literal del fallo de tutela suscrito por el procesado, donde se dispuso

“2. ORDENASELE al Representante legal de FONCOLPUERTOS, que en el término perentorio de 48 horas sean colocados los accionantes antes mencionados en condiciones de IGUALDAD con los demás extrabajadores, esto es, reconociéndolas y pagándoles las PRIMAS SOBRE PRIMAS a que tengan derecho”⁹. (subrayas fuera de texto)

La lectura de la decisión permite colegir que el fallo cuestionado sí ordenó el reconocimiento y pago de una acreencia denominada “prima sobre prima” de innegable carácter laboral.

Y precisamente por ostentar esa condición la Corte Constitucional en la sentencia T-10 de 1998, al revisar el fallo de tutela proferido por el doctor GIL DE LA HOZ,

revocó tal determinación y dispuso investigar el proceder de los funcionarios que accedieron a esa clase de pretensiones.

2.7. Por último, la Sala coincide con el impugnante en que el delito de prevaricato no se configura por una errada apreciación probatoria, ni por la interpretación equivocada de las disposiciones aplicables al caso, sino por el actuar doloso, malicioso y torcido.

A pesar de ello, no concuerda con su conclusión, según la cual el fallo de tutela del 31 de octubre de 1996 fue proferido sobre fundamentos probatorios y legales razonables, en la medida que, como lo indicó la Corte Constitucional al revocar dicha determinación, el amparo no era procedente.

En efecto, recuérdese que el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 prevé como una de las causales de improcedencia de la acción de tutela, la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales, con una única salvedad: cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, hipótesis no satisfecha en caso de los accionantes Nicolás Pérez Rovira y Brígida Suárez de Correa, quienes contaban con el proceso laboral para reclamar el reconocimiento y pago de la prestación denominada “prima sobre prima” y, dada su condición de pensionados que devengaban más del salario mínimo, no sufrían un perjuicio irremediable al acudir a la justicia ordinaria.

A pesar de lo anterior, tal como lo determinó el Tribunal de primera instancia, el funcionario investigado se apartó de dicha preceptiva y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia, profiriendo una determinación manifiestamente contraria a la ley.

1. Impugnación a nombre de JOSEFINA GALLARDO VÉLEZ

3.1 El primer reparo formulado por el litigante consiste en que los investigadores no cotejaron el fallo del 19 de diciembre de 1996 con otras sentencias suscritas por la doctora GALLARDO VÉLEZ para encontrar similitudes, establecer estilos, perfiles o talantes jurídicos de la responsable del despacho, en punto de corroborar su afirmación defensiva según la cual no es la autora de la misma, desconociéndose lo ordenado en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal.

Dicha preceptiva establece:

“Art. 234. Imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba. El funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real. Por ello debe averiguar, con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia.

La carga de la prueba de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado corresponde a la fiscalía. El juez podrá decretar pruebas de oficio”.

Con todo, esta norma regula la forma en que la fiscalía debe adelantar su labor investigativa y no la manera en que los operadores judiciales deben ponderar el material probatorio acopiado. Por tanto, no se trata de una regla de valoración cuya infracción pueda atribuirse al fallo impugnado, situación que deja sin fundamento este reproche.

Además, la presunta falencia investigativa del ente acusador por no haber indagado sobre similitudes, estilos, perfiles y talantes jurídicos de la doctora GALLARDO VÉLEZ para corroborar o descartar la autoría del fallo del 19 de

diciembre de 1996, debió haber sido planteada en la oportunidad procesal pertinente, esto es, en el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, ocasión en la que las partes deben “solicitar las nulidades originadas en la etapa de la investigación”. Incluso, pudo paliarse tal situación con una actitud proactiva de la defensa, orientada a impetrar tanto en la etapa de instrucción como en la de la causa, las pruebas que corroboraban dicho argumento defensivo.

3.2. La defensa aduce que la Colegiatura de primer grado no consideró los siguientes aspectos que permiten colegir que la doctora JOSEFINA GALLARADO VÉLEZ no es la autora del fallo de tutela del 19 de diciembre de 1996, así: a) El estilo de la providencia; b) La terminología usada; c) Los títulos de los diferentes acápites; d) La firma al comienzo de la última hoja sin ninguna ligazón con el cuerpo escriturario antecedente; e) En eventos similares la doctora GALLARDO VÉLEZ inadmitía la tutela o, si decidía en segunda instancia, revocaba la determinación; f) La fecha de la decisión, esto es, el 19 de diciembre, último día de labores por la vacancia judicial; g) La fiscalía no encontró constancia de recibo de la tutela en el juzgado.

Con todo, la Sala encuentra que el Tribunal a quo sí consideró las anteriores circunstancias sólo que la ponderación conjunta del material probatorio recaudado en el proceso le permitió descartar la falsedad invocada ante la existencia en el plenario de dos dictámenes grafológicos que determinan la autoría de la doctora JOSEFINA GALLARDO VÉLEZ de la firma impuesta en la sentencia de tutela del 19 de diciembre de 1996. Así se pronunció el Tribunal a quo:

“Sumado a lo anterior tampoco se comparte que el profesional del derecho alegue que la Dra. JOSEFINA ISABEL GALLARDO VÉLEZ no es la autora material de la sentencia del diecinueve de diciembre de 1996, por cuanto el Técnico Forense Grafólogo del INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, en el dictamen que rindió el día

7 de noviembre de 2006, identificado con el número RN-GDOC-223-2006, al cotejar la firma dubitada contenida en el fallo de tutela de 19 de diciembre de 1996 con los acopios gráficos contenidos en autos originales debidamente signados por la procesada y los cuales fueron facilitados por ella misma a efectos de la práctica del dictamen.

De esa manera se concluyó por el Técnico Forense Grafólogo que existía identidad entre las muestras aportadas como patrones de comparación de la doctora JOSEFINA ISABEL GALLARDO VÉLEZ y la firma suya contenida en el fallo de tutela. (...)

Ahora bien, es cierto que en el auto del 2 de abril de 2009 la Sala ordenó oficiosamente que se llevara a cabo otro dictamen el cual fue realizado por la Técnico Profesional en Documentología del Laboratorio de Policía Científica y Criminalística Regional No. 8 de la Policía Nacional de Colombia, y, en ese dictamen también se concluyó que la firma consignada en la sentencia de tutela de 19 de diciembre de 1996 corresponde escrituralmente con las muestras escriturales que remitió a efecto de esa prueba”¹⁰.

En este sentido, en el expediente figuran dos dictámenes periciales emitidos por expertos del Instituto de Medicina Legal¹¹ y de la Policía Nacional¹² que coinciden en señalar que la firma consignada en el fallo de tutela del 19 de diciembre de 1996 a nombre de JOSEFINA GALLARDO VÉLEZ corresponde con las muestras manuscriturales entregadas por esa ciudadana.

Ante la contundencia de esas pruebas técnicas no resulta desacertada la decisión del Tribunal Superior de Barranquilla de darle preponderancia sobre las circunstancias esbozadas por el defensor.

Además, téngase en cuenta que la doctora JOSEFINA GALLARDO VÉLEZ en su primera salida ante la Fiscalía¹³ reconoció el contenido de la providencia

y la firma estampada en la misma, por manera que resulta factible deducir, como lo hizo el Tribunal a quo, que la posterior negativa a reconocer el documento obedece a una estrategia defensiva.

3.3. Ahora, los reproches esbozados por el impugnante en torno a la validez de los dictámenes grafológicos acopiados en el proceso, más que un cargo debidamente sustentado, constituyen la expresión de impotencia ante la conclusión desfavorable a su postura procesal, en tanto no entrega argumentos serios, fundados sobre las razones por las cuales esas pruebas no pueden servir de soporte de la decisión adoptada por la judicatura.

Aún más, nótese cómo cada experticia señala la metodología y técnica utilizada, los hallazgos y conclusiones obtenidos, aspectos frente a los cuales el impugnante no otorga razones igualmente técnicas o jurídicas para demostrar las falencias aducidas.

De otra parte, recuérdese cómo la objeción por error grave del dictamen grafológico rendido por experto del Instituto de Medicina Legal fue declarada infundada por el Tribunal a quo¹⁴, luego de adelantarse el trámite incidental y debatirse ampliamente la validez del mismo, por manera que resulta inane insistir sobre aspectos dilucidados en oportunidad procesal anterior.

Pero, además, con posterioridad a dicho trámite incidental, el Tribunal a quo, de oficio, decretó una nueva experticia, practicada por perito de la Policía Nacional¹⁵, que también concluyó la autenticidad de la firma estampada en el fallo de tutela del 19 de diciembre de 1996.

En ese orden, ante la conclusión vertida en los dos dictámenes rendidos dentro del proceso, el Tribunal Superior de Barranquilla coligió la autoría del documento por parte de la doctora JOSEFINA GALLARDO VÉLEZ,

decisión acorde con el material probatorio acopiado en la actuación, si se tiene en cuenta que en la inspección judicial practicada por la fiscalía al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Barranquilla¹⁶ se verificó que en el libro radicator de segunda instancia, a folios 66 y 67, bajo el No. 736, se radicó la acción de tutela de Nicolás Pérez Rovira proveniente del Juzgado 17 Civil Municipal, es decir, que el expediente llegó y se tramitó en ese despacho judicial.

3.4. En suma, ninguno de los reproches de los impugnantes logra desvirtuar la conclusión vertida en la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, según la cual están reunidos los elementos estructurales del delito de prevaricato por acción, dado que las decisiones son manifiestamente contrarias a la ley y se profirieron con conocimiento, conciencia y voluntad por parte de los doctores ÓSCAR ENRIQUE GIL DE LA HOZ y JOSEFINA ISABEL GALLARDO VÉLEZ, razón por la cual la Sala confirmará la sentencia objeto de recurso.

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

RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia del 22 de agosto de 2011 del Tribunal Superior de Barranquilla.

Contra esta providencia no procede recurso alguno. Comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
MUÑOZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Excusa justificada

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. Folio 149 cuaderno Corte Constitucional.

2 Si bien el Tribunal a quo menciona que el precedente constitucional desconocido por los funcionarios investigados data de 1997, lo cierto es que la revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia permite colegir que la postura en torno a la improcedencia de la acción de tutela cuando existen otros mecanismos de defensa judicial y no se evidencia un perjuicio de carácter irremediable, se estableció desde los albores de esa Corporación, por manera que se consolidó varios años antes de la emisión de los fallos censurados. Así, por ejemplo, sentencias T- 01 de 1992, T-03 de 1992, T-441 de 1993, T-202 de 1994, T- 095 de 1995, entre otras.

3 Cfr. Providencia del 1 de junio de 2006, Rad. No. 21428.

4 Cfr. Providencia del 11 de abril de 2007, Rad. No. 25612.

5 Cfr. Folio 149 del cuaderno de la Corte Constitucional.

6 Cfr. Folio 129 cuaderno Corte Constitucional.

7 Cfr. Folio 137 cuaderno Corte Constitucional.

8 Cfr. Folio 94 cuaderno Corte Constitucional.

9 Cfr. Folio 29 cuaderno Corte Constitucional.

10 Cfr. Folio 491 y 492 del cuaderno de la causa.

11 Cfr. Folio 99 y ss del cuaderno de la causa.

12 Cfr. Folios 127 y ss del cuaderno de incidente de objeción del dictamen.

13 Cfr. Versión libre rendida el 29 de abril de 1999, folios 36 y ss cuaderno No. 1 de la Fiscalía.

14 La providencia que declaró infundada la objeción del dictamen por error grave fue emitida el 26 de marzo de 2008. Ver folios 94 y ss del cuaderno incidental.

15 Cfr. Folios 127 y ss del cuaderno incidental.

16 Cfr. Folio 21 del cuaderno No. 1 de la instrucción.