



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Unidad Judicial de la Sala Especial de Primera Instancia

**RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ**  
Magistrado Ponente

**AEP: 00019-2019**

**Radicado: 52305**

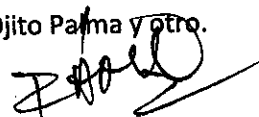
**Aprobado Acta N° 014**

Bogotá D.C., febrero once (11) de dos mil diecinueve.

La Fiscalía Séptima Delegada ante esta Corporación, solicita la preclusión de la indagación que viene adelantando en contra de los doctores Julio Antonio Ojito Palma y Jorge Eliécer Cabrera Jiménez, en su condición de exmagistrado y magistrado actual, respectivamente, de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, por la posible comisión de la conducta punible de prevaricato por acción, prevista en el artículo 413 del Código Sustantivo Penal.

**I. De la solicitud de la Fiscalía.**

El representante del ente acusador da a conocer, en primer lugar, las razones que dieron origen a la presente indagación, relacionadas con la expedición de un fallo de tutela, en el que, una sala mayoritaria de decisión, de la Sala Penal del Tribunal



Superior de Barranquilla, integrada por los doctores Julio Antonio Ojito Palma y Jorge Eliécer Cabrera Jiménez, el día 20 de mayo de 2015, dispuso no tutelar los derechos fundamentales reclamados como vulnerados por quien dijo ser el representante legal de la entonces alcaldesa de aquella ciudad, doctora Elsa Noguera de la Espriella.

La demanda de tutela estaba dirigida en contra de los titulares de los Juzgados Once Penal Municipal y Tercero Penal del Circuito de Barranquilla. El primero, por haber impuesto una sanción por desacato en contra de la citada mandataria municipal, dado el incumplimiento de un fallo de tutela que la obligaba a cancelar unas mesadas a los pensionados de aquel distrito; el segundo, por confirmar dicha decisión, cuando conoció en consulta de la misma.

Y como la decisión de tutela en cuestión no fue del agrado de la administración municipal, la mandataria, a través de apoderada, formuló denuncia de carácter penal en contra de los referidos Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla (fls. 37 a 60 cuaderno anexos 2); motivo por el cual, el 17 de junio de 2015, se creó la correspondiente noticia criminal, por parte de la Fiscal Sexta Delegada ante esta Corporación (fls. 203 a 210 cuaderno anexos 2), para dar cumplimiento a esa obligación constitucional y legal de adelantar el ejercicio de la acción penal<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Constitución Política, art. 250, modificado por el Acto Legislativo 03/02, art. 2°. Ley 906/04, arts. 66 y 114-1.

Debía entonces establecer la Fiscalía, al decir de su delegado, si el proceder funcional de los referidos magistrados, en relación con lo decidido en mayo 20 de 2015, se reflejaba como un proceder abiertamente contrario a derecho, que llevase a concluir que con esa actividad se pudo haber realizado el injusto típico a que alude el precepto 413 del Código de las Penas, esto es, el prevaricato por acción.

Después del acopio de abundantes elementos materiales probatorios y evidencias físicas, que inclusive generó el interrogatorio de los magistrados investigados, al tenor de lo previsto en el artículo 282 de la Ley 906 de 2004 (fls. 3-8 cuaderno anexo 6), pretende ahora el representante del ente acusador, se decrete la preclusión de la investigación, con fundamento en la causal cuarta del artículo 332 de la vigente ley procesal penal; como quiera que, en su criterio, el hecho investigado no es típico, tanto desde el punto de vista objetivo, como subjetivo, para lo cual trae a colación una serie de argumentos que sirven de soporte a su pretensión, los cuales se reseñan a continuación.

Advierte, en primer lugar, que conforme lo consideró la Sala mayoritaria del Tribunal Superior de Barranquilla, no se presentó defecto orgánico en la decisión emitida por el Juzgado Once Penal Municipal de aquella ciudad, por cuanto tenía competencia para ello, en virtud de haber sido la autoridad que conoció de la tutela interpuesta por los jubilados del distrito de Barranquilla.

RAMO

Que tampoco se generó irregularidad alguna por parte del despacho que conoció de la consulta de aquella decisión, esto es, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la citada localidad, como quiera que el caso le fue repartido debidamente, para lo cual el Tribunal se amparó en precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En segundo lugar, como se alegaba igualmente por el representante del ente territorial (Alcaldía de Barranquilla) un defecto procedimental, la Sala mayoritaria advirtió que ello no era cierto, como quiera que se verificó que en efecto, la mandataria municipal fue enterada oportunamente sobre la apertura del incidente de desacato, motivo por el cual se le requirió<sup>2</sup> igualmente para que informara si había dado cumplimiento al fallo de diciembre 19 de 2006 y que, en caso de no haberlo hecho, explicara las razones de orden legal para no haber procedido conforme lo había ordenado un juez constitucional, por vía de tutela; habiéndose obtenido respuesta por parte de la requerida, a quien se le notificó igualmente la providencia que decidió el incidente.

En relación con el supuesto defecto fáctico, como tercer reparo y que también se alegaba por la accionante, al sostener que se habían tergiversado los hechos por parte de los jueces en sus decisiones, la Sala mayoritaria concluyó que tal defecto no existió, como quiera que los citados funcionarios no omitieron el análisis de las pruebas, ni de las alegaciones presentadas por las partes, sino que por el contrario, de acuerdo con su

---

<sup>2</sup> Fl. 148 Anexo N° 3.

independencia judicial, estimaron que la alcaldía distrital de Barranquilla, no había acreditado el pago de las mesadas dejadas de cancelar a los pensionados.

Por otro lado, advierte como cuarto punto el delegado del ente acusador, que el Tribunal tampoco consideró de recibo el pedido de nulidad hecho por la demandante, bajo el supuesto de que los jueces en cuestión no tuvieron en cuenta los medios de conocimiento con los que se hubiese podido establecer la falta de responsabilidad subjetiva de la accionada; ello como quiera que, precisamente, el señor Juez Tercero Penal del Circuito llamó la atención para indicar que las decisiones anteriores se habían tomado sin hacer un estudio puntual sobre la verificación del cumplimiento a lo ordenado en la sentencia primaria de tutela, al punto que el incumplimiento se evidenciaba en la ausencia de los actos administrativos que en su momento debió expedir la alcaldía distrital de Barranquilla, para demostrar que en efecto había acatado lo ordenado por los jueces constitucionales, cuando resolvieron la tutela interpuesta por los jubilados de aquella ciudad capital.

En este orden de ideas, en quinto lugar, indicó también el funcionario fiscal que el Tribunal no consideró configurado el defecto material sustantivo, invocado por la accionante, cuando pretendió neutralizar las decisiones emitidas por los Juzgados Once Penal Municipal y Tercero Penal del Circuito de Barranquilla, dado que el problema jurídico puntual abordado por los funcionarios en cuestión, era establecer si el ente territorial del orden municipal, dentro del término señalado en el fallo de tutela, había expedido los actos administrativos

correspondientes que evidenciaran el acatamiento a la orden judicial constitucional, o si no lo hizo y, ante la verificación de la actitud negativa, se generó el trámite incidental y la consiguiente sanción.

Que, de la misma manera y como sexto tema, los magistrados denunciados consideraron que no había error en el actuar de los funcionarios cuestionados, como quiera que estos fundamentaron sus decisiones en los elementos de convicción que oportunamente suministraron las partes, verificando que en efecto lo dispuesto en el numeral 3° del fallo de tutela de 19 de diciembre de 2006, no se había cumplido.

En punto a la posible existencia de una vía de hecho por indebida motivación, en que pudieron haber incurrido los funcionarios que impusieron la sanción por desacato en contra de la mandataria municipal –que es la séptima observación–, advierte el delegado fiscal que la Sala mayoritaria no lo consideró así, como quiera que las decisiones cuestionadas contenían suficientes argumentos legales y fácticos, que acreditaban la vulneración de las garantías fundamentales de los accionantes, en consideración a que la administración municipal no había dado cumplimiento al fallo que amparó los derechos de rango constitucional de aquellos, echándose de menos los actos administrativos individuales, que para esa fecha aún no se habían emitido; razón por la cual, la sanción impuesta no resultaba arbitraria, ni mucho menos caprichosa.

Y como la demandante alegaba la imposibilidad jurídica para dar cumplimiento al fallo de tutela, para lo cual esgrimió argumentos de orden presupuestal y normativo –como octavo motivo-, la colegiatura mayoritaria advirtió que la entidad accionada no había adelantado una acción de nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, contra el acuerdo 025 de 1963, motivo por el cual, la pretendida ilegalidad sobre el pago de las prestaciones reseñadas por los jueces de tutela, no resultaba de recibo, habida consideración que la tutela no era la vía adecuada para debatir la ilegalidad del acto administrativo reseñado, conforme lo indicó de manera puntual el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla, al confirmar la sanción cuestionada.

Adicionalmente, concluye el representante del ente acusador – como novena observación-, haciendo suyos los argumentos del Tribunal de Barranquilla, que no era correcta la ruta procesal empleada por la ahora accionante, para pretender hacer valer las pretensiones defensivas de la alcaldía, frente a las decisiones de la primera tutela, pues que las mismas se debieron hacer valer durante el desarrollo de las actuaciones judiciales correspondientes; máxime si se tiene en cuenta que aquella decisión se constituye en cosa juzgada constitucional, pues fue excluida para revisión por la Honorable Corte Constitucional, mediante auto de mayo 11 de 2007.

Refiere por otra parte el representante fiscal, como décimo argumento, que la providencia tildada como prevaricadora por parte del accionante, fue objeto de alzada ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que

mediante auto de julio 8 de 2015, dentro del radicado 80534 - ATP-3886 (fls. 170-178 cuaderno anexo 6), dispuso anular todo lo actuado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, a partir inclusive del auto por medio del cual se avocó conocimiento de la acción constitucional, pues que ni siquiera se reunía el requisito de legitimación en la causa por activa, habida consideración que el apoderado judicial de la mandataria municipal de aquella localidad, no acreditó la existencia del mandato judicial en tal sentido, emanado de la persona natural legitimada para demandar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

En esa misma línea, adviera el señor Fiscal, que esa situación no puede llevar a concluir que tal decisión hubiese sido contraria a derecho, pues que los magistrados denunciados tomaron una determinación respecto de una demanda de tutela, estimaron que eran competentes, resolvieron de fondo en atención a las pretensiones invocadas, convalidando la posición de los jueces constitucionales, por lo que concluyeron que no había nada que tutelar, no obstante la Sala de Casación Penal de la Corte hubiese dicho que debieron haber rechazado esa tutela.

Considera entonces, que el prevaricato solo se entiende realizado cuando refleja una acción arbitraria o burda, que denote el capricho del autor en lo que se decide, cuando se observa de manera evidente la carencia de sustento fáctico y jurídico, lo cual lleva implícito el desconocimiento malintencionado del marco normativo.

Se pregunta entonces, conforme con lo razonado, si la decisión que se tilda como ofensora del bien jurídico de la administración pública -la de los Magistrados-, tiene esa connotación, para ofrecer seguidamente una respuesta inmediata y categórica, de carácter negativa, en consideración a que esa actuación judicial no tiene esa connotación prevaricadora, ni objetiva, ni subjetivamente.

En primer lugar, por cuanto dichas autoridades tenían la competencia para atender la solicitud tutelar invocada, por quien dijo ser el representante legal de la alcaldía distrital de Barranquilla, más allá de la verificación posterior realizada por la Sala Penal de la Corte Suprema, en punto a la carencia de legitimidad del demandante para actuar; además de que se cuestionaba el actuar de dos jueces (uno municipal y otro de circuito) de ese distrito judicial.

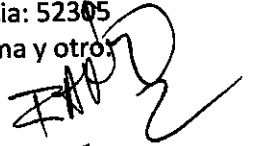
De la misma manera, considera el representante del ente acusador, que la decisión cuestionada no es prevaricadora, como quiera que se soportó en argumentos suficientes, fundados y puntuales cánones normativos contenidos en el Decreto 2591 de 1991, además del respectivo soporte jurisprudencial de las altas Cortes, con lo que se confirmó que tal decisión no carece de motivación y mucho menos que hubiese desconocido precedentes normativos y jurisprudenciales sobre el tema, por lo que no puede considerarse como manifiestamente contraria a la ley.

*[Handwritten signature]*

Concluye de esta manera, que no se puede pregonar el injusto que se les quiere atribuir a los magistrados denunciados, dada la razonable postura jurídica por ellos asumida; además de que, solamente podría hablarse de prevaricato, si un funcionario que procede en forma ilícita o malintencionada, cuando cuenta además con la posibilidad real de haberse podido ajustar al precepto normativo de cuya transgresión se le sindicaba, buscara apartarse de manera consciente y arbitraria de su deber funcional, para lo cual decide emitir una providencia cuya ilegalidad se ofrezca como manifiesta. Que tales presupuestos brillan por su ausencia dentro de la presente actuación, en atención a que la decisión tomada por los colegiados en mención, al ponderar lo actuado por los jueces constitucionales, la encontraron revestida de legalidad.

Advierte de otro lado, que el actuar de la administración municipal de Barranquilla debió encaminarse a disponer que se ubicaran los recursos presupuestales y se realizaran los correctivos fiscales correspondientes, a fin de cumplir con una orden constitucional o adelantar las acciones correspondientes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para atacar la ilegalidad del acuerdo 025 de 1963.

Finaliza indicando, el representante fiscal, que en el presente caso no refulge, conforme con el elemento normativo de orden objetivo exigido por el tipo penal, que se haya vulnerado el artículo 413 del Código Penal, por lo que procede y en justicia corresponde, es que se precluya la investigación en favor de los referidos funcionarios, en consideración a que la decisión cuestionada, en modo alguno se aparta de los lineamientos



legales y jurisprudenciales, lo cual desvirtúa las pretensiones de la denunciante.

Pero que, si eventualmente se llegaren a configurar los presupuestos de la tipicidad objetiva, solicita que igualmente se precluya con fundamento en ese mismo numeral 4° del artículo 332 del Código Procesal Penal, por ausencia de elementos demostrativos que sugieran que se actuó con intención dolosa.

Además de lo anterior, de manera subsidiaria solicita de la Sala que, en caso de configurarse otra causal preclusiva, con fundamento en el acervo demostrativo que deja a disposición, se proceda de esa manera, dado que la jurisprudencia ha allanado ese camino, por razones de economía procesal y de pronta y adecuada justicia, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 constitucional.

## **II. Intervención de la representante de la Alcaldía de Barranquilla.**

La representante legal de dicha entidad territorial, se mantiene en la posición alusiva a la imposibilidad de cumplir el fallo de tutela que ordenaba el pago de la mesada quince a los pensionados, en consideración a que el distrito se encontraba inmerso en un acuerdo de reestructuración de pasivos de la Ley 550 de 1996, indicando que existían varios controles de advertencia, que aún persisten, hechos por la Contraloría, en los que se indicaba que no era viable el pago de esta mesada por

cuanto causaría un gran impacto, teniendo en cuenta que era un valor aproximado a los 30 mil millones de pesos.

Además, existen tutelas desde el año 2006, frente a los mismos hechos de incumplimiento por parte de la alcaldía, relacionadas con un desacato, donde la posición tanto de los jueces, como del mismo tribunal, fue contraria a la asumida en el fallo de tutela del año 2015, aspectos estos que no fueron tenidos en cuenta en la decisión en cuestión. Que en ese orden de ideas, las condiciones de hecho persistían, la alcaldía en ese momento se encontraba en imposibilidad de cumplimiento, tal como lo manifestó el otro integrante de sala en su salvamento de voto, en la tutela de 2015; solicita en consecuencia se tengan en cuenta estos aspectos, sin precisar su pretensión.

### **III. Intervención del representante de la Administración Judicial.**

Empieza por indicar que no se advierte actuación dolosa por parte de los magistrados investigados, como quiera que no tomaron una decisión con el ánimo de contrariar la ley. Que como el prevaricato requiere de la demostración del elemento subjetivo, dolo, se debería establecer entonces que los citados funcionarios querían, aparte de conocer que actuaban irregularmente, también deseaban su realización, lo que no se advierte en esta actuación, motivo por el cual coadyuva la solicitud de la fiscalía.

*[Handwritten signature]*

#### **IV. Intervención del Ministerio Público.**

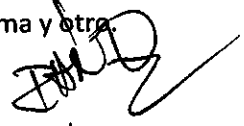
El señor Procurador Cuarto Delegado para la Investigación y Juzgamiento Penal, se refiere en primer lugar al instituto de la preclusión, para indicar que cuando se invoca la causal 4ª del artículo 332 del Código Procesal Penal, lo común es que se alegue la ausencia de tipicidad subjetiva, bajo el entendido que la tipicidad objetiva se resuelve con la figura del archivo.

Advierte, de otro lado el representante de la sociedad, que cuando el Ministerio Público se opone a la preclusión es porque entiende que todavía no se ha agotado la indagación, pero si la misma está completa, como parece desprenderse de lo consignado por el representante del ente acusador, quien debe ejercer la acción penal con su teoría del caso es la Fiscalía, frente a lo cual no cabría oposición.

Por lo demás, observa que el tema se centra en la tutela de 20 de mayo de 2015, providencia que se señala de ser manifiestamente contraria a la ley, pero que la Fiscalía ha explicado con suficiencia que no lo es, motivo por el cual resultan suficientes los argumentos para acceder a la solicitud de preclusión.

#### **V. Intervención del defensor del Dr. Julio Ojito Palma.**

Empieza manifestando que coadyuva la solicitud de la Fiscalía, toda vez que cumple con los requisitos del artículo 333 de la Ley



906 de 2004, en la medida en que ha demostrado los elementos suficientes para que la Sala tome la decisión en ese sentido.

Por otra parte, hace saber que para la configuración del prevaricato se requiere el elemento subjetivo del dolo, o sea, con la finalidad de causar daño, el cual no se avizora en el actuar de su defendido, por lo que solicita a la Sala se sirva despachar favorablemente la pretensión de la Fiscalía.

**VI. Intervención del defensor del Dr. Jorge Eliécer  
Cabrera.**

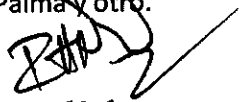
Advierte, en primer lugar, que es válida la oportunidad procesal para invocar la causal manifestada por la Fiscalía y que, si se está procediendo por un delito de prevaricato por acción, esa conducta tiene que ser burdamente contraria a la ley y a la jurisprudencia.

Que aquí se ha demostrado que si bien esas decisiones pudieron ser discutidas y la Alcaldía de Barranquilla pudo no haber estado de acuerdo con ellas, eso no las hace contrarias a la ley, pues se encuentran debidamente fundamentadas, desde el punto de vista legal y jurisprudencial; motivo por el cual coadyuva la solicitud de la Fiscalía.

## VII. Consideraciones para decidir.

De entrada, debe indicarlo la Sala, se atenderá la solicitud que realiza el delegado del ente acusador en esta oportunidad, en consideración a las argumentaciones traídas a colación y refrendadas casi en su totalidad por los demás intervinientes, para proceder a la preclusión de la presente indagación.

Seguidamente, importante resulta precisar sobre la figura de la preclusión, para recordar que si bien es cierto, de conformidad con la reforma constitucional plasmada en el Acto Legislativo 03 de 2002, la Fiscalía General de la Nación es la autoridad encargada de investigar y acusar por las conductas punibles que lleguen a su conocimiento, siempre y cuando cuente con elementos suficientes que le permitan inferir la ocurrencia de un delito; de la misma manera, también es cierto que el artículo 250-5 de la Carta Política, le otorga al ente acusador la facultad de solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de la actuación, cuando no hubiere mérito para acusar. En ese orden de ideas, resulta claro que la fiscalía no está obligada en todos los casos a formular imputación o acusación, motivo por el cual puede postular la preclusión, siempre ante el juez de conocimiento, durante la indagación (es decir, sin imputación), en la investigación (con imputación) y en el juzgamiento, por causales objetivas en este último caso, todo previa verificación de que ha cumplido cabalmente con el principio de legalidad u obligatoriedad de la acción penal, previsto en la misma norma constitucional antes invocada.



Es por ello que, sobre el particular, la Corte Constitucional<sup>3</sup> ha dicho: *“...la preclusión de la investigación es un mecanismo procesal mediante el cual se da por terminado el proceso penal en forma anticipada a la sentencia, en tanto que se cumplen algunas de las causales señaladas expresamente por el legislador para el efecto. Por eso, muchos doctrinantes han señalado que la preclusión equivale a la absolución del imputado porque se presenta en aquellos eventos en los que la acción penal no puede continuar o cuando el ente investigador no encuentra los elementos probatorios suficientes para mantener una acusación. Es, entonces, la preclusión de investigación una figura usual de los procesos penales en los que el Estado es el titular de la acción penal y tiene a su cargo la tarea de desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al procesado”*.

En consideración entonces a que esta salida procesal que ahora se propone, hace tránsito a cosa juzgada, el nivel de conocimiento exigido es el de la convicción sin lugar a duda razonable frente a la demostración de alguna de las causales referidas en el artículo 332 del Código Procesal Penal (Ley 906 de 2004), salvo que se torne imposible desvirtuar la presunción de inocencia o se supere sin justificación el plazo razonable para investigar (causales 6 y 7).

Sobre ese particular, la Sala de Casación Penal de esta Corporación<sup>4</sup> ha indicado: *“El análisis y fundamentación presentados por el fiscal para lograr su cometido deben ser específicos y detallados, teniendo no sólo los elementos fácticos y jurídicos que configuran la causal de preclusión invocada, sino los que integran el tipo penal respecto del cual se pretende la terminación anticipada del proceso, de modo que sea posible deducir con certeza la necesidad de extinguir la acción penal con fuerza de*

---

<sup>3</sup> C-118/08

<sup>4</sup> CSJ, AP. 22 Ab. 2015, Rad. 45138

*cosa juzgada por ausencia de mérito para continuar con la persecución penal<sup>5</sup>.*

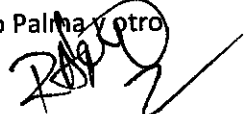
Y, en ese orden de ideas, esta misma Sala<sup>5</sup>, con ponencia de quien hoy actúa en similar situación, indicó: *“Así pues, resulta necesario por virtud de la naturaleza del mecanismo y su efecto sustancial de cosa juzgada, que se haya demostrado no solamente la causal que se invoca, sino que igualmente la investigación haya sido decantada dentro de criterios de razonabilidad, hasta su límite máximo para entender comprendidos y acopiados los elementos materiales probatorios y evidencias físicas que permitan sustentar una solicitud de ese talante”.*

Y de verdad que el análisis y la fundamentación presentados por el delegado fiscal en el presente caso, resultan ciertamente específicos y detallados, para posibilitar la decisión reclamada tal como se anunció en apartados anteriores.

En efecto, recuérdese simplemente que los funcionarios demandados vía tutela ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, esto es, los titulares de los Juzgados Once Penal Municipal y Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad, cuando tomaron la decisión de sancionar por desacato a la entonces mandataria municipal de aquella capital, lo hicieron previa constatación de que con bastante antelación, vale recordar, diciembre 19 del año 2006, el titular del Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa misma capital, había amparado los derechos fundamentales de los jubilados de aquél

---

<sup>5</sup> CSJ, AEP. 25 oct. 2018, Rad. 49379.



distrito<sup>6</sup> y, nueve (9) años después, aún no se había dado cumplimiento a esa orden expedida por un juez constitucional.

Se debe resaltar además, como hecho significativo, que aquella decisión de amparo había alcanzado firmeza y, por consiguiente, hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, en la medida en que la Corte Constitucional, la excluyó de revisión mediante auto de mayo 11 de 2007, conforme lo argumentó en su momento el delegado del ente acusador.

Por lo demás, no podemos dejar pasar por alto otro hecho relevante, relativo al pronunciamiento mediante auto de julio 8 del año 2015, por medio del cual, la Sala de decisión de tutelas N° uno, de la Sala de Casación Penal de esta Corporación, al momento de conocer sobre la impugnación a la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla (la que se tildaba de prevaricadora), el 20 de mayo de esa misma anualidad, dispuso anular todo lo actuado por aquella Corporación, desde el auto que avocó conocimiento de la acción y concedió traslado a los demandados, inclusive. Pero, además, la alta Corporación, rechazó la acción de tutela intentada, por falta de legitimación en la causa por activa y, finalmente, ordenó retornar las diligencias al Tribunal de origen, para que procediera al archivo del expediente (fls. 170-178 cuaderno anexo 6).

No obstante esa situación, se consideró por parte de la Fiscalía que ese comportamiento, conforme con la denuncia instaurada, ameritaba el adelantamiento de una indagación, como en efecto

---

<sup>6</sup> Fls. 97-102 cuaderno anexo N° 2

aconteció, la que generó el acopio de las evidencias que llevaron a uno de sus delegados, a solicitar la preclusión de la investigación, por atipicidad de la conducta.

Así pues, frente al hecho puntual de la decisión tachada de prevaricadora, emitida por la Sala mayoritaria de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, el 20 de mayo de 2015, debía evidenciarse una contrariedad manifiesta con la norma, en punto a la tipicidad del comportamiento, para lo cual se deben tener en cuenta no solamente los elementos fácticos, sino igualmente jurídicos a que se contrae el precepto presuntamente transgredido, esto es, el artículo 413 de la codificación sustantiva penal.

En esa medida entonces, tal como lo indicó el delegado fiscal, no se podría desconocer el ámbito funcional como operadores jurídicos de los funcionarios que profirieron las decisiones que se pretendió cuestionar por la administración municipal de Barranquilla, pues que ellos se limitaron, dentro del ámbito de sus competencias, a verificar las acciones u omisiones de la entidad en cuestión, en punto al cumplimiento o incumplimiento al fallo de tutela y, en esa medida, determinado objetivamente el incumplimiento, lo que no se remite a dudas, impusieron la sanción correspondiente, acorde con lo normado en el Decreto 2591 de 1991; constatación que por supuesto realizaron los Magistrados denunciados.

Nótese cómo, precisamente en la decisión de marzo 27 de 2015, en la que el Juzgado Once Penal Municipal sancionó a la mandataria municipal de Barranquilla y, después, en la de abril 24 de la misma anualidad, cuando el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma localidad, en atención a la consulta dispuesta, confirmó la primera, se constató previamente por parte del ente investigador, que se surtieron los traslados y comunicaciones correspondientes, para que la entidad demandada explicara si había cumplido con el fallo de tutela de diciembre 19 del año 2006, o no lo había hecho, por lo que resulta claro que no se configura ningún defecto procedimental en aquellos trámites.

De la misma manera, como ya se indicó, las decisiones mencionadas estuvieron sustentadas precisamente en las verificaciones que previamente se realizaron, por lo que no se puede hablar de defecto fáctico, ni mucho menos error en los funcionarios que así procedieron, situación que igualmente constataron los Magistrados denunciados cuando desestimaron la acción constitucional ante ellos presentada por la administración municipal de Barranquilla, pues quedó claro que para ese momento, aquella no había dado cumplimiento al fallo de tutela de diciembre 19 del año 2006. Esto así determinado, tampoco daría lugar a la existencia de un defecto material sustantivo.

Con fundamento entonces en la debida fundamentación evidenciada en los pronunciamientos de los dos despachos antes referenciados, la Sala Penal mayoritaria del Tribunal Superior de Barranquilla, consideró que los mismos contenían suficientes

argumentos fácticos y jurídicos, por medio de los cuales se acreditaba el incumplimiento del ente territorial y, por consiguiente, no se podrían calificar como generadores de una vía de hecho por indebida motivación.

Adicionalmente, el Acuerdo Municipal 025 de 1963, por medio del cual el Concejo de Barranquilla decretó el pago de una prima de navidad para los jubilados de la Caja de Previsión Social de aquella localidad, correspondiente a la cuota parte que cancela la Caja a cada jubilado, por concepto de la pensión de jubilación que reciben, se encuentra vigente y de ahí la tutela de 19 de diciembre de 2006 a favor de aquellos. En efecto, si la alcaldesa lo estimaba ilegal para no cumplirlo, el procedimiento era pedirle al Concejo Distrital que lo revocara directamente –conforme al poder de decisión que sólo a este órgano le otorgaba el artículo 69-1 del decreto 01 de 1984<sup>7</sup>-, mas no dejar de cumplirlo a su talante. Atendiendo con ello, la recomendación hecha desde marzo 18 de 2002, a esa administración municipal, por el promotor de reestructuración de los pasivos del Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público<sup>8</sup>.

Por otra parte, tanto el artículo 131-5 del decreto 01 de 1984 -y antes la Ley 4ª de 1913 (arts. 180 a 182)- habilitaban al Gobernador o a un particular o al Ministerio Público, para hacerle observaciones de constitucionalidad y legalidad a los acuerdos municipales, las cuales debían ser definidas por los tribunales

<sup>7</sup> Código Contencioso Administrativo vigente para el año 2002.

<sup>8</sup> Fls. 312-333 cuaderno de anexos N° 2

administrativos en única instancia o juzgados, según la época<sup>9</sup>, pero ni siquiera se ha insinuado que el Tribunal Administrativo del Atlántico haya decretado la invalidez del mencionado acuerdo.

La pérdida de fuerza ejecutoria o decaimiento de actos administrativos como el acuerdo 025, puede sobrevenir por la desaparición de sus fundamentos de hecho o de derecho, pero es una decisión que no podía adoptar *motu proprio* la Alcaldesa de Barranquilla, sino que debía solicitarle la revocatoria al Concejo Distrital (Decreto 01 de 1984, art. 66-2). Máxime, si como se recuerda, hasta el año 2000 realizaron la cancelación de dicha mesada, como expresamente lo hizo saber la apoderada de dicho Distrito Especial, cuando formuló la denuncia penal en contra de los aquí investigados<sup>10</sup>.

Este recorrido histórico de la ley se hace sólo para indicar que, tanto los jueces que tutelaron a favor de los jubilados, como los que tramitaron el incidente de desacato y la sala dual en lo penal del Tribunal de Barranquilla que negó la posterior solicitud de amparo a la administración distrital, por presunta ilegalidad de la sanción por desacato, estaban acompañados de estrictas normas jurídicas que, si bien no fueron invocadas por los respectivos actores judiciales y si pudiera discutirse sobre el gran impacto fiscal que generaría el cumplimiento del acuerdo 025 de 1963, no por ello podría afirmarse ni por asomo que las decisiones de los jueces y magistrados que intervinieron

<sup>9</sup> Hoy se conserva la misma facultad en la Ley 1437 de 2011, artículo 151, que es el vigente Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

<sup>10</sup> Fl. 38 cuaderno de anexos N° 2.

secuencialmente en este conflicto sean manifiestamente contrarias a la ley.

Y, frente al planteamiento de la demandante, en punto a que por imposibilidad jurídica no se había dado cumplimiento al fallo de tutela, por asuntos de orden presupuestal y normativos, también lo explicitaron los Magistrados denunciados en su decisión<sup>11</sup>, al argumentar que aquella no había adelantado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, una acción de nulidad en contra del acuerdo 025 de 1963, no obstante la recomendación que en ese sentido, desde el año 2002, le había realizado el promotor del acuerdo de reestructuración de pasivos; además de que, reiteraron, la tutela no era el escenario natural para debatir la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo.

Pero extrañamente, debe reiterarlo la Sala en esta oportunidad, una vez notificada del desacato, la administración municipal de Barranquilla, por intermedio de la Gerencia de Gestión Humana, mediante la Resolución 2087 de junio 16 de 2015, dispuso restablecer la mesada pensional de diciembre (Prima de navidad), a los pensionados de la Sociedad de Jubilados de dicho Distrito<sup>12</sup>; significando con ello que no estaban tan convencidos de la ilegalidad del acto administrativo que así lo había ordenado desde años atrás.

Para la configuración del prevaricato, no basta entonces con la simple constatación, sobre la aparente disparidad entre la

<sup>11</sup> Fls. 168-185 cuaderno de anexos N° 2

<sup>12</sup> Fls. 357-367 cuaderno de anexos N° 2

resolución cuestionada y el ordenamiento jurídico, pues, como se sabe, ese tipo de correcciones pueden hacerse a través de los recursos y los demás instrumentos que consagra el derecho vigente. La contradicción, por tanto, debe ser ostensible, que lleve a concluir que, en efecto, la decisión calificada como tal obedeció a un capricho del funcionario, que la califique de arbitraria, alejada de cualquier postura admisible, dentro de las posibilidades que le ofrece el ordenamiento jurídico. Debiéndose recordar además, que el juicio sobre el prevaricato no es de acierto, sino de legalidad.

En este orden de ideas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que deben sancionarse severamente los delitos en que puedan incurrir los funcionarios, *“...pero sin someter al rigor de un proceso penal a quienes realizan interpretaciones razonables del ordenamiento jurídico o incluso a quienes han incurrido en errores en ese ámbito”*<sup>13</sup>.

Y tal como se consignó en apartados anteriores, en el actuar de los Magistrados denunciados no se avizoran interpretaciones irrazonables, ni mucho menos errores, pues que la fundamentación de la decisión tachada de prevaricadora resulta razonable, fundamentada en la apreciación de los diferentes medios de prueba que les permitió llegar a esa conclusión, como claramente lo delimitó el delegado del ente acusador, cuando indicó que no se advertía un actuar arbitrario o burdo, que denotara el simple capricho de quienes así procedieron.

---

<sup>13</sup> CSJ, SP 23 Ene. 2019, Rad. 50419

Es que nada diferente podrían haber decidido, como quiera que, se reitera, tanto la decisión del Juzgado Once Penal Municipal, que impuso la sanción, como la del Tercero Penal del Circuito, que la confirmó al conocer en consulta de la misma, estuvieron soportadas en la previa verificación del incumplimiento al fallo de tutela de diciembre 19 de 2006, por parte de la administración municipal de Barranquilla.

Así pues, no se advierte, en el actuar de los Magistrados que conformaron la Sala mayoritaria, que tomó la decisión hoy cuestionada, con ocasión de la tutela resuelta el 20 de mayo del año 2015, que hubiesen emitido una decisión manifiestamente contraria a la ley.

Sobre el particular, recuérdese que la función judicial se encuentra sometida al principio de legalidad, de donde se desprende igualmente la legitimidad para actuar, acorde con las garantías institucionales establecidas; pero también, le impone a los jueces el deber de obrar de manera razonable, sin desconocer la Constitución y la ley. En esa medida, el principio de legalidad se convierte en una limitante a la discrecionalidad del funcionario judicial, quien en todo caso, en el desempeño de su labor, no puede aplicar e interpretar la ley de manera caprichosa o arbitraria, para contrariar el ordenamiento jurídico al que se encuentra sometido.

Recuérdese, además, cómo los artículos 228 y 230 de la Constitución Política, garantizan la autonomía de los jueces, motivo por el cual, en ese sentido y en reciente decisión, la Corte

*[Handwritten signature]*

Constitucional indicó: “... el hecho de proferir una sentencia judicial en cumplimiento de la función de administrar justicia no da lugar a acusación ni a proceso disciplinario alguno”<sup>14</sup>.

Y en esa misma decisión, la alta Corporación puntualizó: “Ahora bien, como correlato necesario de la independencia y autonomía de los jueces, surge el deber de estos últimos de materializar el derecho al debido proceso de los administrados, mediante la motivación de sus decisiones y la garantía de que las mismas sean el resultado exclusivo de la aplicación de la ley al caso particular. Esto significa que la validez y la legitimidad de las providencias judiciales está mediada, entre otras cosas, por la garantía de que las mismas obedecen únicamente a la aplicación del derecho positivo al caso concreto que se somete a consideración del operador, y de que, por consiguiente, este será ajeno a cualquier interés de las partes involucradas en la controversia de que se trate, a las demás instancias internas dentro de la propia organización judicial y, en general, frente a todo sistema de poderes. Ello, sin duda alguna, deviene en una garantía vital para la materialización de la objetividad, neutralidad, imparcialidad y justicia material que debe revestir las decisiones judiciales”<sup>15</sup>.

Se desprende de lo anterior, que cualquier decisión, sobre la que puedan generarse discusiones en torno a su legalidad o acierto, así como cualquier otro tipo de diferencias de criterio, interpretaciones o equivocaciones, que en todo caso se encuentren alejadas de un actuar corrupto o venal, no pueden dar lugar a reproche penal.

<sup>14</sup> T-450 de 2018.

<sup>15</sup> Sobre la independencia y la imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional, cfr. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Madrid, Ed. Trotta, 1989, p. 580.

Es por ello que desde tiempo atrás, la Sala de Casación Penal de esta Corporación ha indicado: *“El delito de prevaricato no se tipifica por la ocurrencia de una simple equivocación valorativa de las pruebas ni por la interpretación infortunada de unas normas, como tampoco puede proyectarse en el acierto o desacierto de la determinación que se investiga, tema restringido al estudio y decisión de las instancias, constituyendo la verdadera esencia del tipo de prevaricato activo tanto la ocurrencia de un actuar malicioso dentro del cual el sujeto agente se aparta de manera consciente del deber funcional que le estaba impuesto, como la existencia objetiva de una decisión abiertamente opuesta a aquella que le ordenaba o autorizaba la ley, lo que implica el análisis retrospectivo de la situación fáctica que debía resolverse”*<sup>16-17</sup>.

Queda claro entonces, acorde con el planteamiento del señor fiscal delegado solicitante, avalado por el representante de la administración judicial, el Ministerio Público y los defensores de los Magistrados investigados, que no se puede tildar de prevaricadora la actuación de los Magistrados Julio Antonio Ojito Palma y Jorge Eliécer Cabrera Jiménez, cuando emitieron la decisión de mayo 20 de 2015, por medio de la cual no se ampararon los derechos fundamentales reclamados por la entonces alcaldesa de Barranquilla, pues que tal decisión se considera ajustada a la legalidad, conforme con los argumentos que se han expuesto.

Sobre la intervención de la representante de la alcaldía, debe indicarse simplemente que desde los argumentos plasmados en la decisión cuestionada, se advirtió que dicho ente territorial

<sup>16</sup> Sala de Casación Penal, sentencia 17 septiembre de 2003, radicado 18.132, Jorge Aníbal Gómez Gallego, reiteración jurisprudencial de Sentencia de 2ª. Inst. 2 de marzo de 1993, Juan Manuel Torres Fresneda.

<sup>17</sup> CSJ SP 5 Dic. 2009, Rad. 27.290.

debió agotar otros mecanismos que posibilitaran su exoneración para el cumplimiento del fallo de tutela que amparó los derechos de los pensionados de ese distrito.

Y, una segunda consideración, para no atender su oposición a la solicitud de la fiscalía, es que no obstante existan tutelas frente a los mismos hechos de incumplimiento de la alcaldía, que datan desde el año 2006 –como lo asevera la interviniente-, lo cierto es que en este caso concreto, se está cuestionando la actuación de los Magistrados Ojito Palma y Cabrera Jiménez, en relación con la decisión de mayo 20 de 2015 y a ello se contrajo la indagación realizada por la Fiscalía y sobre la cual se está solicitando la preclusión.

Porque si pudiera estarse refiriendo a la decisión de septiembre 12 de 2014, por medio de la cual el Juzgado Décimo Administrativo de Barranquilla, inaplicó el acuerdo 025 de 1963 por inconstitucional y denegó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que formuló uno de los jubilados, pronunciamiento que fue confirmado por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el 16 de febrero de 2015, es un asunto particular que por supuesto no obliga, en la medida en que no tiene la condición de precedente judicial, en consideración a que las decisiones que tomen los jueces de otras jurisdicciones y en el caso concreto, del contencioso administrativo, no son vinculantes, mucho menos para quien ejerce la función jurisdiccional constitucional. La excepción de inaplicabilidad, conforme con el artículo 4° de la Constitución Política, rige para el caso concreto y solo tiene efectos interpartes. Así pues, a partir de ello, no se puede hablar de la

existencia del prevaricato, como en su momento lo argumentó el representante del ente acusador.

Una consideración final, en relación con el planteamiento del representante del Ministerio Público, alusivo a que cuando se invoca la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, lo común es que se alegue la ausencia de tipicidad subjetiva, en consideración a que los eventos de tipicidad objetiva se resuelven con la figura del archivo, para lo cual debe indicarse que desde la sentencia C-591 de 2005, cuando la Corte Constitucional resolvió declarar la inexequibilidad de la expresión “*a partir de la formulación de imputación*” del artículo 331 ídem, fue precisamente para no restringir la posibilidad de que el fiscal del caso pueda solicitar la preclusión de la investigación en cualquier momento, sin que tampoco se le impusieran restricciones en cuanto a la formulación de las causales.

Lo que fue ratificado posteriormente por la misma Corporación, cuando se pronunció en los siguientes términos: “*El régimen establecido por la Ley 906 de 2004 contempla dos oportunidades en que puede presentarse una solicitud de preclusión. La primera oportunidad se presenta (i) durante la investigación, (ii) se puede formular con fundamento en cualquiera de las siete (7) causales previstas, y (iii) el legitimado para hacer la solicitud, es el fiscal<sup>18</sup>* (Subrayas ajenas al texto).

Lo que por supuesto ha sido reconocido por la Sala de Casación Penal de esta Corporación, al indicar: “*En las fases previas es viable declarar el instituto por cualquiera de los motivos reglados en*

<sup>18</sup> C-920 de 2007.

el artículo 332...<sup>19</sup>. Ratificándolo en otro pronunciamiento, en los siguientes términos: *“Por su parte, los artículos 331 y 332 prevén dos oportunidades para realizar tal solicitud, en primer lugar, en la etapa de indagación e investigación, únicamente el representante del ente acusador está facultado para pedir al juez de conocimiento la preclusión de la investigación por cualquiera de las causales previstas en la referida norma”*<sup>20</sup> (Subrayas ajenas al texto).

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la orden de archivo no es una decisión judicial, y por tanto no pueden predicarse de ella efectos de cosa juzgada<sup>21</sup>, por lo que desde el punto de vista de las garantías para las personas que vienen siendo sometidas a una indagación penal, porque recuérdese que los Magistrados aquí investigados, fueron incluso escuchados en interrogatorio en calidad de indiciados, resulta más favorable la preclusión, que el simple archivo, que como se sabe es una decisión administrativa, sujeta a la posibilidad de reanudarse, siempre y cuando no se haya extinguido la acción penal<sup>22</sup>.

Se precluirá, en consecuencia, la presente indagación, con fundamento en la causal esbozada por el señor representante del ente acusador, esto es, la prevista en el numeral 4° del artículo 332 del Código Procesal Penal (Ley 906 de 2004), desde el punto de vista del aspecto objetivo; por lo que, una vez descartado que la decisión de los investigados pudiera catalogarse como

<sup>19</sup> CSJ, SP9245-2014, Rad. 44043, MP. José Luis Barceló

<sup>20</sup> CSJ, AP1962-2016, Rad. 44698, MP. Patricia Salazar Cuellar.

<sup>21</sup> CSJ, AP336-2017, Rad. 48759, MP. Fernando Alberto Castro Caballero.

<sup>22</sup> Art. 79 Ley 906 de 2004.

manifiestamente contraria a la ley, pierde relevancia el análisis del dolo, como alternativa subsiguiente.

Como consecuencia de esta decisión, cesarán con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra de los funcionarios investigados.

En contra de esta decisión proceden los recursos ordinarios, por parte de los representantes de víctimas, según el interés jurídico acreditado.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia,

### **R E S U E L V E :**

**Primero:** Precluir la indagación que se viene adelantando en contra de los doctores **JULIO ANTONIO OJITO PALMA** y **JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ**, por la presunta conducta punible de prevaricato por acción.

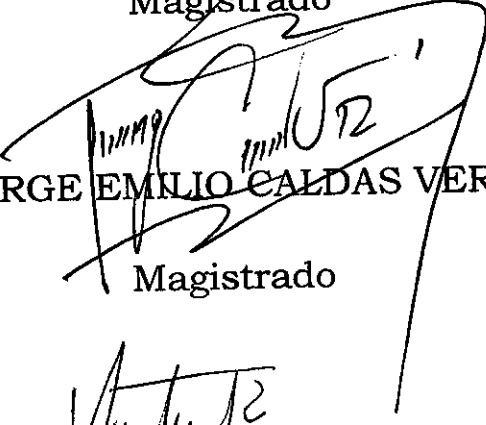
**Segundo:** Se dispone, en consecuencia, cesar con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra de los referidos funcionarios.

**Tercero:** Contra esta decisión proceden los recursos ordinarios, por parte de los representantes de víctimas, según el interés jurídico acreditado.

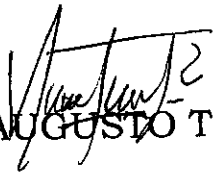
**Notifíquese y Cúmplase:**

  
RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ

Magistrado

  
JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado

  
ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado

  
ADRIANA HERNÁNDEZ AGUILAR  
Secretaria