

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Aprobado acta número 208

Bogotá, D.C., tres de julio de dos mil trece.

VISTOS

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el defensor, contra la sentencia proferida el 22 de junio de 2012 por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, mediante la cual se condenó al ex juez de familia de dicha ciudad TARCICIO HERRERA CASTILLA, al hallarlo responsable del delito de prevaricato por acción así como también por omisión.

HECHOS

Se originaron el 28 de octubre de 2002 cuando el entonces Juez Primero de Familia de Cartagena profirió mandamiento de pago dentro de un proceso ejecutivo de alimentos por la suma de \$ 2.857.622, auto contra el cual el demandado interpuso -al día siguiente- recurso de reposición, y cuya tardanza en ser resuelto provocó que por medio de sentencia de tutela se ordenara su resolución -providencia de 25 de junio de 2004 emitida por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Cartagena-.

Frente a dicha orden el juez acusado profirió sentencia el 17 de julio siguiente, en la cual declaró improcedente la excepción perentoria -que al parecer nunca se había propuesto por cuanto el mandamiento hasta entonces no había quedado en firme-, ordenando en consecuencia continuar con la ejecución.

Producto de otra acción de tutela emitida por la misma Corporación, el entonces juez TARCICIO HERRERA CASTILLA profirió una providencia calendada el 30 de septiembre del mismo año, mediante la cual revocó el mandamiento de pago sin condena en costas a la parte actora y además entregándole a la demandante los dineros fruto del embargo.

SINOPSIS PROCESAL

La apertura formal de la investigación se ordenó mediante resolución de 23 de diciembre de 2004 en la cual se dispuso la práctica, entre otras diligencias, de la indagatoria -llevada a cabo el 26 de julio de 2006-, siendo definida la situación jurídica de HERRERA CASTILLA sin medida de aseguramiento, y luego de concluida la instrucción se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por los delitos de prevaricato por acción -al dictarse sentencia cuando lo que procedía era resolver el recurso de reposición- así como por prevaricato por omisión -al tomarse 154 días hábiles para resolver un recurso-, calendada el 19 de diciembre de 2006; proveído en el que además se desestimó el delito de prevaricato por acción cometido con la emisión del mandamiento de pago, sin que en la parte resolutive del mismo se desatara el cargo con la preclusión referida a dicha conducta.

El recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación fue resuelto por providencia en la que se confirmaron los cargos señalados en la primera instancia, pero incluyéndose formalmente en la parte resolutive de la providencia la preclusión de la investigación por considerar atípica la emisión de aquel mandamiento de pago -de

acuerdo con lo que había anunciado la primera instancia-; y, revocando la circunstancia de agravación punitiva contenida en el artículo 58.9 del Código Penal¹, que le había sido imputada a HERRERA CASTILLA.

La etapa de la causa fue presidida por el Tribunal Superior de Cartagena, en la que se surtió la audiencia preparatoria el 4 de diciembre de 2007, y luego de concluida la vista pública -4 de julio de 2008- se profirió sentencia de condena el 22 de junio de 2012.

Contra dicho fallo se interpuso el recurso de apelación que ahora se resuelve, trámite dentro del cual se declaró fundado el impedimento expresado por el ahora Magistrado de esta Corporación, doctor Gustavo Enrique Malo Fernández, por haber suscrito la sentencia impugnada.

LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal inició por plantearse como problema jurídico si el haber proferido aquella sentencia de 16 de julio de 2004 dentro del proceso ejecutivo de alimentos, así como la mora en desatar el recurso de reposición interpuesto por el demandado contra el mandamiento de pago proferido en aquel proceso, y adicionalmente, si “las presuntas irregularidades y parcialidades realizadas por dicho funcionario en el referido proceso”² constituyen conductas de prevaricato por acción y por omisión por los que deba responder penalmente TARCICIO HERRERA CASTILLA.

Seguidamente el Tribunal analizó de manera genérica el contenido del delito de prevaricato para concluir que sin que importe el móvil, dicho punible se comete cuando el funcionario judicial se aparta de la norma que debe regular el caso, y el delito omisivo en la defraudación de la expectativa de actuar que se tiene sobre el servidor público.

En punto de verificar la tipicidad objetiva del prevaricato por acción, esto es, la contrariedad de la decisión con la norma, advierte el Tribunal que la misma se configura

en la irregularidad con que fue proferida aquella decisión de 16 de julio de 2004, por cuanto TARCICIO HERRERA CASTILLA: a) dictó sentencia ordenando seguir con la ejecución, cuando lo que estaba pendiente de resolver era un recurso de reposición interpuesto contra el mandamiento de pago, lo cual solo procedía por medio de auto según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 409 del código de Procedimiento Civil; b) en dicha providencia resolvió una excepción de mérito que nunca fue propuesta por el demandado; c) omitió correr traslado del mandamiento de pago con el fin de que el ejecutado presentara las excepciones que considerara pertinentes, en los términos que señala el inciso primero del artículo 509 del C. de P.C.; d) ordenó la entrega de los títulos de depósito judicial que se generaron por efecto del embargo de una porción del salario del demandado, a favor de la parte ejecutante, situación que considera el Tribunal claramente irregular por cuanto el extremo vencido de la relación procesal no puede lucrarse en esas condiciones hasta tanto quede en firme la aprobación de la liquidación del crédito; y, e) haber omitido la condena en costas al demandante en el auto mediante el cual revocó el mandamiento de pago, proferido el 30 de septiembre de 2004, tal como se lo indicaba el artículo 505 del C. de P.C.

En torno de la tipicidad subjetiva el a quo encontró acreditados, tanto el conocimiento de la ilicitud que se cometía con tales actuaciones por parte del juez, así como la posibilidad que tenía HERRERA CASTILLA de haber encaminado su actividad por la senda de la legalidad, a lo cual renunció para encuadrar su conducta en la descripción típica del prevaricato.

Ya frente al delito de naturaleza omisiva, la satisfacción del tipo objetivo se concluye a partir de la comprobación de su condición de servidor judicial, así como del tiempo que se tomó para resolver aquel recurso de reposición -8 meses y 15 días- lo que supera con descaro los 10 días que el artículo 124 del C. de P.C., concedía para ello, según concluye el a quo.

El tópico de la tipicidad subjetiva no ofreció mayores dificultades para el Tribunal, pues consideró que el simple transcurso del tiempo y la ausencia de justificación de la mora en resolver aquella impugnación lo satisfacía; mientras que las peticiones de la parte actora eran atendidas con excesivo afán.

Después de superar los juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, concluyó el a quo que el doctor TARCICIO HERRERA CASTILLA era responsable de prevaricato por acción y por omisión; y en consecuencia, le impuso 50 meses de prisión, multa por 65 SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por diez años; concediéndole la sustitución de la prisión intramural por domiciliaria.

LA IMPUGNACIÓN

El defensor cuestionó dicha providencia calificándola de ser contentiva de yerros en la apreciación de las pruebas, así como expresión de la ignorancia tanto de la normatividad a aplicar como de los precedentes judiciales que orientan el caso.

Su argumentación inició por censurar la sentencia ya que en ella se invocaron como violadas normas que no fueron citadas ni precisadas; siendo imprescindible para concluir la existencia del prevaricato, frente a lo cual debió considerarse, en vez de la condena, la absolución del procesado por atipicidad de la conducta.

Renglón seguido el apelante advierte que la norma aplicada por HERRERA CASTILLA fue el artículo 509 del C.de P.C., precepto según el cual, en la ejecución de sentencias “no podrán proponerse excepciones previas ni aún por la vía de la reposición.”; y, en consecuencia el actuar de su asistido acató lo que la norma llamada a regular el caso, le indicaba.

Agrega, que como el título ejecutivo objeto del cobro era una sentencia de fecha 14 de octubre de 1998 proferida por el Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena, se aviene a

la situación indicada en la citada norma.

Además advierte, que el alegato vertido por el demandado en el recurso de reposición interpuesto contra el mandamiento de pago, contenía argumentos propios de las excepciones de mérito, como que el documento base de la ejecución no reunía los requisitos del título ejecutivo, lo cual no podía presentarse como excepción previa por estar prohibido por el artículo 509 inciso segundo del C. de P.C..

Otro aspecto que censura el apelante, se refiere a que fue legal la entrega al ejecutante de los dineros recaudados con la medida cautelar con independencia de la liquidación del crédito, por tratarse de un proceso ejecutivo de alimentos -más aún cuando los destinatarios de tales dineros son niños-, lo cual difiere con lo que debe hacerse con lo embargado en un proceso singular hipotecario, mixto laboral o administrativo; y que por tanto no se contrarió norma alguna con dicha entrega.

Frente al delito de prevaricato por omisión originado en la inobservancia de los términos en la resolución del recurso, invoca el apelante la congestión judicial, esto es, la excesiva carga de todos los despachos judiciales, y el hecho notorio de que ninguna autoridad judicial cumpla los términos que la ley le impone.; y que la Sala no pudo afirmar con fundamento en prueba alguna la causación de algún perjuicio con tal retraso, ni tampoco la responsabilidad de HERRERA CASTILLA, solo la confrontación de fechas, sin establecer de manera científica las causas dolosas de dicho incumplimiento.

En suma, solicita la revocatoria de la condena y en consecuencia, que su defendido sea absuelto.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, según lo

previsto en el artículo 75.3 del Código de Procedimiento Penal –Ley 600 de 2000-.

La discusión que plantea el apelante con su recurso se concreta en reiterar la legalidad de la actividad de su representado al proferir el fallo ordenando continuar con la ejecución en aquel proceso ejecutivo de alimentos; y, de otra parte, a invocar la falta de prueba que indicara la voluntad expresa de incumplir los términos legalmente previstos; aspectos que serán enfrentados por esta colegiatura en ese mismo orden.

Cuestión preliminar. La congruencia de la sentencia con la acusación.

Es sabido que de acuerdo con la arquitectura del proceso penal, el contenido de la acusación es el que delimita los linderos de la sentencia, así como la pertinencia del debate probatorio realizado en el juicio.

Es precisamente, frente a este aspecto, que la Sala encuentra necesario llamar la atención sobre la superación por parte del a quo de tales límites impuestos por la resolución de acusación, la cual está integrada por dos decisiones.

Es claro dentro de la foliatura que la Fiscalía contrajo el delito de prevaricato por acción, exclusivamente a lo relacionado con la expedición de la providencia de 16 de julio de 2004, razón por la cual, los demás aspectos incorporados en la sentencia apelada no pueden hacer parte de la evaluación que realizara el juez a efectos de valorar la presencia de tal delito, tales como que el entonces juez HERRERA CASTILLA: a) omitiera correr traslado del mandamiento de pago con el fin de que el ejecutado presentara las excepciones que considerara pertinentes, en los términos que señala el inciso primero del artículo 509 del C. de P.C.; b) ordenara la entrega de los títulos de depósito judicial que se generaron por efecto del embargo de una porción del salario del demandado, a favor de la parte ejecutante; y, c) omitiera condenar en costas al demandante en el auto mediante el cual revocó el mandamiento de pago, proferido el 30 de septiembre de 2004.

En efecto, en proveído de 19 de noviembre de 2006 mediante el cual se calificó en primera instancia el mérito de sumario con resolución de acusación, se afirma a modo de conclusión lo siguiente:

“Si lo que el doctor Herrera Castilla hizo, al dictar su providencia de fecha 16 de julio de 2004 y al retardar resolver el recurso de reposición interpuesto en forma oportuna contra el auto de mandamiento de pago de 28 de octubre de 2002, fue quebrantar e inobservar normas del ordenamiento procesal civil, que, por expreso mandato del artículo 6º de C. de P.C., modificado por la Ley 794 de 2003, artículo 2, “Son de derecho público y orden público, y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley” (...), es claro que causó un perjuicio a la administración pública la cual en este caso específico fracasó, evidenciándose en tal forma que si se produjo lesión al bien jurídico tutelado sin que para el efecto mediara causal alguna de justificación, y así las cosas, se está frente a comportamientos activo y pasivo antijurídico.”

En el mismo sentido, en la resolución mediante la cual se dirimió la apelación interpuesta contra la calificación del mérito sumarial -de 2 de abril de 2007-, se concluyó:

Frente al prevaricato por omisión:

“Sin embargo, los medios de convicción incorporados a este proceso permiten colegir que el juez 1º de Familia de Cartagena, doctor Tarcicio Rafael Herrera Castilla retardó dolosamente la resolución del recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la parte demandada en el proceso ejecutivo seguido contra Carlos Alberto Grajales Agudelo, contra el auto de mandamiento de pago que el mencionado funcionario judicial profirió el 28 de octubre de 2002.”

Y, en lo relativo al prevaricato por acción, a efectos de concretar el punto de disenso del apelante, señaló:

“En este caso, la decisión que el a quo consideró manifiestamente contraria a la ley fue la sentencia proferida por el juez Herrera Castilla el 14 de julio de 2004, dentro del proceso ejecutivo de Rosa Medina Rodríguez contra Carlos Alberto Grajales Agudelo, a través de la cual ordenó continuar adelante con la ejecución civil de la deuda demandada y denegó una acepción de mérito inexistente.”

Así pues, cuando el Tribunal se ocupó de aspectos que quedaron por fuera de la acusación, como que el juez HERRERA CASTILLA omitió correr traslado del mandamiento de pago, que ordenó la entrega de los títulos de depósito judicial que se generaron por efecto del embargo de manera irregular, y, que se abstuvo de condenar en costas al demandante; desquició el debido proceso.

No obstante tal irregularidad, la Sala tampoco pierde de vista que finalmente no generó graves consecuencias negativas para la situación del acusado, básicamente porque en el proceso de individualización punitiva sólo se tuvo en cuenta la realización de un delito de prevaricato por acción; y, aunque en la sentencia apelada se mencionara someramente la presencia de un concurso homogéneo, tal situación no produjo efecto alguno en la individualización de la sanción.

Esta Corporación frente a un evento similar³ se abstuvo de decretar la nulidad y en cambio remedió dicha situación excluyendo de la sentencia todo aquello que no hiciera parte de los cargos contenidos en el escrito acusatorio; para luego emprender el análisis de fondo sobre los aspectos propios de la impugnación en relación exclusivamente con los cargos comprendidos en el llamamiento a juicio.

Así planteadas las cosas resulta imperativo precisar que lo único que cabía en el juicio que correspondía realizar al a quo frente al delito de prevaricato por acción, era valorar si la

expedición de la providencia de 16 de julio de 2004 proferida por HERRERA CASTILLA dentro del mencionado proceso ejecutivo de alimentos, era contraria al ordenamiento jurídico, con una dimensión tal que debiera ser por ello condenado; lo cual corresponde a uno de los aspectos centrales de la apelación que ahora se resuelve.

De los aspectos contenidos en la apelación.

Frente al prevaricato por acción.

Sea lo primero recordar que de acuerdo con el artículo 413 del Código Penal, comete prevaricato por acción “El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley”; tipo penal frente al cual ha precisado de manera sistemática y reiterada la jurisprudencia de esta Corporación que la lejanía de la decisión con la ley debe ser ostensible. Así se ha indicado⁴:

“1. Lo primero que se advierte es que resulta vinculante para los servidores públicos, el imperio de la ley, conforme lo establece el artículo 230 de la Carta Política, dentro de nítidos criterios de razonabilidad, por lo que su comportamiento estará incurso en la prohibición, cuando se traduzca en una resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley.

Esta última expresión, constituye un elemento normativo del tipo penal al cual la jurisprudencia de la Corte se ha referido en forma amplia para concluir, que para que la actuación pueda ser considerada como prevaricadora, debe ser “ostensible y manifiestamente ilegal,” es decir, “violentar de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma”*, dependiendo siempre de su grado de complejidad, pues resulta comprensible que del grado de dificultad para la interpretación de su sentido o para su aplicación dependerá la valoración de lo manifiestamente ilegal, de allí que, ciertamente, no puedan ser tenidas como prevaricadoras, todas aquellas decisiones que se tilden de desacertadas, cuando quiera que estén fundadas “en un concienzudo examen del

material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso.”**

Se concluye, entonces, que para que el acto, la decisión o el concepto del funcionario público sea manifiestamente contrario a la ley, debe reflejar su oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo.”

Por tanto, la Sala se limitará, de acuerdo con el contenido del pliego acusatorio, a evaluar si la decisión proferida por el ex juez HERRERA CASTILLA el 16 de julio de 2004 al interior del proceso ejecutivo de alimentos de Elvira Medina Rodríguez en contra de Carlos Alberto Carvajal Agudelo es contraria a la ley con tal intensidad que se pueda predicar de ostensible. Para ello se hará caso omiso, tanto de los cargos analizados en la sentencia -que como se aclaró preliminarmente en este proveído exceden el marco fáctico y jurídico de la acusación-, como de los ataques que contra ellos dirige el apelante.

Con miras a realizar la contextualización necesaria para atender el análisis que exige el caso, al revisar el proceso civil en cuestión se encuentra que el documento base de la ejecución en el juzgado de familia que regentaba HERRERA CASTILLA, era la sentencia proferida el 14 de octubre de 1998 por el Juez Séptimo de Familia de Cartagena dentro del proceso de divorcio de Carlos Alberto Grajales Agudelo y Rosa Elvira Medina Rodríguez, en la cual se decretó el divorcio del matrimonio civil, y se determinó que la tenencia y cuidado personal de los tres menores hijos de la pareja seguirían a cargo de la madre; y se le fijó al padre, como cuota alimentaria, la suma de \$ 450.000.00 -misma que para entonces pagaba-, incrementada anualmente con los mismos porcentajes que se determinaran para el salario mínimo.

En la demanda ejecutiva se afirmó que el monto de lo consignado por el obligado no

incluía de manera completa los incrementos ordenados en la mencionada sentencia, (hechos 4 y 5)⁵; sin que en su texto se expresara cuáles eran las cifras exactas que debía consignar por año aquel alimentante. Por su parte, el recurso de reposición contra el mandamiento de pago se sustentaba en la falta de claridad del monto de lo cobrado y que no se anexaran las certificaciones o las copias de los decretos mediante los cuales se reajustó el salario mínimo durante los períodos de pago cuyo monto se cobraba en dicho proceso; siendo evidente en dicha actuación que el ejecutado siempre había consignado una cantidad superior a los \$ 450.000.00 fijados inicialmente.

A folio 73 se observa que el demandado, por intermedio de apoderado, interpuso recurso de reposición contra el mandamiento de pago al día siguiente de proferido -29 de octubre de 2003- aduciendo que como lo que se estaba cobrando no eran las cuotas de \$ 450.000 -las cuales se estaban consignando- sino sus incrementos, la acción carecía de la certeza y la determinación del derecho material pretendido en la demanda; esto es, el título que se invocaba como base del cobro, adolecía del carácter ejecutivo, por cuanto la sentencia se quedaba corta frente a las pretensiones de la demandante, puesto que en ésta se fija una suma expresa reajutable, en porcentajes específicos (cuyos montos no estaban ni sumariamente probados en el proceso ejecutivo).

Por tanto, advertía el demandado en su recurso, que de acuerdo con el artículo 491 del CPC, modificado por la Ley 794 de 2003, la definición de la cantidad líquida, la expresada en una cifra numérica precisa o que fuera liquidable por una simple operación aritmética, no era clara. En conclusión, solicitaba que se revocara el mandamiento de pago, que se levantara la medida cautelar y se condenara en costas a la demandante.

En el proceso se observa también que el apoderado de la demandante presentó un escrito en que solicitó al juez que no atendiera lo pedido por el demandado en su recurso.

En el proceso ejecutivo se observa también un memorial suscrito por la Procuradora 10

judicial II de Familia⁶, doctora Muriel Massa Acosta, calendado el 22 de junio de 2004, anunciando la vigilancia especial que solicitó el demandado y requiriendo al despacho para que en el término máximo de 15 días resolviera el recurso.

Este inventario procesal sirve a la Sala para poner de presente dos situaciones, la primera, que el documento base de la ejecución era una sentencia debidamente ejecutoriada; y, además, que los beneficiarios de los alimentos cuyo incremento se pretendía eran unos infantes.

El hecho de que el título base de la ejecución fuera una sentencia, restringe de manera drástica las posibilidades defensivas que tenía el demandado en relación con el mandamiento de pago, toda vez que el legislador previó que el debate propio del proceso que terminó con dicha providencia no fuera revivido en la actuación promovida para forzar su cumplimiento; limitando la confrontación solo a las excepciones de pago y a las originadas en hechos acaecidos con posterioridad a dicha sentencia.

Es más, el Legislador también previno la posibilidad de dilación de la ejecución de la sentencia, con advertencias orientadas a evitar lo que sucede en la práctica judicial cotidiana, como que por la vía del recurso interpuesto contra el auto admisorio de la demanda – equivalente el mandamiento de pago para el caso del proceso especial de ejecución- fuera impugnado con argumentos que solo serían susceptibles de ser presentados como excepciones.

Pero claro, como en el caso analizado estaba prohibida la excepción que fue presentada camuflada por la vía del recurso de reposición, el juez tenía que estar atento a dicha situación, tal como lo alertaba el Legislador.

Así pues, resulta ser el numeral segundo del artículo 409 del Código de Procedimiento Civil vigente para entonces, el llamado a regular el tema del restringido campo de las excepciones, en tratándose específicamente de la ejecución de las sentencias; precepto

que advierte:

“2. Cuando el título ejecutivo consista en una sentencia o un laudo de condena, o en otra providencia que conlleve ejecución, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia; la de nulidad en los casos que contemplan los numerales 7 y 9 del artículo 140, y de la pérdida de la cosa debida. En este evento no podrán proponerse excepciones previas ni aún por la vía de la reposición.

Los hechos que configuren excepciones previas deberán alegarse mediante reposición contra el mandamiento de pago. De prosperar alguna que no implique terminación del proceso, el juez adoptará las medidas respectivas para que el proceso pueda continuar; o si fuere el caso, concederá al ejecutante un término de cinco (5) días, para subsanar los defectos o presentar los documentos omitidos, so pena de que se revoque la orden de pago, imponiendo condena en costas y perjuicios. El auto que revoque el mandamiento ejecutivo es apelable en el efecto diferido, salvo en el caso de haberse declarado la excepción de falta de competencia que no es apelable.”

Es el mismo legislador el que funde en la misma fórmula procesal -recurso de reposición contra el mandamiento de pago- las dos figuras, esto es, la formulación de las excepciones en este tipo especial de procesos y la impugnación del mandamiento; de donde no resultaba para nada descabellado advertir que lo planteado por la vía del recurso de reposición equivalía a la única forma de proponer las excepciones en dichos procesos, y por tanto daba lo mismo expresar que se estaba decidiendo dicha impugnación a que se estaban resolviendo las excepciones, tal como finalmente optó el doctor HERRERA CASTILLA.

También es claro que en el proceso ejecutivo se dicta la sentencia en la misma providencia en que se resuelven las excepciones, y que la norma en cita advierte que

las excepciones previas en la ejecución de sentencias, se presentan en el recurso de reposición que se interpone contra el mandamiento de pago. Cabría preguntarse, ¿y las de mérito, cuándo?

Concluir que HERRERA CASTILLA debió resolver la reposición y una vez en firme el mandamiento conceder el término previsto en el numeral 1º del artículo 509 del C. de P.C., era nada menos que restarle ejecutividad a las sentencias y contrariar la agilidad y celeridad que el legislador pretendió imprimir a la ejecución de sentencias; al punto que en el proceso ejecutivo en que el documento base del cobro no es una sentencia el término para presentar las excepciones previas y las de mérito es el mismo, y por tanto no existe razón de peso para advertir que en la ejecución de sentencias sea más dilatado el proceso -acogiendo esta fórmula planteada como hipótesis- cuando el legislador lo que buscó fue precisamente restringir el debate a unos aspectos específicos y extremadamente limitados.

Lo que HERRERA CASTILLO vertió en aquella sentencia cuya legalidad se cuestiona en relación con dicho aspecto:

“...en primer término decídese la excepción de mérito que plantea el señor apoderado del demandado consistente en que el título base de recaudo por lo complejo no es posible sea cobrado por esta vía ante la cantidad de operaciones matemáticas y financieras que deberían llevarse a cabo violando el que no se realice por una simple operación matemática como lo impone el C.P.Civil, ...”

Así, bien se puede observar que el argumento contenido en el recurso de reposición, se atiende y se resuelve negándose en la sentencia cuestionada, precisamente invocando la prohibición que se ha transcrito en precedencia. Así razonó el juez acusado al resolver:

“En la excepcional situación de procesos ejecutivos con título constituido en providencia

judicial solo podrá proponerse la excepción de cumplimiento de la obligación (art. 488 ibdem), en el mismo sentido se pronuncia el CODIGO DEL MENOR, en su artículos 133 y ss.- por las expresas prohibiciones anotadas deberá entonces declararse no probada o mejor improcedente la excepción planteada.”

Y, bien pudiera ser que la consideración en la cual se movió HERRERA CASTILLA resultara errada de cara a la forma como la entienden los sujetos procesales u otros operadores judiciales; pero claramente hay que decirlo, no se encuentra ostensiblemente alejada del texto de la ley; más aún cuando se tiene en cuenta que en el momento de su aplicación recientemente había sido modificado dicho canon, esto es, mediante la Ley 794 de 9 de enero de 2003, en vigencia desde el 9 de abril de dicha anualidad; por lo que hasta el momento que fue aplicada por el acusado no se tenían mayores luces sobre su sentido.

Así pues, siendo razonable la interpretación del juez en torno de la confusión entre el mecanismo para proponer excepciones y la impugnación del mandamiento de pago, se descarta cualquier posibilidad delictiva en la expedición del mencionado auto, y por tanto se revocará la condena y se proferirá absolución en relación con este cargo por atipicidad de la conducta.

Frente al supuesto prevaricato por omisión, cometido al tardarse más de ocho meses para dirimir el recurso en cuestión.

Señala el artículo 414 del Código de las penas que comete tal punible “El servidor público que omita, retarde, rehuse o deniegue un acto propio de sus funciones.”

De cara a definir su presencia en el asunto de la referencia, hay que recordar, en principio, que fue en cumplimiento del segundo fallo de tutela -de 29 de septiembre de 2004- que HERRERA CASTILLA profirió auto de 30 de septiembre de 2004, en el que resolvió el recurso de reposición revocando el mandamiento y dejando sin efecto todo lo acaecido en el proceso con posterioridad a él, ordenando: “1. Revóquese el mandamiento

ejecutivo proferido dentro de este proceso fechado el 28 de octubre de 2002...” pero sin expresar en cambio que profiere, si la inadmisión o el rechazo.

El punto que propone el apelante frente al delito de prevaricato por omisión se concreta a advertir que el simple retardo en adoptar la decisión judicial no convierte al juez en responsable de prevaricato, y que no se probaron las condiciones que favorecían la emisión de la providencia esperada, ni con estadísticas, ni con informes, auditorías al Despacho o pautas de rendimiento judicial; y que, es un hecho notorio que casi ningún juez cumple los términos procesales y en consecuencia debió absolverse a HERRERA CASTILLA de este cargo.

El Tribunal, con la pretensión de agotar la imputación subjetiva y de identificar tanto el conocimiento como la voluntad de la omisión –el retardo- llama la atención de cómo el acusado atendía, en cambio, con diligencia los requerimientos procesales de la parte demandante, para concluir, sin más, que no era problema de tiempo ni de congestión judicial, al punto que unas solicitudes si las resolvía con prontitud; además que el acusado nunca justificó las razones de su tardanza en la decisión esperada por más de ocho meses.

La Sala encuentra que, a diferencia de lo que aduce el Tribunal, que las decisiones relacionadas con las medidas cautelares –solicitadas por la demandante- tenían como objeto de protección a los menores titulares de la obligación alimentaria, cuyo interés superior se imponía sobre los demás sujetos procesales.

Es cierto también, como lo presenta el apelante que, la Fiscalía no logró probar que el juez estando en posibilidades reales de proferir la decisión esperada, no lo hizo.

En dicho punto esta Colegiatura ya ha advertido que la presentación de informes de gestión y comparaciones estadísticas son orientaciones que pueden ayudar al juez para valorar la verdadera disponibilidad con que contaba el despacho para proferir la

decisión, lo cual brilla por su ausencia en el asunto de la referencia; siendo carga procesal de la Fiscalía probar todos y cada uno de los elementos de la conducta punible y por tanto la capacidad cierta para proferir, de manera oportuna, la providencia esperada.

Así, se debe predicar con el defensor, que el Tribunal no infirmó la presunción de inocencia a partir de pruebas legal regular y oportunamente aportadas al proceso por la Fiscalía, que indicaran la voluntad negligente y desinteresada de adoptar las decisiones a su cargo, o de esta en particular.

Más cuando la mora judicial depende de muchos aspectos, como las decisiones legislativas, la deficiente disposición de funcionarios, y sobre todo al talante pendenciero de aquellos que se niegan a terminar por la vía del acuerdo un conflicto surgido de la vida marital, como en el asunto en que se originó todo este proceso, en el que sólo se discutía el incumplimiento parcial de una parte del incremento que debía aplicarse a la cuota alimentaria; discusiones que se trasladan sin mayores miramientos a la jurisdicción, cuando se originaron en fallas de comunicación y en la falta de tolerancia de personas que llegaron a tal nivel de cercanía que luego de varios años de vida marital en los que concibieron tres hijos, necesitan un proceso judicial para que un juez sea el llamado a dilucidar aquello.

La Sala ya ha advertido reiteradamente que la mera constatación del simple paso del tiempo no es elemento suficiente para proferir condena por prevaricato por omisión⁷. En uno de tales planteamientos⁸ afirmó:

“3. Debe reconocer la Sala la desafortunada realidad que agobia a la mayoría de los despachos judiciales en el país, cuya considerable carga laboral, generada por el volumen de expedientes que simultáneamente deben atender, suele llevar en muchos casos a un visible divorcio entre los precisos y limitados términos que la ley señala para resolver los asuntos y el tiempo de que realmente disponen los funcionarios judiciales

para cumplir tal cometido.

Por eso, al decidir sobre la responsabilidad penal ante una concreta situación de mora es necesario examinar si el juez estuvo o no en condiciones de cumplir dentro del término legal la obligación de decidir, sin dejar de lado las exigencias propias de una actividad que requiere dedicación plena, vocación de servicio, atento y ponderado examen de situaciones jurídicas muchas veces complejas, observancia del orden sistemático de las decisiones de acuerdo con la fecha de entrada al despacho de los expedientes, etc.”

En suma, también se revocará la condena por el prevaricato por omisión analizado, toda vez que el elemento subjetivo no fue plenamente probado.

En conclusión, la sentencia apelada será revocada integralmente y en su lugar se proferirá absolución.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

REVOCAR la decisión apelada y en consecuencia impartir absolución a TARCICIO HERRERA CASTILLA por los cargos de prevaricato por acción y por omisión, conforme se ha expresado en la parte motiva.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Impedido

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
MALO FERNÁNDEZ

GUSTAVO

ENRIQUE

LUIS
ZAPATA ORTIZ

GUILLERMO

SALAZAR OTERO

JAVIER DE JESÚS

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 “La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio.”

2 Folio 7 de la sentencia de segunda instancia.

3 Sentencia de 24 de septiembre de 2005, referencia 23914.

4 Auto de 13 de agosto de 2003, radicado 19303.

5 Folio 36 del cuaderno de anexos.

6 Visible a folio 94 del proceso ejecutivo de alimentos.

7 Entre otras, auto de 19 de noviembre de 2002, radicado 16838; Sentencia de 16 de

noviembre de 2003, radicado 19912; auto de 13 de julio de 2005 radicado 20929; de 21 de febrero de 2007 radicado 24053; de 13 de junio de 2007 radicado 27056.

8 Sentencia de 16 de noviembre de 2003, radicado 19912.