

Sentencia T-1066/07

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia/ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales de procedibilidad establecidos por la jurisprudencia

Esta Corporación, tanto en fallos de constitucionalidad como de tutela, ha venido construyendo una nutrida doctrina en torno a los eventos y condiciones en las cuales procede la tutela contra providencias judiciales. En una labor de sistematización sobre la materia, en la Sentencia C-590 de 2005, la Corte distinguió entre requisitos generales y causales específicas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, precisando que los primeros son los presupuestos cuyo cumplimiento es condición para que el juez pueda entrar a examinar si en el caso concreto está presente una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

VIA DE HECHO-Es el ejercicio arbitrario de la función judicial

La institución de la vía de hecho consiste en una trasgresión protuberante y grave de la normatividad que regía el proceso dentro del cual se profirió la providencia objeto de acción, a tal punto que, por el desconocimiento flagrante del debido proceso o de otras garantías constitucionales, hayan sido vulnerados materialmente -por la providencia misma- los derechos fundamentales del accionante. Esto significa que la vía de hecho es en realidad el ejercicio arbitrario de la función judicial, en términos tales que el fallador haya resuelto, no según la ley -que, por tanto, ha sido francamente violada- sino de acuerdo con sus personales designios. Así pues, no cualquier error cometido por el juez en el curso del proceso tiene el carácter de vía de hecho, pues entenderlo así implicaría retroceder al ritualismo que sacrifica a la forma los valores de fondo que deben realizarse en todo trámite judicial.

JUEZ DE TUTELA-Al estudiar si una determinada providencia es una vía de hecho no puede sustituir a los jueces naturales

Como lo ha reiterado insistentemente la jurisprudencia de esta Corte, el juez de tutela, al estudiar si una determinada providencia es una vía de hecho, no puede sustituir a los jueces naturales. No se trata de una última instancia con capacidad para revisar integralmente todo

lo actuado o para juzgar extremos que sólo competen al juez de la causa. En este sentido, la doctrina constitucional ha señalado que, en materia de la evaluación probatoria sobre la culpabilidad del sujeto implicado en la comisión de un delito, el juez de tutela debe ser en extremo cauteloso para no exceder sus competencias. Su tarea se contrae entonces a verificar si en el expediente existe algún elemento de prueba que, razonablemente, pueda fundamentar la decisión judicial impugnada. Sin embargo, no es de su competencia entrar a analizar en concreto el contenido de toda la evidencia allegada al proceso con el fin de definir si la valoración realizada por el juez de instancia es o no correcta. Esta es una cuestión que el ordenamiento jurídico libra por entero al juez natural en el ejercicio de sus competencias propias. Basta pues, para que la decisión no pueda ser calificada como vía de hecho judicial, que se demuestre que existe alguna evidencia que, razonablemente, pueda servir de apoyo a la providencia impugnada.

ACCION DE TUTELA CONTRA FISCAL DELEGADO ANTE EL TRIBUNAL-AI alegarse existencia de vía de hecho lo que se hace es un juicio de validez de la decisión penal y no un juicio de corrección

Lo que se realiza entonces, es un juicio de validez de la decisión penal y no un juicio de corrección en tanto no obra el juez de tutela como una instancia más dentro del proceso penal. Así, el controversial manejo del amparo constitucional contra sentencias judiciales pasa en gran medida por la errónea creencia de que la tutela es una tercera instancia, y por ende es menester señalar, que la procedibilidad de revisión constitucional de los fallos judiciales, atiende a una única posibilidad: que la decisión del juez vulnere la Constitución. Por esto, la revisión del juez de tutela en estos casos queda limitada a detectar que de la presencia de una causal de procedencia de tutela contra sentencias, se derive un perjuicio iusfundamental. De ahí, que los motivos que pueden esgrimir los tutelantes correspondan únicamente a la vulneración de un derecho fundamental desprendida de un fallo judicial. Se insiste entonces, en que en un proceso de tutela, el juez constitucional no puede estudiar la forma como resultó evaluada la evidencia encontrada. Se debe limitar, exclusivamente, a verificar que la providencia impugnada se apoyó en elementos fácticos razonables y, en consecuencia, que no constituyen, por este motivo, decisión arbitraria. En otras palabras, como ya se indicó, no es misión de esta Sala de tutela verificar si la valoración de la prueba fue más o menos correcta. Bastará para considerar que no hay vía de hecho judicial, con encontrar que existían elementos para precluir una investigación en contra de las

mencionadas peritos.

DELITO DE PREVARICATO-Sólo admite modalidad dolosa/INVESTIGACION PENAL CONTRA PERITOS CONTABLES-Caso en que a juicio de la Fiscal Delegada no existió ningún indicio de conducta dolosa

A juicio de esta Sala, la decisión judicial acusada consideró con sólidas razones (i) que el delito de prevaricato exige el dolo del acusado, lo que no se probó en este caso y (ii) una conducta contraria a la ley, circunstancia que tampoco se demostró en el proceso penal instaurado contra las peritos. Ha sido pacífica la jurisprudencia y la doctrina al establecer que para la configuración del delito de prevaricato por acción, conducta que se endilgaba a las peritos y que en virtud de la decisión judicial atacada precluyó, se requiere en primer lugar confrontar la conducta con el mandato legal. Hecho lo cual, debe demostrarse que, de haber discordancia entre los extremos comparados, ésta obedece a un actuar doloso; quiere decir, que la interpretación, los criterios errados o una concepción equivocada de una norma no constituyen la conducta típica. Quiere decir, que el dolo no puede inferirse ni suponerse, sino que debe aparecer plenamente demostrado, y en la actuación que se investigaba no existía, a juicio de la Fiscal 13, ningún indicio de una conducta dolosa. La decisión de la Fiscal 13 Delegada no adolece de los vicios reclamados por los accionantes, quienes pretenden demostrar que en ella se ignoró el material probatorio que conducía a la demostración de una conducta dolosa por haberse realizado el peritazgo a pesar de que la contabilidad de la empresa no se llevaba conforme a la ley. Ello, bajo el supuesto equivocado, de que la única fuente legal para tasar perjuicios a favor de un comerciante, se contrae a la contabilidad llevada en legal forma. Es por consiguiente, el tema que la Sala analiza a continuación.

FUENTE LEGAL PARA TASAR PERJUICIOS-Contabilidad del comerciante no es la única forma de probar/TARIFA LEGAL, LIBERTAD PROBATORIA Y LIBRE VALORACION DE LA PRUEBA

Sea lo primero advertir que en nuestro sistema procesal colombiano, no existe tarifa legal probatoria. Que exista la obligación de que el comerciante lleve libros de comercio, que éstos deben llevarse conforme a ciertos formalismos y que la ausencia de estos formalismos constituya prueba en contra del comerciante o le impida probar, son obligaciones y consecuencias para el comerciante, mas no para el perito. No existe, como lo sostuvo la providencia cuestionada, disposición en nuestro ordenamiento jurídico que obligue al perito a

ceñirse únicamente a la contabilidad para determinar la existencia de perjuicios. Mas aún, en roles tan complejos y determinantes como el de promotor, figura creada en la Ley 550 de 1999 para la reestructuración de créditos de comerciantes, se autoriza expresamente a dicho promotor, separarse de los balances y registros de contabilidad y acudir a testimonios y documentos externos o internos, para establecer el verdadero estado patrimonial de la empresa. La jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha abordado el tema al señalar que impera la libertad probatoria adoptada por nuestro régimen procesal civil, que abandonando el sistema de tarifa legal ha acogido desde 1971 el principio de la libertad de la prueba, el principio inquisitivo en la ordenación y práctica de las pruebas y el principio de la evaluación o apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica (artículos 37,167,175,187, y demás normas concordantes del Código de Procedimiento Civil). Las disposiciones legales parcialmente transcritas, dejan ver (i) en primer lugar que es evidente que en nuestro ordenamiento jurídico existe libertad probatoria, lo que debe entenderse como la autorización para demostrar los hechos con cualquier medio de prueba. Es decir, no existe tarifa legal; (ii) En segundo lugar, es meridianamente claro que para probar los perjuicios, ninguna ley exige solemnidad especial alguna, existiendo además libre valoración de la prueba, que debe ser examinada en conjunto; (iii) En tercer lugar, es claro que la actuación de los peritos está limitada y condicionada por el cuestionario que les formula el juez, quien, a su vez, incorpora los formulados por las partes interesadas. De modo que la opinión del accionante, según la cual la única prueba para la determinación de existencia y valoración de los perjuicios, es la contabilidad, carece absolutamente de respaldo legal, y en consecuencia, la decisión de la Fiscal 13 al sostener que no existió prevaricato por que no había una conducta demostrada contraria a la ley tiene todo el respaldo en las normas pertinentes. Lo anterior permite concluir que no existía en este caso, tal como lo señaló el fallo cuestionado, un mandato legal con qué confrontar la supuesta conducta ilícita de los peritos y el hipotético prevaricato por ellas cometido. Por ende, no existe prohibición legal y expresa que hubiesen violado los peritos.

INVESTIGACION PENAL CONTRA PERITOS CONTABLES-Conducta no era contraria a disposiciones generales que sobre el régimen probatorio consagra el C de PC

Como lo anotó la decisión enjuiciada que la conducta de los peritos no era contraria a las disposiciones generales que sobre el régimen probatorio consagra el Código de Procedimiento Civil, ni a las disposiciones especiales que regulan la prueba pericial; que en

materia probatoria de perjuicios no existe un régimen de tarifa legal como lo reclama el accionante; que el cuestionario le ordenaba tener como base del dictamen la información obrante al expediente, que no fue tachado de falso por la parte interesada, quien, por lo demás, no se opuso a la forma como fue impartida la orden a las peritos, es forzoso concluir que no es la decisión de la Fiscal 13 un fallo arbitrario y constitutivo de vía de hecho.

INCIDENTE DE REGULACION DE PERJUICIOS-Argumentos que sirvieron para sostener el peritaje fueron acogidos por Juez Civil del Circuito del caso

El Juez Segundo Civil del Circuito de San Andrés y Providencia al decidir el incidente de regulación de perjuicios, teniendo en cuenta la objeción que por error grave presentara la parte que promovió el incidente, en auto de 1 de julio de 2004, es decir, antes incluso de que se presentara la denuncia penal contra las peritos, sostuvo que no obstante que la contabilidad no cumplía con las normas contables vigentes para el momento, era evidente que dentro del expediente reposaban documentos que permitían tasar el monto de los perjuicios. Si en su momento, no se tachó la forma como debían determinarse los perjuicios, ni se tacharon de falsos los documentos obrantes en el expediente que sirvieron de fundamento a las peritos para la tasación de los perjuicios, y si según los datos del expediente, no prosperó la tutela que se inició contra la sentencia que definió el incidente de regulación de perjuicios, mal puede ahora recurrirse a una equivocada apreciación probatoria y a la ignorancia en las normas contables, para concluir que la actuación de la Fiscal 13 ha debido condenar a las peritos por el delito de prevaricato. Es evidente que la inactividad de los accionantes en el trámite del incidente de perjuicios, dejando de oponerse a la forma como fue redactado el cuestionario por el juez y omitiendo la tacha de los documentos obrantes al expediente, no podía subsanarse acudiendo a la jurisdicción penal primeramente e intentando demostrar posteriormente la existencia de vías de hecho en la actuación de la autoridad penal.

Referencia: expediente T-1477020

Peticionario: Banco de Bogotá S.A.

Demandado: Fiscalía 13 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá.

Magistrado Ponente:

RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá D.C., once (11) de diciembre de dos mil siete (2007).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Nilson Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por las Salas de Casación Penal y Civil de la Corte Suprema de Justicia, correspondientes al trámite de la acción de amparo constitucional impetrada por el Banco de Bogotá S.A. contra la Fiscalía 13 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda, fundamentos y pretensiones

El Banco de Bogotá S.A., actuando a través de apoderado judicial, interpuso acción de tutela por estimar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

1. Al respecto, se resaltan los siguientes hechos:

a. Manifiesta el tutelante que el día 15 de diciembre de 1998 promovió en San Andrés Isla una demanda ejecutiva mixta por valor de \$ 335.510.086.00, en contra de INVERSIONES WAKED & CIA S EN C.S., ALI MOHAMED WAKED, FAIRUZ EL HAGE DE WAKED y COMPAÑÍA COMERCIALIZADORA DEL SUR LTDA. Dicha demanda fue radicada inicialmente ante el Juzgado 1° Civil del Circuito de San Andrés y posteriormente asumida por el Juzgado 2° Civil del mismo Circuito.

c. Una vez notificada de la demanda ejecutiva, el demandado FAIRUZ EL HAGE DE WAKED interpuso recurso de reposición y, en subsidio, de apelación, en contra del auto por medio del cual se libró el mandamiento de pago. En criterio del citado sujeto procesal, la mencionada

decisión debía revocarse, en atención a la existencia de una novación de la obligación.

d. El juez de primera instancia al desatar el recurso de reposición, consideró que los argumentos presentados por la parte demandada eran acertados, por lo que declaró extinguida la obligación por efectos de la novación. En contra de esta determinación, el Banco de Bogotá interpuso recurso de apelación, al considerar que en el caso concreto no existió novación, sino una diputación para el pago en los términos del artículo 1694 del Código Civil¹.

e. El recurso interpuesto fue resuelto por la segunda instancia señalando que, si bien como lo indicaba el apelante no existió novación, en todo caso sí se presentó una subrogación de la obligación, de manera que lo procedente era confirmar la providencia impugnada, en el sentido de revocar el mandamiento de pago a favor de los deudores.

f. Con fundamento en la citada decisión, los demandados iniciaron un incidente para reclamar la indemnización de los perjuicios supuestamente causados por las medidas cautelares practicadas, los cuales fueron valorados en la suma de \$24.910.708.414.00.

g. En el curso del incidente, el juez de la causa decretó un dictamen pericial a fin de que se realizara un avalúo de los presuntos daños y perjuicio irrogados a la parte demandada. Este dictamen fue rendido por las señoras ELSA PACHON DE ARRIETA y MARTA SERRANO VICTORIA, domiciliadas ambas en San Andrés Isla.

h. Según afirma el demandante, las peritos advirtieron la existencia de falencias graves en la contabilidad de las sociedades presuntamente perjudicadas, tales como que, por ejemplo, “los registros carecían de soportes, comprobantes de egreso y facturas, así como la total ausencia de los requisitos de ingresos y egresos para los años 1998, 2000 y 2001”. Pese a la cantidad y gravedad de los defectos contables encontrados, el día 15 de octubre de 2002, se rindió el correspondiente dictamen, el cual, en términos del accionante, se presentó “sin fuentes de información confiables y sobre la base de suposiciones fundadas exclusivamente en la versión del incidentante”. El valor de los perjuicios se fijó en la suma de \$ 7.573.917.544.00.

i. En el término de traslado del citado dictamen, las partes ejercieron su derecho a solicitar la ampliación y aclaración. Bajo este contexto, el día 23 de marzo de 2004, las peritos realizan

un segundo dictamen en el que se señalan como rubros a reparar, entre otros, los siguientes conceptos: “arrendamientos dejados de pagar por \$ 3.679.444.920; perjuicios por créditos bancarios por partidas de \$ 695.657.132, \$ 1.377.474.311 y \$ 669.447.605; agencias en derecho por \$ 460.656.225; demanda de Antonio Palís por \$ 582.332.079; promesa de compraventa con Gazy Tahha por \$ 2.169.683.968; lucro cesante de activos por \$ 1.299.098.193; daño material por sobre precio comercial de bienes raíces; gastos generales fijos por no explotación de la actividad comercial por \$ 1.683.931.667, etc”. En criterio del demandante, estos rubros fueron establecidos por las peritos pese a que “tales operaciones no tenían soporte contable, ni aparecían los ingresos y egresos por estos conceptos en la forma exigida por los artículos 53 y 57 del C. de Co.”

j. A instancia de las solicitudes de ampliación y aclaración, las peritos tasaron los daños en la suma de \$ 17.942.285.447.00. En opinión del actor, dicha valoración se produjo exclusivamente con fundamento en las afirmaciones del incidentante y no en las pruebas objetivas de la contabilidad de donde se debía derivar el avalúo pericial.

k. Ante la mencionada situación, el día 2 de abril de 2004, el Banco objetó el dictamen por error grave, entre los argumentos expuestos señaló, en primer lugar, que no existían pruebas que permitieran determinar que los daños y perjuicios se causaron en la suma tasada, y en segundo término, que ante la falta de contabilidad llevada de acuerdo con las normas contables vigentes, no existía el elemento de convicción que legitimara el cobro de las sumas reclamadas por el incidentante.

l. La objeción fue resuelta por el juez de primera instancia, mediante providencia del 1° de julio de 2004, en la cual textualmente se indica que: “(...) debemos tener presente que el Código de Comercio, el Estatuto Tributaria y el Manual de Contabilidad son concordantes al afirmar que el hecho de no llevar libros requeridos, o la contabilidad en debida forma, acarrea ese sólo hecho sanciones al comerciante, situación que no es objeto de estudio ni pronunciamiento en este proceso, menos aún estos contemplan el hecho, como causal para objetar por error grave un experticio contable”.

m. Según el demandante, las peritos al haber proferido un dictamen sin tener en cuenta las reglas legales que rigen la contabilidad y los más elementales principios de la lógica y la ética contable, afectaron dolosamente importantes derechos patrimoniales del Banco, pues

eran conscientes que la información y la documentación que estudiaban no era confiable.

n. Como consecuencia de lo anterior, se promovió denuncia penal por el Banco de Bogotá en contra de los peritos, por la presunta comisión de las conductas punibles de prevaricato por acción, falso testimonio y fraude procesal. Por reparto, el conocimiento de la causa le correspondió al Fiscal 187 Seccional Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá D.C., quien mediante Resolución de fecha 11 de agosto de 2004 decretó formalmente la apertura de la instrucción.

ñ. En el curso de la instrucción, además del acopio de distintos elementos de convicción, el fiscal instructor vinculó mediante indagatoria a las señoras peritos ELSA PACHON DE ARRIETA y MARTHA SERRANO VICTORIA, lo cual tuvo lugar el día 19 de agosto de 2004.

o. Luego de la definición de la situación jurídica de las sindicadas a través de la adopción de la medida de aseguramiento de detención preventiva, el 19 de noviembre de 2004, el fiscal de la causa procedió al cierre de la investigación, luego de lo cual avocó la calificación del mérito del sumario. Es preciso aclarar que la sindicada ELSA PACHON DE ARRIETA impugnó la medida de aseguramiento impuesta en su contra, cuya revisión le correspondió al Fiscal 13 Delegado ante la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá D.C.

p. En opinión del actor, si bien el citado funcionario revocó la medida de detención preventiva, lo hizo acogiendo los criterios señalados por esta Corporación en sentencia C-774 de 2001, referentes a que la sindicada no representaba un peligro para la comunidad y, además, dada la ausencia de indicios que permitieran inferir su intención de eludir el cumplimiento de la pena. En todo caso, se afirma por el accionante, que el fiscal dejó en claro que las pruebas obrantes en el expediente acreditaban la responsabilidad penal de las procesadas. Al respecto, cita textualmente el siguiente fragmento de la decisión previamente referida:

“De lo anterior se extrae que, al menos por ahora, afloran en la procesada PACHON MORENO, indicios de capacidad y oportunidad para llevar a cabo la conducta delictiva, toda vez que, como Contadora Pública le permitía extraer con facilidad las bases para rendir un dictamen, que no cumple con los requisitos exigidos en las normas contables que rigen la materia y en consecuencia, se encuentra inserta, se repite, por el momento, en la conducta de prevaricato por acción, en la medida que tenía total conocimiento de su obra, descartándose la atipicidad

deprecada por la defensa”.

q. Mediante Resolución del 11 de febrero de 2005, el Fiscal 187 Seccional profirió resolución de acusación en contra de las procesadas, como presuntas responsables del delito de prevaricato por acción. Esta decisión fue apelada ante el superior jerárquico por ambas acusadas.

r. Al resolver el recurso de apelación interpuesto, el Fiscal 13 Delegado ante la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá D.C., en criterio del accionante, se retractó de todo lo que había venido sosteniendo a lo largo del proceso, y en su lugar, procedió no sólo a revocar la resolución de acusación, sino también a decretar la preclusión de la investigación a favor de las procesadas. Para el actor, esta decisión es constitutiva de una auténtica de vía de hecho, por desconocer las pruebas obrantes en el expediente y contrariar la ley sustancial.

1.2. Los argumentos destinados a demostrar la vulneración de los derechos fundamentales invocados, se pueden resumir y categorizar en los siguientes términos:

De acuerdo con el accionante, la conducta del Fiscal 13 Delegado ante la sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, es contraria a la Constitución y a la Ley, en tanto que niega el efectivo acceso a la administración de justicia a que tiene derecho el tutelante y atenta contra el debido proceso, ya que su decisión se fundamentó en razones manifiestamente contrarias a la ley colombiana y omitió de manera reticente y caprichosa, realizar un exhaustivo estudio probatorio, considerando que se incurrió en una clara vía de hecho por defecto fáctico y sustancial.

1.2.1.1 Violación por defecto fáctico

Expone el accionante, que el funcionario judicial se contrajo simplemente a afirmar lo que según su mera opinión consideraba probado, sin detenerse a explicar cuáles medios de prueba lo llevaron a tomar tal decisión, retratando una vía de hecho por defecto fáctico, entendiendo por ella, la adopción caprichosa de decisiones carentes de sustento probatorio.

Presenta un listado de las pruebas allegadas al proceso, que permiten, según su opinión,

corroborar la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta desplegada por las sindicadas, MARTHA CECILIA SERRANO VICTORIA y ELSA PACHON DE ARRIETA. Dichos elementos probatorios se relacionan a continuación:

a. Indagatoria rendida por MARTHA CECILIA SERRANO VICTORIA, el 19 de agosto de 2004, en la cual acepta que no existían soportes contables para llevar a cabo el dictamen pericial.

a. Indagatoria rendida por ELSA PACHON DE ARRIETA, el 19 de agosto de 2004, en la cual acepta la existencia de errores graves en torno a la liquidación de perjuicios por concepto de embargo del Hotel Capri.

a. Declaración rendida por GAZI TAHA TAHA, el 17 de noviembre de 2004, en la cual acepta que los inmuebles supuestamente comprados al señor ALI MOHAMED WAKED se encuentran valuados en sumas cercanas a los \$29.000.000.00 y \$23.000.000.00, no obstante lo cual la cifra consignada en el contrato de promesa de compraventa es de \$420.000.000.00. Acreditándose de esta forma que las sindicadas estimaron perjuicios inexistentes, pues tomaron como base valores dolosamente inflados para cobrar al Banco una indemnización a la que el señor WAKED no tenía derecho.

a. Copia de la declaración rendida por el señor NADIM DARWICHE ARABI el 15 de agosto de 2002 ante el Juez 1 Civil del Circuito de San Andrés, en la que manifiesta que no se restituyó suma alguna por parte de la sociedad WAKED & CIA S. EN C., por concepto de indemnización de perjuicios.

a. Copia del informe del 13 de Septiembre de 1999 suscrito por ELSA PACHON DE ARRIETA, en calidad de contralora del proceso concordatario del señor Eduardo Ruiz Arango, que cursó

en el Juzgado Civil del Circuito de San Andrés, dentro del cual concluye que los estados financieros presentados por el deudor no son razonables, por lo que no permiten dar una opinión sobre su situación económica y financiera.

a. Copia del escrito presentado el 23 de agosto de 2004, al Juzgado 2 Civil del Circuito de San Andrés, suscrito por ELSA PACHON DE ARRIETA, en el cual la contadora confiesa y acepta de manera expresa que el dictamen se rindió sin soporte contable, al manifestar que “con ocasión de la diligencia de indagatoria rendida ante la Fiscalía General de la Nación, he advertido que incurrí en errores graves en la formulación de mis opiniones y en los fundamentos de las mismas, motivo por el cual estimo que no había lugar a la determinación de perjuicios expresados en el dictamen y su ampliación”.

a. Informe de Coyuntura Económica Regional de San Andrés, correspondiente al cuarto trimestre del año 2001, en donde se constata que los supuestos económicos utilizados por las peritos para estimar el lucro cesante de la Sociedad WAKED & CIA. S EN C., fueron irracionales y caprichosos, pues el estudio arrojó tasas de crecimiento y ocupación hotelera inferiores a las rendidas en el experticio.

a. Concepto emitido por el Consejo Técnico de Contaduría Pública, en el cual se reitera que los dictámenes en materia contable deben basarse única y exclusivamente en comprobantes y soportes confiables de conformidad con el Decreto 2649 de 1993.

a. Copia del fallo de tutela dictado el 12 de octubre de 2004 por la Corte Suprema de Justicia en el que se tutela el derecho al debido proceso del Banco de Bogotá con relación a un incidente de nulidad propuesto y se declara la existencia de profundas irregularidades que acreditan la parcialidad con que se adelantó la actuación.

a. Declaración rendida por ANTONIO PALIS RODRIGUEZ el 17 de Noviembre de 2006, en la

cual aclara que prestó la suma de \$45.000.000 al señor WAKED y que hasta ese momento no había iniciado acciones judiciales para el cobro de dicha obligación debido a que el deudor no tenía bienes para perseguir.

a. Informes número 438 de agosto 27 y 667 del 22 de noviembre, rendidos por el D.A.S., en los cuales quedan claras las razones que evidencian responsabilidad penal en cabeza de las sindicadas ELSA PACHON DE ARRIETA Y MARTHA CECILIA SERRANO VICTORIA, ya que señala que existieron irregularidades en el experticio, pues acreditan que los documentos en que se basaron las peritos fueron alterados, que hubo fabricación de contratos para demostrar obligaciones inexistentes, que los estudios de contabilidad de la sociedad presentaban falencias.

Finaliza afirmando que para tomar la decisión de preclusión, el funcionario eludió su obligación de valorar las pruebas arriba relacionadas, y peor aún, sus conclusiones no se encuentran precedidas de un estudio probatorio que demuestre la buena fe de las acusadas, incurriendo así, en una vía de hecho por defecto fáctico.

1.2.1.2 Violación por defecto sustancial

Alega el tutelante que las auxiliares de justicia elaboraron sus conclusiones partiendo de supuestos y no de evidencias, pues se limitaron a dar por cierta la existencia de algunos hechos económicos que no solo carecían de soportes contables, sino además que, ahora lo sabe, jamás ocurrieron realmente.

De otro lado, manifiesta que el argumento del fiscal mediante el cual justifica el comportamiento de las sindicadas, no solo no es correcto sino que, de hecho, es contrario a los mandatos legales que rigen la actividad probatoria, el ejercicio contable y la prueba pericial, adoleciendo pues, de un protuberante defecto sustancial por violación directa de la ley, privando así, al BANCO DE BOGOTA de su derecho constitucional a obtener de la jurisdicción una decisión materialmente justa y apegada a la verdad de los hechos.

Para resaltar la contradicción en la que, estima, incurrió el Fiscal al tomar la decisión del 9 de junio de 2006, totalmente opuesta a una primera posición planteada en resolución del 18 de

marzo de 2005, mediante la cual desató el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución que definió la situación jurídica de las sindicadas, presenta el siguiente cuadro comparativo:

Resolución del 18 de marzo de 2005

Resolución del 9 de junio de 2006

“Si como la misma sindicada refiere, su informe fue rendido en contestación a las premisas dadas por el funcionario de lo ordenó, pese a ello, no se alcanza a vislumbrar dentro del haz probatorio hasta ahora revelado, la razón por la cual, no se abstuvo de emitir concepto sobre los perjuicios frente a la medida cautealas (sic) deprecada en la demanda ejecutiva y en donde fue derrotado el Banco de Bogotá y obligado a cancelar perjuicios a su demandada la sociedad INVERSIONES WAKED, pues las reglas de la experiencia llevan a determinar que en esta clase de concepto contable, si no hay soporte documental confiable, y llevado de acuerdo a los parámetros del Código de Comercio y demás normas concordantes, carecen de valor probatorio y en consecuencia, le es vedado al perito referirse sobre aspectos tan particulares” (Folio 5)

“Entonces, ¿si las peritos tenían la obligación jurídica de realizar el dictamen ordenado por el juez civil y no tenían a la mano la información contable adjetivizada como ‘mecanismo idóneo y apropiado’, entonces cómo hacer para llevar a cabo la pericia.

La respuesta en principio sataría (sic) a la vista, simplemente sustraerse de elaborarlo e informar al juez tal eventualidad. No, porque existía un conflicto social avante, que debía resolverlo o estas peritos u otras designadas por el juez, pero siempre se encontraría con la misma talante, no existían libros de contabilidad y la información financiera era deficiente.

Pero ello tampoco implicaba que pudieran aventurarse a emitir unas cifras a su antojo, sino que era necesario que buscaran la información financiera que pudieran sustentar las conclusiones que exigía el juez civil, la misma que por diversos medios fueron encontrados casi como una reconstrucción in abstractum pero objetiva, derivada de los medios que finalmente tenían a su alcance”.

Destaca que entre el período en que se profirieron estas dos providencias, al proceso no se

allegaron pruebas distintas de las ya existentes que variara la situación jurídica de las sindicadas y que pudiera explicar el cambio de opinión de la Fiscalía, entidad que en un primer fallo, considera que la obligación de las peritos era la de abstenerse de rendir el dictamen y, en una segunda providencia, afirma que debían cumplir la orden del juez valiéndose de los medios que tuvieran a su alcance.

Concluye finalmente, señalando que el Banco acudió ante la jurisdicción penal, para reclamar una decisión ajustada a la verdad y justicia y en su lugar, obtuvo un pronunciamiento carente de fundamento probatorio y sustentado en argumentos contrarios a la ley sustancial, el cual no puede ser controvertido por una vía distinta a la tutela.

1.3. PRETENSIONES

Como pretensiones de la demanda, el accionante solicita al juez de tutela que se conceda el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, vulnerados con la decisión fechada junio 9 de 2006, proferida por el Fiscal 13 Delegado ante la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Que se declare que con la decisión de junio 9 de 2006, el Fiscal 13 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá, incurrió en una vía de hecho que vulneró los derechos arriba relacionados.

Que como consecuencia de lo anterior, declare que la citada decisión carece de eficacia y ordene a la Fiscalía 13 Delegada producir un nuevo fallo conforme al material probatorio obrante en el proceso penal y a las consideraciones que el Juez de Tutela le formule en la parte considerativa del fallo de tutela.

1.4. Admisión y Oposición a la demanda de tutela

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, admitió la demanda a través de auto del 18 de julio de 2006 y ordenó su notificación a las partes, es decir, al Banco de Bogotá y a la Fiscalía 13 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá; igualmente ordenó la vinculación de la Fiscalía 187 Seccional de Bogotá, por ser la autoridad que adelantó la fase instructiva en el proceso que refiere el tutelante.

Luego del vencimiento del término previsto en el auto admisorio para ejercer el derecho de contradicción, el ente accionado presentó escrito en el que aducía que el pronunciamiento se dictó con base en el análisis de las pruebas allegadas oportunamente al proceso. Igualmente, aportó copia del fallo calendado 9 de junio de 2006.

Por su parte, la Fiscalía 187 Seccional de Bogotá, en respuesta a su vinculación a la acción de tutela, se limitó a remitir los originales del expediente, para su correcta valoración dentro del respectivo trámite.

II. TRÁMITE PROCESAL

1. Sentencia de Primera Instancia

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia proferida el 25 de julio de 2006, negó por improcedente la tutela interpuesta con fundamento en que no se quebrantaron los derechos fundamentales invocados, ya que el accionante tuvo a su alcance mecanismos de defensa judicial en su actuación como denunciante y parte civil dentro del proceso penal.

2. Impugnación

3. Sentencia de Segunda Instancia

Mediante Sentencia proferida el 4 de octubre de 2006, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, confirmó el fallo impugnado basada en que la decisión del Fiscal no se profirió de manera caprichosa, sino atendiendo la normatividad aplicable y los hechos del caso concreto, razón por la cual no debía ser el juez de tutela el encargado de afectar los principios de autonomía, independencia y desconcentración judicial, reconocidos constitucionalmente.

4. Actuación en la Sala de Revisión

Esta Sala, mediante auto del 22 de marzo del cursante año, solicitó a la Unidad Segunda de Delitos contra la Administración Pública y de Justicia, Fiscalía 187 Seccional, que remitiera copia del expediente seguido contra las sindicadas MARTHA SERRANO VICTORIA Y ELSA PACHON MORENO. Igualmente, decretó la suspensión de términos hasta tanto se remitieran

y analizaran las pruebas solicitadas.

Mediante oficio No. 083 del 27 de marzo de 2007, la Unidad Segunda de Delitos contra la Administración Pública y de Justicia, Fiscalía 187 remitió el original del expediente solicitado.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar los fallos mencionados, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes.

2. Problema jurídico

El problema jurídico en este caso se contrae a resolver si la Fiscal 13 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, incurrió en vía de hecho al precluir la investigación que se adelantaba por el delito de prevaricato contra unas peritos, auxiliares de la justicia, que habían realizado un avalúo contable dentro de un incidente de liquidación de perjuicios ocurrido en un proceso ejecutivo. El estudio de la Sala deberá circunscribirse al problema jurídico así delimitado, dado que los diversos temas que parecen derivarse de la tutela planteada, han sido ya objeto de tutelas anteriores interpuestas por los accionantes y en esta ocasión se cuestiona únicamente la sentencia producida en la segunda instancia del proceso penal seguido por prevaricato.

Como se dijo, los demandantes interpusieron con anterioridad varias tutelas discriminadas así: 1. Una acción de tutela contra los fallos del Juzgado Segundo Civil del Circuito de San Andrés y la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, que revocaron el mandamiento de pago de fecha 16 de diciembre de 1998, librado a favor del Banco y en contra de Inversiones Waked. 2. Acción de tutela promovida contra la decisión del Juzgado Segundo Civil del Circuito de San Andrés que resolvió el incidente de reparación de perjuicios y contra la providencia que resuelve el recurso de reposición interpuesto contra el auto que condena al Banco al pago de perjuicios.

Ahora bien, la presente demanda de tutela fue declarada improcedente en las dos instancias

tras considerar que no existe una vía de hecho en la actuación de la Fiscal Trece Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá. Por ello, antes de adentrarse en el problema jurídico planteado, la Sala habrá de examinar si la acción de tutela procede en este caso, tal como se hace a continuación y reiterará su jurisprudencia acerca de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

3. La procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones judiciales. Reiteración de jurisprudencia

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la posibilidad de controvertir las decisiones judiciales a través de la acción de tutela es de alcance excepcional y restringido y se predica sólo de aquellos eventos en los que pueda establecerse una actuación del juzgador, manifiestamente contraria al orden jurídico o al precedente judicial aplicable, y violatoria de derechos fundamentales, en especial, de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

Según lo ha expresado esta Corporación, la tutela contra decisiones judiciales, en las condiciones señaladas, encuentra un claro fundamento en la implementación por parte del Constituyente del 91 de un nuevo sistema de justicia constitucional basado, concretamente, (i) en el carácter normativo y supremo de la Carta Política que vincula a todos los poderes públicos; (ii) en el reconocimiento de la efectividad y primacía de los derechos fundamentales; (iii) en la existencia de la Corte Constitucional a quien se le atribuye la interpretación de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales; (iv) y en la posibilidad reconocida a toda persona para promover acción de tutela contra cualquier autoridad pública en defensa de sus derechos fundamentales.

De igual manera, ha explicado la Corte que su carácter excepcional y restrictivo se justifica en razón a los principios constitucionales de los que se desprende el respeto por la cosa juzgada, la necesidad de preservar la seguridad jurídica, la garantía de la independencia y autonomía de los jueces y el sometimiento general de los conflictos a las competencias ordinarias de éstos.²

En los términos descritos, esta Corporación, tanto en fallos de constitucionalidad como de tutela, ha venido construyendo una nutrida doctrina en torno a los eventos y condiciones en las cuales procede la tutela contra providencias judiciales. En una labor de sistematización

sobre la materia, en la Sentencia C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), la Corte distinguió entre requisitos generales y causales específicas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, precisando que los primeros son los presupuestos cuyo cumplimiento es condición para que el juez pueda entrar a examinar si en el caso concreto está presente una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En el citado fallo, este Tribunal se refirió a los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales de la siguiente manera:

“24. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones³. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

“b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable⁴. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

“c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya

que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

“d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora⁵. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

“e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible⁶. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

“f. Que no se trate de sentencias de tutela⁷. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.

En relación con los requisitos especiales de procedibilidad, la Corte, en la referida sentencia, expresó:

“... para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

“b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

“c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

“d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales⁸ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

“f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

“g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

“h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.⁹

“i. Violación directa de la Constitución.

“Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.”

Encuentra la Corte que en el presente caso pueden tenerse como cumplidos los requisitos generales de procedencia establecidos por la jurisprudencia. Las razones son las siguientes:

a. La situación fáctica planteada involucra un asunto de entidad constitucional, en cuanto apunta a determinar una posible violación del derecho al debido proceso con ocasión de una

sentencia judicial.

b. Los hechos que generan la vulneración que acusa el demandante se encuentran perfectamente identificados en la demanda.

c. El demandante no cuenta con otro medio judicial alternativo de defensa de sus derechos fundamentales que, atendidas las circunstancias específicas del caso, pueda ser considerado eficaz.

d. No encuentra la Sala que se haya desconocido el principio de inmediatez, tomando en consideración que la pieza judicial atacada tienen fecha de junio de 2006 y la tutela se interpone el 12 de julio de 2006.

e. Por último no se pretende controvertir por esta vía una sentencia de tutela, frente a la cual este mecanismo resulta improcedente.

Constata así la Sala, que concurren los presupuestos generales que conforme a su jurisprudencia la habilitan para abordar el estudio de esta tutela que controvierte decisiones judiciales.

4. La decisión atacada se enmarca dentro del campo de interpretación legal que es propio del juez y no constituye vía de hecho

La presente acción de tutela fue instaurada por el Banco de Bogotá contra la Fiscal 13 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, por considerar que la resolución de preclusión proferida por la Fiscal a favor de las peritos, constituye vía de hecho al configurarse en la providencia varios defectos fácticos y sustantivos.

Como se relató de forma detallada en los antecedentes de este caso, en el proceso penal que se adelantó en contra de las peritos que realizaron el avalúo contable dentro de un incidente de liquidación de perjuicios ocurrido dentro de un proceso ejecutivo, se profirió inicialmente medida de aseguramiento en su contra. Posteriormente se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación y en la apelación, la segunda instancia- decisión que se ataca por considerarla vía de hecho- se sostuvo entre otras cosas que :“resultaba imposible exigirle a las peritos que se sometieran in estricto a las normas contables tan pregonadas por la fiscalía, justamente por que los medios idóneos a los que se hace referencia no

estaban a su alcance”.

La argumentación en la que soporta el accionante su tutela, tiene como piedra angular lo siguiente : (i) la decisión cuestionada incurrió en un defecto sustantivo por cuanto el fallo de la Fiscal 13 Delegada es contrario a los mandatos legales que rigen la actividad probatoria, el ejercicio contable y la prueba pericial. Para los accionantes el único medio legal apto para determinar y probar los perjuicios sufridos por un comerciante es su contabilidad. Luego entonces, a) si las peritos declararon que los soportes y los registros no eran suficientes para considerar que la contabilidad se llevaba de acuerdo a las normas contables vigentes en el momento, su obligación, ante las deficiencias de la contabilidad, era dictaminar la inexistencia de perjuicios; y b) si la Fiscal 13 Delegada ignoró las normas pertinentes que indican que la contabilidad es el único medio de prueba en la tasación de perjuicios, incurrió en vía de hecho por defecto sustantivo; (ii) existe un defecto fáctico en la providencia enjuiciada porque no se tuvo en cuenta el material probatorio que demostraba, según lo dice el accionante, la comisión de un delito de prevaricato por parte de las peritos evaluadoras.

El demandante advierte además varias contradicciones entre las manifestaciones iniciales del señor Fiscal de Segunda Instancia al resolver el recurso interpuesto contra la imposición de medida de aseguramiento, y las vertidas al pronunciarse sobre la resolución acusatoria. De todo lo anterior, concluye, que la Fiscal Trece Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, incurrió en vía de hecho al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la resolución acusatoria y la preclusión de la instrucción.

Las sentencias de tutela objeto de revisión, estiman que la decisión atacada cuenta con una motivación razonable que excluye la posibilidad de tildarla de arbitraria, parcializada, o de vulnerar los derechos invocados en la demanda. Consideran que el tema en discusión se limita a un asunto de interpretación normativa y valoración probatoria, sobre el cual el funcionario accionado actuó en ejercicio de su libre apreciación de la prueba y aplicando las reglas de la sana crítica, lo que impide al juez de tutela inmiscuirse en lo que, considera, tema propio y exclusivo de quienes actúan como jueces naturales. Estiman finalmente, que la demanda de amparo lo que demuestra es la inconformidad del accionante con la decisión, lo que resulta ajeno al ámbito del instituto constitucional, y debe debatirse por los interesados al interior del respectivo proceso, oportunidad que tuvo el accionante, quien se constituyó en parte civil.

Atendidas las particularidades del caso revisado y limitado el problema jurídico a su preciso objeto, la Sala avanza desde ya afirmando que la providencia denunciada no es constitutiva de vía de hecho. Previa algunas precisiones, las razones de tal afirmación son las que siguen:

- La institución de la vía de hecho consiste en una trasgresión protuberante y grave de la normatividad que regía el proceso dentro del cual se profirió la providencia objeto de acción, a tal punto que, por el desconocimiento flagrante del debido proceso o de otras garantías constitucionales, hayan sido vulnerados materialmente -por la providencia misma- los derechos fundamentales del accionante. Esto significa que la vía de hecho es en realidad el ejercicio arbitrario de la función judicial, en términos tales que el fallador haya resuelto, no según la ley -que, por tanto, ha sido francamente violada- sino de acuerdo con sus personales designios. Así pues, no cualquier error cometido por el juez en el curso del proceso tiene el carácter de vía de hecho, pues entenderlo así implicaría retroceder al ritualismo que sacrifica a la forma los valores de fondo que deben realizarse en todo trámite judicial.¹⁰

- Se recuerda igualmente, que la cuestión que debe resolver el juez constitucional en asuntos de un calado similar al que plantea la tutela, no reside en determinar si la interpretación realizada por la providencia atacada es el más correcta, la más adecuada o la mejor a la luz del derecho penal, sino en definir si la misma resulta absolutamente arbitraria o violatoria de los derechos fundamentales de la parte accionante. Si no fuera así, el juez constitucional estaría invadiendo la órbita del fiscal demandado, desconociendo con ello las competencias en virtud de las cuales se estructura el sistema de justicia en Colombia. En efecto, tal y como la Corte lo ha reiterado, la Constitución consagra una separación entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, y les confiere a los jueces ordinarios autonomía funcional para interpretar las normas legales (CP arts. 230, 234 y 239). Por esta razón, salvo que se trate de definir una cuestión constitucional iusfundamental, no es competencia del juez de tutela fijar el sentido autorizado de los textos legales.¹¹

- Como lo ha reiterado insistentemente la jurisprudencia de esta Corte, el juez de tutela, al estudiar si una determinada providencia es una vía de hecho, no puede sustituir a los jueces naturales. No se trata de una última instancia con capacidad para revisar integralmente todo lo actuado o para juzgar extremos que sólo competen al juez de la causa. En este sentido, la

doctrina constitucional ha señalado que, en materia de la evaluación probatoria sobre la culpabilidad del sujeto implicado en la comisión de un delito, el juez de tutela debe ser en extremo cauteloso para no exceder sus competencias¹². Su tarea se contrae entonces a verificar si en el expediente existe algún elemento de prueba que, razonablemente, pueda fundamentar la decisión judicial impugnada. Sin embargo, no es de su competencia entrar a analizar en concreto el contenido de toda la evidencia allegada al proceso con el fin de definir si la valoración realizada por el juez de instancia es o no correcta. Esta es una cuestión que el ordenamiento jurídico libra por entero al juez natural en el ejercicio de sus competencias propias. Basta pues, para que la decisión no pueda ser calificada como vía de hecho judicial, que se demuestre que existe alguna evidencia que, razonablemente, pueda servir de apoyo a la providencia impugnada.¹³

-Según lo ha entendido esta Corporación, lo que se realiza entonces, es un juicio de validez de la decisión penal y no un juicio de corrección en tanto no obra el juez de tutela como una instancia más dentro del proceso penal. Así, el controversial manejo del amparo constitucional contra sentencias judiciales pasa en gran medida por la errónea creencia de que la tutela es una tercera instancia, y por ende es menester señalar, que la procedibilidad de revisión constitucional de los fallos judiciales, atiende a una única posibilidad: que la decisión del juez vulnere la Constitución. Por esto, la revisión del juez de tutela en estos casos queda limitada a detectar que de la presencia de una causal de procedencia de tutela contra sentencias, se derive un perjuicio iusfundamental. De ahí, que los motivos que pueden esgrimir los tutelantes correspondan únicamente a la vulneración de un derecho fundamental desprendida de un fallo judicial¹⁴.

- Se insiste entonces, en que en un proceso de tutela, el juez constitucional no puede estudiar la forma como resultó evaluada la evidencia encontrada. Se debe limitar, exclusivamente, a verificar que la providencia impugnada se apoyó en elementos fácticos razonables y, en consecuencia, que no constituyen, por este motivo, decisión arbitraria. En otras palabras, como ya se indicó, no es misión de esta Sala de tutela verificar si la valoración de la prueba fue más o menos correcta. Bastará para considerar que no hay vía de hecho judicial, con encontrar que existían elementos para precluir una investigación en contra de las mencionadas peritos.

Sentadas tales premisas, se transcriben a continuación apartes destacados de la providencia

dictada por la Fiscal 13 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, que develan su exacto contenido:

“Cuál era el deber jurídico de las peritos? El fundamento jurídico está en lo que su propia voluntad les demandó, aceptar la orden de un juez civil de elaborar una pericia, acto resolutivo contra el cual ya no podían sustraerse por expresa prohibición legal y so pena de incurrir en sanciones disciplinarias y penales.

“De tal forma que las expertas peritos actuaron movidas por tal convencimiento, no se probó dentro del proceso, que las sindicadas orientaron su comportamiento para subjetivamente favorecer o desfavorecer a alguna de las partes en contienda, simplemente se limitaron a elaborar la pericia con fundamento en la información que tenían a su alcance y dentro de los parámetros que fueron impuestos por el juez”.

“La pregunta obligada es : Si las peritos no cuentan con ese mecanismo idóneo y apropiado, entonces cómo elaboran la pericia? Una máxima del derecho enseña: “a lo imposible nadie esta obligado y el límite del deber jurídico es la posibilidad material de cumplirlo”. Si las peritos no contaban con las fuentes contables, o por lo menos las que tenían a su alcance no les brindaban confiabilidad necesaria para tenerla como fundamento de su estudio, entonces,¿ resultaba un imperativo que a pesar de ello elaboraban el dictamen con la precaria, desordenada e incompleta información que tenían?

Las normas jurídicas no gobiernan sociedades estáticas o mecanicistas, si no a conglomerados dinámicos y permanentemente cambiantes ,de manera que una estructura normativa, necesariamente debe adecuarse socialmente a esos fenómenos, lo contrario retrocedería el derecho a las oscuras fases del extremo exegetismo, basado simplemente en la constatación del contenido de las normas jurídicas , para confrontarlo utilitariamente con el comportamiento humano.

“Entonces, si las peritos tenían la obligación jurídica de realizar el dictamen ordenado por el juez civil y no tenían a mano la información contable adjetivizada como “ mecanismo idóneo y apropiado” entonces cómo hacer para llevar a cabo la pericia?.

La respuesta en principio saltaría a la vista, simplemente sustraerse de elaborarlo e informar al juez tal eventualidad? No, porque existía un conflicto social avante, que debía resolverlo o

estas peritos u otras designadas por el juez, pero siempre se encontrarían con el mismo talante, no existían libros de contabilidad y la información financiera era deficiente.

Por ello tampoco implicaba que pudieran aventurarse a emitir unas cifras a su antojo, si no que era necesario que buscaran la información financiera que pudieran sustentar las conclusiones que exigía el juez civil, la misma que por diversos medios fueron encontrando casi como una reconstrucción in abstractum pero objetiva, derivada de los medios que finalmente tenían a su alcance.

Ello implica que resultaba un imposible exigirle a las peritos que se sometieran in estrictum a las normas contables tan pregonadas por la fiscalía, justamente porque los medios idóneos a los que hace referencia no estaban a su alcance y no lo estaban, no porque ellas quisieran, sino porque esa fue la realidad fáctica que encontraron, ellas no se la inventaron. Entonces, cómo presumir que su dictamen era contrario a derecho? Acaso la instrucción enseñó objetivamente cuáles eran las verdaderas cifras a las que ascendían los daños y perjuicios reclamados por la parte demandada en aquél proceso?

Aquí se han ventilado multiplicidad de cifras, diferentes conceptos y criterios, pero nadie, en honor a la verdad, ha podido concluir definitivamente en lo absurdo y contrario a derecho de lo dictaminado por las procesadas, simplemente porque cada quien hace somera alusión de su propia interpretación personal, incluyendo obviamente al instructor, de cómo debería finalmente realizarse el dictamen.

Que las peritos confiaron en la buena fe del demandante? O que simplemente tomaron de él algunos datos para perjudicar al demandante? ¿cuál juicio de valor es el que frente a la estructura del prevaricato debe imperar, para arbitrariamente escoger si fueron o no responsables? Se insiste, ellas no se inventaron el desorden financiero y contable de la empresa demandada, ese fue el panorama que encontraron y sobre el cual ni esta Delegada, o el instructor, o los sujetos procesales, pueden constituir cualquier juicio en términos definitivos sobre los resultados del dictamen.

Por ello, aunque las normas contables juiciosamente citadas por la Fiscalía, orientadas por el denunciante y la parte civil no admitan discusión alguna, dada la dinámica propia e individual del caso concreto, ameritaban un análisis diferente, pues si bien y como lo dice el Consejo Técnico de Contaduría Pública, la contabilidad en su mecanismo idóneo para los efectos

pretendidos, en el análisis no se indica que sea la única fuente que deba nutrir este tipo de estudios, ya que simplemente se alude que es una fuente confiable, sin que se excluya por se otras fuentes que también permitieran arribar a la conclusión finalmente cuestionada en esta instrucción, como tampoco explican qué otros medios diferentes a la contabilidad organizada idónea y efectiva que no existía debían utilizar las peritos en orden a elaborar el estudio confiado.

Objetivamente la demandante debía indemnizar a la demandada, ¿cuál la cifra? Nadie en la investigación la ha podido concretar, se habla de diferentes sumas, pero ninguna ha contado con un verdadero respaldo a partir de las reglas que gobiernan los postulados técnicos científicos propios de la contabilidad: simplemente se dice frente al comportamiento de las peritos “han debido, pudieron hacer, las fuentes eran estas, los mecanismos idóneos se centran en estos”, no obstante, lo dictaminado por las peritos, no fue objeto de censura por parte del juez civil, quien avaló tales hallazgos , concluyendo que los mismos no contrariaban las normas contables y que la información era tan confiable que servía como soporte para adoptar la decisión que finalmente vinculó el poder resolutivo de la rama judicial. El juez no se dejó engañar, así claramente se observa en la providencia de condena a daños y perjuicios y en que entre otras decisiones negó la objeción por error grave en el dictamen. Puede ahora la Fiscalía, casi haciendo como juez civil, adoptar su propia posición frente a un trámite en el que las partes tuvieron la oportunidad de hacer valer sus derechos, como finalmente lo intentaron? Por el prurito de creer subjetivamente que pensamos más profundamente que el juez civil, podríamos concluir que también se equivocó cuando tomó la decisión de tener como soporte probatorio el mencionado dictamen?

En conclusión, si no se probó que el dictamen es contrario a la Ley, mal puede concluirse la tipicidad del delito de prevaricato por acción”.

De conformidad con lo anterior, la Sala encuentra que los fundamentos de la decisión judicial atacada por vía de tutela fueron razonados y se pueden condensar en los siguientes puntos:

1. El debate en el proceso penal contra las peritos, se reducía a dos problemas jurídicos muy concretos: si el dictamen elaborado por las procesadas era contrario a la ley y, segundo, si aquellas actuaron o no con dolo de tipo.

2. No se probó dentro del proceso que las sindicadas hubieran orientado subjetivamente su comportamiento a favorecer o perjudicar a alguna de las partes en contienda, pues se limitaron a elaborar la pericia con fundamento en la información que tenían a su alcance y dentro de los parámetros dispuestos por el juez.

3. Ante la disyuntiva de la obligación de realizar el peritazgo y las inconsistencias de la contabilidad, no podían las peritos simplemente abstenerse de realizar su deber legal, sino que era necesario que buscaran la información financiera que pudiera sustentar la orden del juez civil dentro del proceso de regulación de perjuicios.

4. Ni el denunciante, ni la fiscalía instructora, demostraron de manera objetiva cuál era el verdadero monto de los daños y perjuicios.

5. Aunque la contabilidad sea un mecanismo idóneo para los efectos pretendidos en la actuación civil, como lo afirma el Consejo Técnico de Contaduría Pública, en el análisis no se indica que sea la única fuente que deba guiar este tipo de estudios, ya que simplemente se alude a que es una fuente confiable, sin que se excluyan otras.

6. El accionante asegura que la única fuente legal para tasar perjuicios a favor de un comerciante, es la contabilidad llevada en legal forma. Apoya esa conclusión en lo dispuesto por varios artículos de los Códigos de Comercio y Procedimiento Civil. Pero ocurre que, conforme a una interpretación lógica y sistemática de los ordenamientos citados, la contabilidad del comerciante no tiene la exclusividad probatoria que el denunciante le atribuye, tal como más adelante se explicará.

7. El juez civil dentro del proceso de regulación de perjuicios, avaló en su momento los montos de la estimación de los mismos, tanto en la providencia que contiene la condena al pago de los perjuicios, es decir en la que resolvió el incidente, como en la que negó la objeción por error grave del dictamen. La Fiscalía no podía, como si obrara de juez civil, adoptar su propia posición en un litigio en el que las partes ejercieron su derecho de contradicción.

8. Si no se probó que el dictamen es contrario a la Ley, mal puede concluirse la tipicidad del delito de prevaricato por acción.

Esta Sala desarrolla tales premisas de la siguiente manera:

a. El delito de prevaricato sólo admite la modalidad dolosa

Esta Sala, como se expuso al precisar el problema jurídico, debe evaluar únicamente si el proceder de la Fiscal 13 Delegada al dictar el fallo que precluyó la investigación penal contra las peritos contables, vulneró los derechos fundamentales de la parte demandante.

El accionante considera que la providencia enjuiciada ignoró el material probatorio que claramente demostraba que las peritos incurrieron en una conducta típicamente ilícita por haber realizado un peritazgo, tasando el valor de los perjuicios, a pesar de que la contabilidad de la parte incidentante no se llevaba conforme a la ley.

Sin embargo, a juicio de esta Sala, la decisión judicial acusada consideró con sólidas razones (i) que el delito de prevaricato exige el dolo del acusado, lo que no se probó en este caso y (ii) una conducta contraria a la ley, circunstancia que tampoco se demostró en el proceso penal instaurado contra las peritos. Al respecto, la providencia atacada dispuso:

“De manera reiterada ha sostenido esta Delegada, que de conformidad con el artículo 413 del Código Penal, incurre en el delito de prevaricato por acción el servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, adverbio éste que debe ser entendido como una ostensible, evidente y protuberante contrariedad del acto funcional con la disposición legal aplicable al caso o con la realidad procesal. En consecuencia, deben descartarse como tales los asuntos susceptibles de variados enfoques jurídicos, los pronunciamientos válidamente sostenibles o los sustentados en una atendible interpretación jurídica”.

(...)

... “.Si no se probó dentro de la instrucción que su comportamiento se alejó de la ley o los postulados técnicos científicos, mucho menos puede decirse que actuaron con la intención dañina para tal cometido”.

Ciertamente, ha sido pacífica la jurisprudencia y la doctrina al establecer que para la configuración del delito de prevaricato por acción, conducta que se endilgaba a las peritos y que en virtud de la decisión judicial atacada precluyó, se requiere en primer lugar confrontar

la conducta con el mandato legal. Hecho lo cual, debe demostrarse que, de haber discordancia entre los extremos comparados, ésta obedece a un actuar doloso; quiere decir, que la interpretación, los criterios errados o una concepción equivocada de una norma no constituyen la conducta típica. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia, cuando ha dispuesto que:

“El delito de prevaricato solo admite la modalidad dolosa, y el dolo es, de una parte conocimiento y comprensión de la tipicidad objetiva y de la antijuridicidad de la conducta; y de la otra, querer, es decir, voluntad de realizar ese comportamiento que se sabe ilícito. Para efectos del prevaricato se requiere, entonces, primero que el actor tenga conciencia de que con su actuar transgredí ostensiblemente la normatividad, de que con su acción causa daño o riesgo para un bien jurídico tutelado, y segundo, que teniendo claro lo anterior, opte por dirigir voluntariamente su comportamiento hacia la lesión. (Auto de Enero 25 de 2003, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Ponente. Alvaro Orlando Pérez Pinzón. Expediente 17871).

En otro pronunciamiento, también la Corte Suprema de Justicia había sostenido:

“La estructuración del delito de prevaricato supone, en primer lugar, que la resolución o dictamen que profiera el servidor público esté en ostensible o manifiesta contradicción con las normas de derecho aplicables al caso respectivo. Y en segundo, la existencia de la voluntad consciente del funcionario encaminada a realizar la transgresión. En consecuencia, cuando la disparidad entre la resolución o dictamen y la ley es proveniente de una equivocada interpretación de convencimiento erróneo, de fatal de cuidado, de inexperiencia o de cualquier otra circunstancia eliminadora del dolo del prevaricato, el delito no se configura. Se hablará, entonces, de un pronunciamiento o dictamen contrario a derecho, pero no de un comportamiento prevaricador del empleado oficial” (negrillas fuera del texto) sentencia de octubre 17 de 1997, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Ponente Carlos Mejía Escobar. Expediente 11716.

Quiere decir, que el dolo no puede inferirse ni suponerse, sino que debe aparecer plenamente demostrado, y en la actuación que se investigaba no existía, a juicio de la Fiscal 13, ningún indicio de una conducta dolosa. De allí que la decisión cuestionada estimara lo siguiente:

“Aquí se han ventilado multiplicidad de cifras, diferentes conceptos y criterios, pero nadie, en honor a la verdad, ha podido concluir definitivamente en lo absurdo y contrario a derecho de lo dictaminado por las procesadas, simplemente porque cada quien hace somera alusión de su propia interpretación personal, incluyendo obviamente al instructor, de cómo debería finalmente realizarse el dictamen.

Que las peritos confiaron en la buena fe del demandante? O que simplemente tomaron de él algunos datos para perjudicar al demandante? ¿cuál juicio de valor es el que frente a la estructura del prevaricato debe imperar, para arbitrariamente escoger si fueron o no responsables? Se insiste, ellas no se inventaron el desorden financiero y contable de la empresa demandada, ese fue el panorama que encontraron y sobre el cual ni esta Delegada, o el instructor, o los sujetos procesales, pueden constituir cualquier juicio en términos definitivos sobre los resultados del dictamen.”

Igualmente, en otro aparte concluyó:

“Con lo anterior, resulta más sencillo concluir en la ausencia de dolo de las procesadas, si no se probó dentro de la instrucción que su comportamiento se alejó de la ley o los postulados técnicos científicos mucho menos puede decirse que actuaron con la intención dañina para tal cometido.”

En suma, la decisión de la Fiscal 13 Delegada no adolece de los vicios reclamados por los accionantes, quienes pretenden demostrar que en ella se ignoró el material probatorio que conducía a la demostración de una conducta dolosa por haberse realizado el peritazgo a pesar de que la contabilidad de la empresa no se llevaba conforme a la ley. Ello, bajo el supuesto equivocado, de que la única fuente legal para tasar perjuicios a favor de un comerciante, se contrae a la contabilidad llevada en legal forma. Es por consiguiente, el tema que la Sala analiza a continuación.

b. En el ordenamiento jurídico colombiano no existe tarifa legal. Existen libertad probatoria y libre valoración de la prueba

Considera el accionante que en la decisión cuestionada se advierte un defecto sustantivo por cuanto la decisión de la Fiscal 13 Delegada al precluir la investigación penal, es contraria a los mandatos legales que rigen la actividad probatoria, el ejercicio contable y la

prueba pericial.

Sea lo primero advertir que en nuestro sistema procesal colombiano, no existe tarifa legal probatoria. Que exista la obligación de que el comerciante lleve libros de comercio, que éstos deben llevarse conforme a ciertos formalismos y que la ausencia de estos formalismos constituya prueba en contra del comerciante o le impida probar, son obligaciones y consecuencias para el comerciante, mas no para el perito. No existe, como lo sostuvo la providencia cuestionada, disposición en nuestro ordenamiento jurídico que obligue al perito a ceñirse únicamente a la contabilidad para determinar la existencia de perjuicios. Mas aún, en roles tan complejos y determinantes como el de promotor, figura creada en la Ley 550 de 1999 para la reestructuración de créditos de comerciantes, se autoriza expresamente a dicho promotor, separarse de los balances y registros de contabilidad y acudir a testimonios y documentos externos o internos, para establecer el verdadero estado patrimonial de la empresa.

El tema fue tratado en la providencia objeto de cuestionamiento en sede de tutela, en la que se señaló:

“Por ello, aunque las normas contables juiciosamente citadas por la Fiscalía, orientadas por el denunciante y la parte civil no admitan discusión alguna, dada la dinámica propia e individual del caso concreto, ameritaban un análisis diferente, pues si bien y como lo dice el Consejo Técnico de Contaduría Pública, la contabilidad en un mecanismo idóneo para los efectos pretendidos, en el análisis no se indica que sea la única fuente que deba nutrir este tipo de estudios, ya que simplemente se alude que es una fuente confiable, sin que se excluya por se otras fuentes que también permitieran arribar a la conclusión finalmente cuestionada en esta instrucción, como tampoco explican qué otros medios diferentes a la contabilidad organizada idónea y efectiva que no existía debían utilizar las peritos en orden a elaborar el estudio confiado.”

La jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha abordado el tema al señalar que impera la libertad probatoria adoptada por nuestro régimen procesal civil, que abandonando el sistema de tarifa legal ha acogido desde 1971 el principio de la libertad de la prueba, el principio inquisitivo en la ordenación y práctica de las pruebas y el principio de la evaluación o apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica (artículos 37,167,175,187, y

demás normas concordantes del Código de Procedimiento Civil). En este sentido, el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil es elocuente cuando dice:

“Artículo 175. Medios de prueba. Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

“El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio.” (Resalta la Corte)

Esta regulación del sistema probatorio por el Derecho Procesal Civil, ha dicho la Corte, es la que desarrolla fidedignamente los postulados y valores de la Constitución, puesto que permite asegurar la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (artículo 228) e incorporar la equidad y los principios generales del derecho a las decisiones judiciales (artículo 230). Con la adopción de los principios de la libertad probatoria, de la apreciación o valoración según la sana crítica y el inquisitivo probatorio, se supera definitivamente el sistema de la tarifa legal que ataba al juez a un marco preestablecido por el legislador sin ninguna posibilidad de realizar una valoración crítica lo que implicaba la prevalencia de las apariencias formales sobre la verdad. De esta manera, en el actual sistema probatorio, el juez y las partes tienen a su disposición una amplia libertad para asegurar que en las decisiones judiciales impere el derecho sustancial, la verdad real y la justicia material.¹⁵

En concordancia con el artículo 175, el artículo 187 del mismo estatuto dispone:

A su turno, el artículo 236 también del Código de Procedimiento Civil, prescribe:

“El juez resolverá sobre la procedencia del dictamen, y si lo decreta, determinará los puntos que han de ser objeto del mismo, de acuerdo con el cuestionario de las partes y el que de oficio se considere conveniente formular”.

En el artículo 237 se lee:

“Los peritos examinarán conjuntamente las personas o cosas objeto del dictamen.

Finalmente, en relación con la condena al pago de perjuicios, establece el artículo 307 del estatuto en cita:

“... Cuando el juez considere que no existe prueba suficiente para la condena en concreto, decretará de oficio, por una vez, las pruebas que estime necesarias para tal fin”.

Las disposiciones legales parcialmente transcritas, dejan ver (i) en primer lugar que es evidente que en nuestro ordenamiento jurídico existe libertad probatoria, lo que debe entenderse como la autorización para demostrar los hechos con cualquier medio de prueba. Es decir, no existe tarifa legal; (ii) En segundo lugar, es meridianamente claro que para probar los perjuicios, ninguna ley exige solemnidad especial alguna, existiendo además libre valoración de la prueba, que debe ser examinada en conjunto; (iii) En tercer lugar, es claro que la actuación de las peritos está limitada y condicionada por el cuestionario que les formula el juez, quien, a su vez, incorpora los formulados por las partes interesadas.

De modo que la opinión del accionante, según la cual la única prueba para la determinación de existencia y valoración de los perjuicios, es la contabilidad, carece absolutamente de respaldo legal, y en consecuencia, la decisión de la Fiscal 13 al sostener que no existió prevaricato por que no había una conducta demostrada contraria a la ley tiene todo el respaldo en las normas pertinentes.

Lo anterior permite concluir que no existía en este caso, tal como lo señaló el fallo cuestionado, un mandato legal con qué confrontar la supuesta conducta ilícita de las peritos y el hipotético prevaricato por ellas cometido. Por ende, no existe prohibición legal y expresa que hubiesen violado las peritos. El propio juez civil del incidente de perjuicios, al despachar el punto en el marco de decisión de la objeción por error grave, cita la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en la que consigna: “en ese orden de ideas, y como quiera que la metodología por la que pueden optar los peritos para efectos de cumplir el encargo asignado está por fuera de cualquier previsión legal”. (Sentencia 106 de 1999)

Luego, mal puede afirmarse que el fallo dictado por la Fiscal 13 adolezca de vicios en punto a la valoración que se hizo del tipo penal que se endilga a las peritos evaluadoras, por cuanto la decisión estuvo fundada en que (i) no se probó el dolo propio del prevaricato por acción y (ii) no existía siquiera demostración de conducta contraria a ley.

La demanda de tutela intenta igualmente sostener, que la decisión enjuiciada no tuvo en cuenta las pruebas relacionadas con el concepto del Consejo Técnico de Contaduría y por ello, se incurrió en vía de hecho por defecto fáctico. Valga decir, que el concepto del Consejo Técnico de Contaduría, no es un extremo a considerar para efecto de calificar la conducta de las peritos y al respecto, sólo basta citar los considerandos del fallo atacado cuando indicó que “ si bien y como lo dice el Consejo Técnico de Contaduría Pública, la contabilidad en su mecanismo idóneo para los efectos pretendidos, en el análisis no se indica que sea la única fuente que deba nutrir este tipo de estudios, ya que simplemente se alude que es una fuente confiable, sin que se excluya per se otras fuentes que también permitieran arribar a la conclusión finalmente cuestionada en esta instrucción, como tampoco explican qué otros medios diferentes a la contabilidad organizada idónea y efectiva que no existía debían utilizar las peritos en orden a elaborar el estudio confiado.”

Ahora bien, otra arista de razonamiento por parte de la Fiscal 13 Delegada, también cuestionada por la parte demandante, la constituye su sólida argumentación en torno al proceder de las peritos siguiendo el mandato del juez civil. Para el accionante, la providencia objeto de tutela incurre en un defecto sustantivo al no tener en cuenta que las peritos habían violado las normas contables probatorias e incurrido en una conducta típica, al tasar unos perjuicios con una contabilidad no llevada en legal forma. Ciertamente, se lee en el expediente, que uno de los puntos del cuestionario que debían seguir las peritos decía :

“Los peritos contadores públicos que acreditarán su título y su experiencia, con base en lo obrante en el expediente, se servirán determinar el valor real de los perjuicios con la debida indexación, previendo los frutos civiles que hubieren podido producir los bienes embargados con objeto del proceso ejecutivo mixto que dio lugar a la presente liquidación de perjuicios”.

Luego una cosa es ordenar que los perjuicios se determinen con base en una contabilidad, o que sólo se determinen en caso de que la contabilidad esté llevada en legal forma y otra, bien distinta, ordenar que se tasen con base en lo obrante en el expediente. La decisión de la Fiscal 13 no soslayó el tema y sostuvo:

“Entonces, si las peritos tenían la obligación jurídica de realizar el dictamen ordenado por el juez civil y no tenían a mano la información contable adjetivizada como “ mecanismo idóneo y apropiado”entonces cómo hacer para llevar a cabo la pericia?.

La respuesta en principio saltaría a la vista, simplemente sustraerse de elaborarlo e informar al juez tal eventualidad? No, porque existía un conflicto social avante, que debía resolverlo o estas peritos u otras designadas por el juez, pero siempre se encontrarían con el mismo talante, no existían libros de contabilidad y la información financiera era deficiente.

Por ello tampoco implicaba que pudieran aventurarse a emitir unas cifras a su antojo, si no que era necesario que buscaran la información financiera que pudieran sustentar las conclusiones que exigía el juez civil, la misma que por diversos medios fueron encontrando casi como una reconstrucción in abstractum pero objetiva, derivada de los medios que finalmente tenían a su alcance. Ello implica que resultaba un imposible exigirle a las peritos que se sometieran in estrictum a las normas contables tan pregonadas por la fiscalía, justamente porque los medios idóneos a los que hace referencia no estaban a su alcance y no lo estaban, no porque ellas quisieran, sino porque esa fue la realidad fáctica que encontraron, ellas no se la inventaron. Entonces, cómo presumir que su dictamen era contrario a derecho? Acaso la instrucción enseñó objetivamente cuáles eran las verdaderas cifras a las que ascendían los daños y perjuicios reclamados por la parte demandada en aquél proceso”.

Si era claro entonces, como lo anotó la decisión enjuiciada que la conducta de las peritos no era contraria a las disposiciones generales que sobre el régimen probatorio consagra el Código de Procedimiento Civil, ni a las disposiciones especiales que regulan la prueba pericial; que en materia probatoria de perjuicios no existe un régimen de tarifa legal como lo reclama el accionante; que el cuestionario le ordenaba tener como base del dictamen la información obrante al expediente, que no fue tachado de falso por la parte interesada, quien, por lo demás, no se opuso a la forma como fue impartida la orden a las peritos, es forzoso concluir que no es la decisión de la Fiscal 13 un fallo arbitrario y constitutivo de vía de hecho.

c. Los argumentos que sirvieron para sostener el peritaje fueron acogidos por el Juez Civil del Circuito en el incidente de regulación de perjuicios

El Juez Segundo Civil del Circuito de San Andrés y Providencia al decidir el incidente de regulación de perjuicios, teniendo en cuenta la objeción que por error grave presentara la parte que promovió el incidente, en auto de 1 de julio de 2004, es decir, antes incluso de que

se presentara la denuncia penal contra las peritos,¹⁶ sostuvo que no obstante que la contabilidad no cumplía con las normas contables vigentes para el momento, era evidente que dentro del expediente reposaban documentos que permitían tasar el monto de los perjuicios. Dada la importancia de sus consideraciones, las cuales, fueron tenidas en cuenta por el fallo cuestionado, se transcriben a continuación.

“Observa el Despacho que el dictamen, que los peritos señalaron: (pag. 6) “...concluimos que los registros y los soportes no son suficientes para considerar que la contabilidad se llevó de acuerdo a las normas contables vigentes en el momento”, esta afirmación no quiere decir que no se llevara una contabilidad o que no reposen documentos de los cuales se pudiera _determinar perjuicios”.

“Es claro que al no encontrarse una contabilidad llevada en debida forma debían colocarse en una situación promedio para llegar a cumplir con los requerimientos de este Despacho”.

“Podemos entonces concluir dos situaciones: una, que el dictamen fue claro para el Despacho quedando debidamente demostrado que éste no se basó en las apreciaciones del demandante, y que las documentales tenidas como objeto de estudio para el resultado dado no fueron tachadas de falsas situación por lo cual se declarará improcedente la tacha por error grave; y en segundo lugar, que efectivamente las medidas cautelares causaron perjuicios a la sociedad demandada dentro del proceso ejecutivo Inversiones Waked y Cia. S. en C.S.”.

“Por otro lado observamos en el expediente el contrato de arrendamiento, pagaré, letras y promesas de compraventa que en ningún momento fueron tachadas de falsa y que de éstas se podía determinar con seguridad los Perjuicios causados por incumplimiento de cada una de las obligaciones que allí estableciera, a pesar que la apoderada judicial del Banco de Bogotá se limitó a establecer que su representada no reconocía la autenticidad de los documentos aportados con la demanda.” (Subrayas fueras de texto).

Y en otro aparte de ese documento se indicó :

El Despacho hace resaltar, que al no haberse presentado tacha alguna sobre los documentos que las señoras peritos estudiaron para tomar su decisión, éstos tienen pleno valor sobre las sumas de dinero en él relacionadas. Por tal virtud, se repite, todos los documentos aportados

con el incidente de regulación de perjuicios, y los tomados para estudio por parte de las señoras auxiliares de la justicia, dan al despacho la certeza sobre la condena que haya de imponerse, como en efecto se imponen...”

Por su parte, la decisión cuestionada por vía de hecho en este caso sostuvo:

“Objetivamente la demandante debía indemnizar a la demandada, ¿cuál la cifra? Nadie en la investigación la ha podido concretar, se habla de diferentes sumas, pero ninguna ha contado con un verdadero respaldo a partir de las reglas que gobiernan los postulados técnicos científicos propios de la contabilidad: simplemente se dice frente al comportamiento de las peritos “han debido, pudieron hacer, las fuentes eran estas, los mecanismos idóneos se centran en estos”, no obstante, lo dictaminado por las peritos, no fue objeto de censura por parte del juez civil, quien avaló tales hallazgos, concluyendo que los mismos no contrariaban las normas contables y que la información era tan confiable que servía como soporte para adoptar la decisión que finalmente vinculó el poder resolutivo de la rama judicial. El juez no se dejó engañar, así claramente se observa en la providencia de condena a daños y perjuicios y en que entre otras decisiones negó la objeción por error grave en el dictamen. Puede ahora la Fiscalía, casi haciendo como juez civil, adoptar su propia posición frente a un trámite en el que las partes tuvieron la oportunidad de hacer valer sus derechos, como finalmente lo intentaron? Por el prurito de creer subjetivamente que pensamos más profundamente que el juez civil, podríamos concluir que también se equivocó cuando tomó la decisión de tener como soporte probatorio el mencionado dictamen?

Lo que indica, que si en su momento, no se tachó la forma como debían determinarse los perjuicios, ni se tacharon de falsos los documentos obrantes en el expediente que sirvieron de fundamento a las peritos para la tasación de los perjuicios, y si según los datos del expediente, no prosperó la tutela que se inició contra la sentencia que definió el incidente de regulación de perjuicios, mal puede ahora recurrirse a una equivocada apreciación probatoria y a la ignorancia en las normas contables, para concluir que la actuación de la Fiscal 13 ha debido condenar a las peritos por el delito de prevaricato.

Es evidente que la inactividad de los accionantes en el trámite del incidente de perjuicios, dejando de oponerse a la forma como fue redactado el cuestionario por el juez y omitiendo la tacha de los documentos obrantes al expediente, no podía subsanarse acudiendo a la

jurisdicción penal primeramente e intentando demostrar posteriormente la existencia de vías de hecho en la actuación de la autoridad penal.

En orden a lo anterior, es claro que en el presente caso no se puede achacar a la decisión de la Fiscal 13 Delegada ante el Tribunal Superior, haber incurrido en vía de hecho por defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio, toda vez que tanto el análisis plasmado en el fallo, como las conclusiones que se derivaron de éste tuvieron como precedente un análisis juicioso y enmarcado en la normatividad y de la situación misma del proceso. Tampoco se observa que la decisión de la Fiscal 13 encuadre en alguna de las causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, y en especial, no se advierte un defecto sustantivo o una falta de motivación evidente.

En consecuencia, se confirmarán los fallos de instancia, por las razones expuestas en este proveído.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero. REANUDAR los términos que se habían suspendido mediante auto de 22 de marzo de 2007.

Segundo CONFIRMAR por las razones expuestas en este fallo, la sentencia proferida el 4 de octubre de 2006 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia

Tercero . Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

CON ACLARACIÓN DE VOTO

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

NILSON PINILLA PINILLA A LA SENTENCIA T-1066 DE 2007

Referencia: expediente T-1.477.020

Acción de tutela del Banco de Bogotá S.A., contra la Fiscalía 13 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá

Magistrado ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Habiendo votado positivamente y firmado el proyecto presentado en este caso por el Magistrado ponente, estimo necesario consignar por escrito una muy sucinta aclaración sobre el sentido de mi voto en el presente asunto.

Si bien participo de la resolución adoptada, por cuanto comparto la percepción de que no existían razones que justificaran la invalidación del pronunciamiento de la Fiscalía accionada, debo aclarar mi voto pues siempre he disentido frente al enfoque amplificado de la noción de “vía de hecho” y en relación con algunas de las argumentaciones que se exponen para arribar a la decisión adoptada.

Particularmente, tal como lo he explicado con más amplitud frente a otras decisiones¹⁷, no comparto el alcance, en mi opinión desbordado, que con frecuencia se reconoce por parte de la Corte Constitucional a la acción de tutela contra decisiones judiciales, y que en el caso de

la sentencia a que me vengo refiriendo se pone de presente en la cita que se efectúa (páginas 12 a 14) de la sentencia C-590 de junio 8 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, de cuyas consideraciones discrepo parcialmente desde cuando fue expedida.

Mi desacuerdo con dicha sentencia, que el actual fallo invoca como parte de la fundamentación, radica en el hecho de que, en la práctica, especialmente las llamadas “causales especiales de procedibilidad” a que dicha providencia se refiere en su punto 25, abarcan todas las posibles situaciones que podrían justificar la impugnación común contra una decisión judicial, dejando así la imagen de que esta Corte estima que la acción de tutela constituye un recurso complementario, añadible a los establecidos en el proceso de que se trata.

Con ello, la solicitud y trámite de la acción de tutela al amparo de tales enunciados, deviene simplemente en una (o más) nueva(s) oportunidad(es) que se confiere(n) a quien se ha visto desfavorecido por la decisión adoptada por el juez competente, o lo que es lo mismo, en una (o varias) instancia(s) adicional(es), no prevista(s) en absoluto en el respectivo proceso debido, situación que difiere, de lejos, del propósito de protección subsidiaria a los derechos fundamentales que animó al constituyente de 1991, que vino a quedar reflejado en el artículo 86 superior.

Además, no sobra acotar que si bien esta corporación con fundamento en la sentencia C-590 de 2005 aduce sistematizar una línea jurisprudencial construida y decantada a partir de las consideraciones que se dejaron planteadas en la sentencia C-543 de 1992, ello no es exacto, ya que en realidad ese pronunciamiento¹⁸, de suyo sólo argüible frente a la casación penal por ser ésta la institución regulada en el precepto parcialmente declarado inexecutable (art. 185 L. 906 de 2004), se ha interpretado como si postulara lo contrario de lo que quedó decidido en la C-543 de 1992.

En efecto, mientras que en esa providencia de 1992 se consideró, con firmeza de cosa juzgada constitucional (art. 242 Const.), que no pudo ser quebrantada, que la tutela contra decisiones judiciales atentaba contra la seguridad jurídica y contra otros importantes valores constitucionales, como el “principio democrático de la autonomía funcional del juez”, “la independencia y desconcentración que caracterizan a la administración de justicia” y “la función garantizadora del Derecho” que cumple el proceso, y en consecuencia se declaró

inexequible la preceptiva que reglamentaba tal posibilidad, en la C-590 de 2005 se presenta un amplio listado de situaciones, creyéndose que de inferirse la materialización de alguna de ellas, de por sí está permitida la tutela contra la decisión judicial, cual si fuera un recurso ordinario más, con lo cual se ha desquiciado gravemente su carácter excepcionalísimo y, en la práctica, se ha abatido la seguridad jurídica, que es también un derecho fundamental.

Por lo anterior, dado que la decisión adoptada con mi acuerdo y participación incluye algunas consideraciones a las que se podría otorgar alcances de tal índole, que no comparto, aclaro el voto en el caso de la referencia.

Con mi acostumbrado respeto,

Fecha ut supra

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

1 Dispone la norma en cita: “La sustitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. A falta de esta expresión se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto”.

2 Sentencia T-233 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

3 Sentencia T-173 de 1993 M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

4 Sentencia T-504 de 2000 M. P: José Gregorio Hernández Galindo.

5 Sentencia T-008 de 1998 y SU de 2000

6 Sentencia T-658 de 1998 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

7 Sentencias T-088 de 1999 y SU-1219 de 2001.

8 Sentencia T-522 de 2001 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

9 Sentencias T-462 de 2003; SU 1184 de 2001; T-1625 de 2000 y T- 1031 de 2001.

10 T-118 de 1995, T- 1216 de 2005 y T- 701 de 2004 , entre otras.

11 Sobre este punto, ver entre otras, las sentencias C-371 de 1994, C-496 de 1994. Fundamento jurídico No 3, C-389 de 1996, fundamento 2, C-1436 de 2000, C-1106 de 2001, Fundamento 4, y C-426 de 2002, Fundamento 3.7.

12 T-055/97 (Eduardo Cifuentes Muñoz).

13 T-1216- 2005, T- 118 de 1995.

14 Sentencia T-1110 de 2005.

15 C- 243 de 2001 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

16 Folio 59 del cuaderno original.

17 Ver, entre otros, los salvamentos de voto del suscrito Magistrado sobre las sentencias T-590, T-591, T-643 y T-840 de 2006; T-247, T-680 y T-794 de 2007; T-402, T-417, T-436 y T-891 de 2008, así como frente a los autos A-222 y A-256 de 2006 y A-045 de 2007. Igualmente, entre otras, aclaración de voto ante la sentencia T-987 de 2007.

18 C-590 de 2005.