

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado ponente

AP2336-2016

Radicación n° 45808

(Aprobado Acta No. 130)

Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de dos mil dieciséis (2016).

ASUNTO

Resuelve la Corte el recurso de apelación interpuesto por el Representante del Ministerio Público y la víctima RUDY EMIRSA ARBELÁEZ VARGAS, en contra de la decisión proferida en audiencia celebrada el 4 de febrero de 2015 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, por medio de la cual ordenó la preclusión de la investigación adelantada en contra de GRACIELA MOLINA SIERRA y WILLIAM GONZÁLEZ DE LA HOZ por la conducta de prevaricato por acción.

ANTECEDENTES

La señora RUBY EMIRSA ARBELÁEZ VARGAS en su calidad de estudiante del programa de tecnología en criminalística de la Fundación Tecnológica Antonio de Arévalo "TECNAR" de Cartagena, en diciembre de 2012 reprobó la asignatura de Legislación Penal y Estupefacientes.

Ante la calificación desfavorable, la denunciante mediante escrito del 22 de enero de 2013¹ requirió a la institución educativa "TECNAR" para que mejorara la nota de dicha materia, por lo cual se sometió a examen de habilitación el 28 de enero de 2015, el que igualmente reprobó, a pesar de que el 26 de febrero de 2013² un segundo calificador decidió no modificar la nota inicialmente obtenida.

Debido a lo anterior, el 14 de mayo de 2013³ interpuso acción de tutela en la cual solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, educación e igualdad, y en consecuencia que se impusiera la nota académica que a su juicio merecía, es decir aprobando la materia.

La anterior acción constitucional fue conocida en primera instancia por la Dra. GRACIELA MOLINA SIERRA como Juez Quinto Penal Municipal para Adolescentes de Cartagena, quien mediante providencia del 31 de mayo de 2013⁴ declaró improcedente la misma y en segunda instancia el Dr. WILLIAM GONZALEZ DE LA HOZ en su calidad de Juez Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Cartagena en decisión del 16 de julio de 2013⁵ revocó la decisión de primera instancia, y en su lugar estimó que la acción de tutela era procedente habida cuenta que contra los actos académicos que cuestiona la actora no proceden acciones contenciosas administrativas, al tiempo que decidió no tutelar los derechos fundamentales a la educación e igualdad en razón a que sus calificaciones fueron producto de criterios autónomos del docente con sujeción a las normas del reglamento estudiantil.

En atención a la respuesta desfavorable a sus intereses, la estudiante interpuso⁶ queja ante la Procuraduría Regional de Bolívar, en la cual señaló que los funcionarios judiciales resolvieron su acción de tutela, no obstante haberse encontrado impedidos y gracias a un presunto tráfico de influencias.

La Procuradora Regional de Bolívar el 11 de febrero de 2014⁷ dispuso remitir la anterior queja a la Dirección Seccional de la Fiscalía General de la Nación con sede Cartagena, al considerar que los hechos descritos por la denunciante aluden a la presunta comisión de una conducta delictiva.

En diligencia de ampliación de denuncia realizada el 9 de abril de 2014,⁸ la quejosa denunció la posible comisión de la conducta de prevaricato por acción, al resolverse de manera injusta la acción de tutela que promovió en contra de la Institución Educativa “TECNAR”.

El 22 de julio de 2014⁹ la Fiscalía Cuarta delegada ante el Tribunal del Distrito Judicial de Cartagena radicó solicitud de preclusión de la actuación por la causal cuarta, “atipicidad del hecho investigado”. Sin embargo en audiencia celebrada el 21 de enero de 2015 fundamentó su petición de preclusión en la causal tercera “inexistencia del hecho investigado”¹⁰.

DECISIÓN IMPUGNADA

El a quo ordenó la preclusión solicitada por el delegado de la Fiscalía en audiencia celebrada el 4 de febrero de 2015, pero no por la causal tercera “inexistencia del hecho investigado” sustentada por el ente acusador, sino por la causal cuarta “Atipicidad del hecho investigado”.

Consideró que resultaba mejor encuadrar la causal de atipicidad del hecho investigado, referido exclusivamente a la ausencia de tipicidad objetiva, entendida no

como que el hecho no hubiere existido sino que la conducta era atípica, en razón a que las causales de impedimento que alegaba la denunciante no iban dirigidas a los jueces denunciados sino a los empleados de los juzgados a su cargo, y tal circunstancia no se encuadra en el delito de prevaricato por acción.

Indicó que la aplicación de la causal cuarta del artículo 332 del C. de P. P. relativa a la atipicidad objetiva guarda similitud con la figura del archivo del proceso consagrada en el artículo 79 del mismo Código, en el entendido que ambas pregonan la imposibilidad de revestir como delictivo un hecho particular, y por vía de aplicación del principio de favorabilidad consideró que una preclusión es favorable al sujeto investigado, motivo por el cual accedió a la solicitud bajo dicha causal.

Juzgó que de las sentencias proferidas por los jueces indiciados no se advierte la existencia del ingrediente normativo “manifiestamente contrario a la Ley”, al considerar que no se violaron las causales de impedimento, aunado a que se advirtió que la solicitud de tutela fue negada con fundamento en la autonomía universitaria de que goza el ente educativo y que el procedimiento de calificación no constituyó afrenta alguna contra los derechos fundamentales de la actora, lo cual para la Juez de Primera Instancia significó que la acción de tutela era improcedente mientras que para el Juez de Segunda Instancia se traducía en no tutelar el derecho a la educación.

Por lo tanto, el a quo consideró que al no vislumbrarse un divorcio jurídico entre la decisión judicial y la Ley para efectos de la adecuación típica resolvió aceptar la solicitud de preclusión, decisión que fue objeto del recurso de apelación por parte del Ministerio Público y la víctima, esta última quien si bien a juicio del juez de primera instancia no presentó argumentos de impugnación de manera técnica concedió dicho recurso en aplicación del principio de caridad.

ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Respecto a la decisión de acceder a la preclusión solicitada, el Ministerio Público interpuso recurso de apelación con el fin de que fuera revocada y en su lugar se le ordene al Representante de la Fiscalía que proceda al archivo de las diligencias tal y como lo establece el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal.

Sustentó su recurso en la diferencia que existe entre el rol que desempeña la Fiscalía, respecto de la facultad que tiene para ordenar el archivo de la investigación penal (art. 79 C. de P. P.) con la figura de la preclusión que resuelve el juez de conocimiento (art. 332 C. de P. P.)

Argumentó que en el presente caso, la Fiscalía en lugar de solicitar la preclusión de la investigación ante el juez de conocimiento ha debido aplicar la figura de archivo de las diligencias, pues de lo contrario se permite a la Fiscalía que abandone su rol y lo traslade al juez de conocimiento, abrogándose este último las funciones y competencias del ente acusador.

Lo anterior en razón a que estima que en el presente asunto no existe una caracterización delictiva en la etapa preliminar o de indagación, lo que hace procedente el archivo de las diligencias según las competencias de la Fiscalía, de modo que solicita se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se exhorte a la Fiscalía que proceda al archivo de las diligencias conforme lo establece la Ley.

Por su parte, la señora RUBY EMIRSA ARBELÁES al sustentar su recurso de apelación se limitó a exponer que en el trámite de la acción de tutela los indiciados le vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso por no haberse valorado las pruebas a su favor, así como a la educación y a la igualdad, en razón a que en síntesis, su solicitud de

amparo tramitada ante los despachos judiciales a cargo de los denunciados debió haberse resuelto favorablemente.

Por último, insiste en que los jueces investigados prevaricaron toda vez que sus compañeros de estudio aprobaron la materia, no obstante encontrarse en circunstancias similares a la suya, lo cual significa que su reclamo constitucional ha debido resolverse de modo diferente.

Por su parte, el Representante de la Fiscalía, en su calidad de no recurrente argumentó respecto del recurso interpuesto por el Ministerio Público, que si bien se encuentra debidamente sustentado, expone que ese debate no está llamado a prosperar en razón a que han existido pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia que avalan la facultad con que cuenta la Fiscalía para solicitar la preclusión. Respecto del recurso de apelación presentado por la víctima se abstuvo de emitir pronunciamiento alguno pues consideró que técnicamente no se presentó ningún recurso.

CONSIDERACIONES

1. La Corte es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos contra los autos dictados en primera instancia por los Tribunales Superiores que deciden sobre las solicitudes de preclusión realizadas por las Fiscalías Delegadas ante esas Corporaciones, conforme se dispone en los artículos 32, numeral 3, 176 y 177, numeral 2 de la Ley 906 de 2004.

2. Atendiendo a los postulados del artículo 250 de la Carta Política, cuyo desarrollo legal se aprecia en el artículo 200 de la Ley 906 de 2004, es claro que corresponde a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio de la acción penal, en cuyo cometido ha de ejecutar los actos propios de indagación e investigación de los hechos que lleguen a su conocimiento y revistan las características de una conducta punible, siempre que medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la probable existencia de la misma.

De igual manera, el artículo 114, numeral 1º, del mencionado Estatuto Procesal, establece como atribución de la Fiscalía la de “Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito”.

Sin embargo, dado que existen determinados eventos en los cuales no se satisfacen las exigencias legales para acusar, el legislador reguló en los artículos 331 a 335 de la Ley Procesal Penal, el trámite relacionado con la preclusión, acorde con el cual es factible que en cualquier etapa de la actuación el Fiscal con las limitaciones establecidas en la normatividad solicite al juez de conocimiento pronunciamiento en tal sentido, petición que de ser aceptada conducirá al archivo de la actuación con efectos de cosa juzgada.

En tales condiciones, si la Fiscalía acredita en debida forma alguna de las causales previstas por el artículo 332 del Código de procedimiento Penal corresponde al Juez de conocimiento decretar la preclusión.

Esto por cuanto constituye una figura según la cual el Estado declara o reconoce que no existe mérito para ejercitar la acción penal contra el indiciado, imputado o acusado, siempre que la causal invocada se encuentre debidamente acreditada y motivada, tal como lo dispone el artículo 333 de la misma normativa.

De ahí que el análisis y argumentación que presente el fiscal para soportar su petición debe ser específico y detallado, puntualizando no solo los elementos que requiere la causal invocada para su estructuración sino los que hacen parte del tipo penal que se pretende precluir, los cuales al ser evaluados de forma armónica permiten colegir la necesidad de extinguir la acción penal.

3. En el presente caso se advierte que los recurrentes se encuentran legitimados para impugnar la decisión de primera instancia, pues si bien la solicitud de preclusión es una potestad exclusiva de la Fiscalía¹¹, les asiste interés en la medida que han presentado oposición a la solicitud de preclusión en el sub examine, aunque por

razones diametralmente opuestas.

4. Previo a abordar el estudio del recurso de alzada, encuentra la Sala que fue acertada la decisión de primera instancia al decretar la preclusión, no por la causal sustentada por el ente acusador, sino por el referido a la atipicidad de la conducta.

Lo anterior, en virtud a que la causal denominada “inexistencia del hecho investigado”, tan solo exige la constatación de una situación fáctica más no jurídica, pues debe existir certeza que el suceso material no aconteció, lo que no se deduce en el presente asunto, pues es claro que desde el punto de vista fáctico se emitió una decisión judicial objeto de denuncia en contra de los funcionarios investigados.

5. Desde ya advierte la Sala que no le asiste razón al Representante del Ministerio Público al cuestionar la facultad que tiene la Fiscalía para solicitar la preclusión de la investigación.

En efecto, tanto la posibilidad de archivo de las actuaciones (art. 79 C. de P.P.) como la de solicitar la preclusión de la investigación, son facultades otorgadas a la Fiscalía, y su ejercicio obedece a su exclusiva potestad y autonomía. Así lo ha afirmado esta Corporación:

“Resulta paradójico que el representante del Ministerio Público, de una parte, achaque al Tribunal Superior de Cartagena una subrogación del rol de acusador por haber desatado una petición de preclusión de la actuación y, de la otra, critique a la Fiscalía porque, en su entender, en vez de formular tal pretensión, debió proceder a archivar las diligencias, aspiración ésta que sí constituye un anhelo por suplantar al órgano acusador que es el único legitimado para decidir si procede en uno u otro sentido. Ahora bien, es claro que la equivocación en esa elección acarreará las consecuencias adversas que sean procedentes: o la negativa del juez de conocimiento a decretar la preclusión o, eventualmente, la revocatoria del archivo ordenado por el juez de control de

garantías.” (CSJ AP4852-2015 26 de agosto Radicado N° 46533)

De modo que la Fiscalía en ejercicio de la autonomía que la Ley Procesal le confiere, optó por acudir a la preclusión ante el juez de conocimiento tal y como lo prevén los artículos 331 a 335 mencionados precedentemente, y respecto de la cual el a quo aceptó su trámite, luego de ninguna manera es reprochable que postule ante el funcionario judicial competente la pretensión encaminada a que se extinga el trámite de la actuación por la vía acogida.

El trámite de solicitud de preclusión no solo resulta mas garantista, entendido este no como aplicación al principio de favorabilidad según equivocadamente lo concibió el a quo, pues las figuras procesales analizadas no devienen de normas distintas seguidas en el tiempo; sino que ofrece una mayor garantía de acceso a la administración de justicia en la medida que dicha decisión hace tránsito a cosa juzgada, contrario al archivo unilateral sin mayor formalidad del ente acusador.

Además el examen de preclusión beneficia a la víctima en el sentido que cuenta con la posibilidad de plantear su inconformidad directamente al juez de conocimiento y en dicho escenario proponer sus discrepancias en audiencia pública, de manera previa a la decisión que corresponda al juez adoptar, bien sea ordenando o negando la preclusión solicitada.

De igual modo, cuando la Fiscalía presenta solicitud de preclusión no implica un abandono del rol dentro del Sistema Penal Acusatorio, sino que por el contrario obedece al ejercicio de una facultad expresamente regulada y atribuida en la Ley Procesal Penal, pues no es el juez quien de manera inconsulta y arbitraria dispone la preclusión de la investigación, sino que necesariamente deviene de la argumentación y aporte de elementos que presente el órgano acusador, independientemente que sea negada por el juez de conocimiento.

Entonces, considera la Sala que ha sido acertada la decisión adoptada por el a quo, en el sentido de resolver de fondo la solicitud de preclusión, en contraste con el reproche expresado por el Representante del Ministerio Público, y por tal motivo la apelación elevada por el Representante del Ministerio Público no está llamada a prosperar.

6. En relación con la impugnación presentada por la señora RUDY EMIRSA ARBELÁEZ VARGAS, si bien no es muy profusa en argumentos, de todas formas expresa una inconformidad con la decisión, de modo que la Sala dará respuesta a sus planteamientos.

En primer lugar, la supuesta amistad y cercanía de los empleados de los Juzgados Quinto Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías y Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de la ciudad de Cartagena, que la denunciante expuso en su denuncia no convierten en prevaricadores a los funcionarios judiciales que resolvieron su acción de tutela.

Lo anterior en razón a que dichos impedimentos se alegan respecto de personas diferentes a las denunciadas y además no fueron quienes judicialmente tomaron la decisión objeto de denuncia.

Ahora, respecto a que los funcionarios judiciales denunciados han debido indefectiblemente resolver a su favor la acción de tutela impetrada en contra de la Institución Educativa donde se encontraba cursando la asignatura de Legislación Penal y Estupefacientes, debe la recurrente entender que el motivo por el cual los funcionarios cuestionados tomaron sus decisiones judiciales, se estructuró en el reconocimiento y respeto de la autonomía universitaria y ello no los hace incurrir en actuaciones delictuales constitutivas de prevaricato por acción, pues nótese como el Juez de Segunda Instancia expuso en la providencia cuestionada que:

“la accionante pretende que con esta acción constitucional se protejan sus derechos

fundamentales al debido proceso presuntamente vulnerados por los ciudadanos GUILLERMO GÓMEZ PAZ, ISMAEL ESPITALETA ARRIETA Y CLARA SAGRÉ, quienes en su condición de directivos y profesores de la FUNDACIÓN TECNOLÓGICA ANTONIO DE ARÉVALO - TECNAR -, no han solucionado su problema consistente en la no imposición de la nota que a su juicio merece.

Los actos acusados como lesivos son aquellos de los que la jurisprudencia constitucional y del H. Consejo de Estado han denominado ACTOS ACADÉMICOS, los cuales como se expresa en las sentencias citadas son objeto de control por la vía de la acción de tutela, ya que dichos actos no son pasibles (sic) de acción contencioso administrativa.

Por tal razón, no le asiste razón al a-quo al declarar improcedente la presente acción constitucional, puesto que la misma sí es procedente tal y como lo ha señalado la jurisprudencia antes transcrita, ya que lo atacado constituye la evaluación efectuada por un docente de la institución educativa donde esta cursa sus estudios.

Sin embargo del contenido del fallo se desprende la realización de un análisis de fondo a lo planteado por la accionante. Lo cual permite concluir que lo que quiso la Juez a-quo fue negar la presente acción de tutela empleando de manera desacertada el concepto de improcedencia.

El despacho comparte parcialmente el análisis realizado por la primera instancia, puesto que considera - una vez realizado un análisis minucioso al expediente- que en el presente caso concreto no ha existido violación de los derechos fundamentales a la educación y a la igualdad ya que a la estudiante no se le ha retirado de la institución, ni tampoco se le ha impedido que matricule las materias que reglamentariamente puede cursar.

Cuando el estudiante se matricula en una institución de educación superior se somete a normas que previamente existen en la institución, anteriores a la ocurrencia del hecho

generador de inconformidad. La accionante conoció y aceptó los procedimientos internos del centro educativo cuando decidió su ingreso a la institución.

De igual forma, destaca el despacho que dentro de las explicaciones dadas por el docente, se observa claridad en el origen de la calificación dada a la estudiante, aun cuando se insiste, este despacho no tiene la competencia para entrar a evaluar las competencias docentes, ni tampoco puede sustituir al docente en un asunto dentro del cual goza de total autonomía.

En lo que tiene que ver con el respeto (sic) debido proceso dentro de la revisión del examen, al despacho no le queda dudas que a la accionante se le permitió la revisión por parte del docente y de otro miembro de la institución en donde esta estudia. Pretender la utilización de pares externos para una actividad que no requiere excepcionales conocimientos es abiertamente desproporcionado. La estudiante refleja una predisposición negativa hacía la institución educativa que debe ser examinada por las directivas docentes a efectos de encontrar acercamientos que mejoren las relaciones entre estas y su alma mater. Es responsabilidad de los entes educativos propender por el bienestar de sus estudiantes, sin que esto impida la aplicación de los reglamentos de carácter institucional.”¹²

De lo anterior se colige que de la actuación constitucional promovida por la señora RUDY EMIRSA ARBELÁEZ VARGAS en contra de la Institución Educativa “TECNAR”, no se desprende que los funcionarios falladores hubiesen decidido de forma manifiestamente contraria a la Ley, pues por el contrario existió un análisis de fondo que permitió arribar a la conclusión en el sentido que la denunciante reprobó la materia, conforme con los lineamientos constitucionales respecto al debido proceso y en cumplimiento al reglamento estudiantil.

Debe advertirse que la recurrente no puede acudir indiscriminadamente a

múltiples acciones de toda índole para obtener un cambio de la nota que en el libre ejercicio de la cátedra y libertad de enseñanza estableció la Institución Educativa TECNAR, y menos por vía de denuncia penal en contra de los funcionarios judiciales que mediante el trámite de la acción de tutela arribaron a la conclusión en cuanto a que no se había vulnerado sus derechos fundamentales a la igualdad y a la educación, como se ha establecido.

De manera que, se puede concluir que no existe una decisión manifiestamente contraria a la ley, de modo que si tal elemento normativo del tipo no se configura, el delito de prevaricato no se tipifica desde el punto de vista objetivo, toda vez que obran elementos indicativos de que los funcionarios GRACIELA MOLINA SIERRA Y WILLIAM GONZÁLEZ DE LA HOZ, al declarar improcedente y negar la solicitud de tutela elevada por la señora RUDY ESMIRSA ARBELÁES VARGAS no se apartaron de ningún mandato legal, como elemento necesario para la estructuración de la conducta endilgada.

La interpretación que hagan los funcionarios judiciales al adoptar las decisiones dentro de la órbita de su competencia, cuando esta es razonable y no responde al ánimo de desconocer abierta y ostensiblemente el ordenamiento jurídico, no puede constituir el delito de prevaricato, que como se vio exige para su tipificación que la determinación sea manifiestamente contraria a la ley.

En tales condiciones y siendo que la competencia en segunda instancia se encuentra limitada por los puntos del disenso, salvo que se advierta vulneración a garantías fundamentales que puedan generar la nulidad de la actuación, lo cual no ocurre en el presente evento; la Corte confirmará el auto de preclusión recurrido dado el evidente desacierto en los argumentos de la sustentación.

D E C I S I Ó N

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación

Penal,

R E S U E L V E

Confirmar el auto proferido el 4 de febrero de 2015 por el Tribunal Superior de Cartagena, mediante el cual decretó la preclusión de la indagación seguida contra GRACIELA MOLINA SIERRA y WILLIAM GONZÁLEZ DE LA HOZ por el delito de Prevaricato por acción, por atipicidad de la conducta.

Contra esa decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ ABRBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

- 1 Fl. 26 C. # 2 anexos.
- 2 Fl. 150 C. # 2 anexos.
- 3 Fls. 26-36 C. # 1 anexos.
- 4 Fls. 12-25 C. # 2 anexos.
- 5 Fls. 39-54 C. # 2 anexos.
- 6 Fl. 3 C. # 2 anexos.
- 7 Fl. 10 C. # 1 anexos.
- 8 Fls. 17-20 C. # 1 anexos.
- 9 Fls. 40-43 C. # 1 anexos.
- 10 Minuto 6:45.
- 11 CSJ AP3584-2014, 2 de julio, radicado 43196.
- 12 Fl. 52 C. # 2 anexos.