

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado Ponente

AP3574-2016

Radicado No. 47008

Aprobado Acta No. 172

Bogotá, D. C., junio ocho (08) de dos mil dieciséis (2016).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por la representación de la víctima, contra la providencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 29 de septiembre de 2015, mediante la cual decidió favorablemente la solicitud de la Fiscalía de precluir la investigación a favor de la doctora SILVANA MARGARITA MENDOZA BULA, en su condición de Fiscal Cuarenta y Cuatro (44) de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública, por los delitos de prevaricato por acción y por omisión.

HECHOS

De la actuación se desprende, que el 12 de julio de 2000 José de Jesús Loaiza Caña formuló denuncia penal por el delito de falsedad en documento público contra personas indeterminadas, en razón de los hechos irregulares presentados en el Instituto

Departamental de Tránsito y Transporte del Atlántico, dado que las placas de un camión de su propiedad fueron asignadas a un vehículo taxi.

La Fiscalía 57 adscrita a la Unidad de Delitos contra el Patrimonio Económico y Automotores de Barranquilla a quien correspondió la investigación de los hechos reseñados (radicado 73551), el 16 de enero de 2004 se inhibió de abrir investigación por prescripción de la acción penal, no obstante, dispuso requerir a la Secretaría de Tránsito Departamental y/o Distrital a fin de que informara acerca de la matrícula del vehículo perteneciente al denunciante¹.

El 13 de agosto de 2008, José de Jesús Loaiza Cañas ante esa dependencia presentó escrito en el que dio cuenta de la presunta comisión de los delitos de fraude procesal, prevaricato por acción y por omisión y otros, en tanto, los funcionarios de la oficina de Tránsito desconocieron dicha orden, por lo cual solicitó revocar la decisión de la Fiscalía 57 y abrir la investigación respectiva.

Correspondió esta nueva investigación a la Fiscalía 46 Seccional de la misma Unidad (radicado 303991), Despacho que mediante resolución del 20 de octubre de 2008, ordenó abrir indagación preliminar.

El 3 de febrero de 2009, el señor José de Jesús Loaiza Cañas fue reconocido dentro de la actuación como parte civil, quien el 16 siguiente y 14 de julio del mismo año, solicitó medidas para el restablecimiento del derecho, petición que reiteró el 18 de enero de 2010.

El 15 de abril de 2009, el instructor declaró formalmente abierta la instrucción y ordenó la vinculación mediante indagatoria de Juan E. López Aroca, Luis Carlos Romero Ballestas, Elías Villar Martínez, Francisco Solano, Rafael Gregorio Márquez, Dora María Iglesias Solano, Sharon Mendoza Jaraba, Henry Hernández Rodríguez y Julio Mendoza Bula y la práctica de varias pruebas.

En el mes de mayo posterior, el asunto pasó a conocimiento de la Fiscalía 43 de la misma Unidad, autoridad que advirtió «que la denuncia de falsedad documental fue resuelta por auto inhibitorio y son hechos nuevos los actos surgidos de los oficios librados a la Oficina de Transito, los cuales no debieron acumularse con la primera», pues ante la existencia de conductas delictivas constitutivas de fraude a resolución judicial, prevaricato por omisión y prevaricato por acción, la investigación debía ser asumida por la Unidad respectiva, lo cual dispuso en resolución del 30 de abril de 2012.

En esas condiciones fue remitido el proceso a la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Barranquilla, cuyo conocimiento se atribuyó a la Fiscalía 44 Seccional (radicado 312748), despacho del que para entonces estaba encargada SILVANA MARGARITA MENDOZA BULA, quien en proveído de sustanciación del 17 de mayo de 2012, ordenó revocar el auto de 15 de abril de 2009 que había abierto la investigación y dispuso la vinculación de unas personas determinadas y en su defecto abrir indagación previa, al considerar que «los nuevos hechos fueron acumulados con la previa inhibida y que se abrió instrucción del proceso para la investigación de los mismos y observándose que aún se tienen dudas acerca de la procedencia de la apertura de instrucción y tampoco se han recaudado las pruebas indispensables para la identificación e individualización de los autores o partícipes

de la acción penal». En consecuencia, dispuso la ampliación de la denuncia y que se comisionara al CTI por el término de 30 días para investigar a fondo los hechos y ubicar a los responsables.

Por esa actuación de la Fiscal, el señor Loaiza Cañas interpuso acción de tutela, a través de la cual logró que la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla con sentencia del 6 de septiembre de 2012, amparara sus derechos al debido proceso y defensa, ordenando invalidar la Resolución del 17 de mayo anterior, al tiempo que dispuso la continuación del proceso, dejando a salvo las pruebas y actuaciones procesales practicadas.

Este Fallo fue confirmado por la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia en decisión del 6 de diciembre siguiente.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por los hechos antes narrados, el señor Jesús Antonio Loaiza Cañas presentó denuncia contra la funcionaria ante la Fiscalía General de la Nación el 26 de agosto de 2013.

La investigación quedó a cargo del Fiscal Séptimo Delegado ante el Tribunal Superior de Barranquilla, quien con fundamento en la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 e invocando ausencia de responsabilidad de conformidad con el numeral 10 del artículo 32 del mismo Estatuto, el 23 de julio de 2015 solicitó la preclusión de la investigación adelantada contra la doctora SILVANA MARGARITA MENDOZA BULA en su condición de Fiscal Cuarenta y Cuatro (44).

TRÁMITE DE LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

1. La Fiscalía.

Tras referirse a los hechos, los elementos probatorios recaudados y al delito de prevaricato, solicitó la preclusión de la investigación por atipicidad de la conducta.

Precisó que para la Fiscalía la decisión adoptada el 17 de mayo de 2012 por SILVANA MARGARITA MENDOZA BULA, es manifiestamente contraria a la ley, debido a que la actuación fue objeto de indagación previa la cual culminó con apertura de investigación con orden de vinculación de varias personas y práctica de prueba, luego no procedía retrotraer la actuación para individualizar e identificar a los indiciados por cuanto esa etapa ya se había superado.

Afirmó, que el aspecto objetivo del tipo de prevaricato por acción se satisface, pues la providencia se apartó de principios constitucionales, preceptos legales, el debido proceso y desconoció los principios de seguridad jurídica, preclusión y doble instancia, dado que la revocatoria de una fase necesaria del proceso, como es la apertura de la instrucción, carecía de justificación, a más de que no dio oportunidad a las partes de impugnarla, dado el carácter de sustanciación que se le imprimió.

No obstante, en criterio del ente acusador, el aspecto subjetivo no se encuentra demostrado, pues no hay prueba indicativa de que SILVANA MARGARITA MENDOZA tenía conocimiento de que infringía la ley y que su voluntad era esa.

Sostuvo, de una parte, que no todas las personas cuya vinculación se ordenó al abrir investigación, estaban plenamente identificadas y tampoco se había establecido su condición de servidores públicos como lo señaló la funcionaria, tanto en la decisión prevaricadora como en la respuesta de la acción de tutela, al igual que los descargos que rindió en el proceso disciplinario que se le adelanta.

Y de otra parte, dijo la Fiscalía, la funcionaria había sido nombrada como fiscal encargada hacía escasos 4 meses, en un despacho con una elevada carga laboral y no tenía experiencia, circunstancia que, a su juicio, permitía vislumbrar la configuración de un error de tipo vencible, previsto en el numeral 10º del artículo 32 del Código Penal, frente al que la ley no prevé sanción, pues solo opera la misma cuando es posible imputar el delito culposos, lo cual no es aplicable en el prevaricato por ser un tipo esencialmente doloso.

Destacó, que con su conducta la funcionaria no causó perjuicio a la víctima si se considera que el restablecimiento del derecho puede realizarse en cualquier estado del proceso, de concurrir los requisitos legales para ordenarlo, además de que al darse cumplimiento de manera inmediata al fallo de tutela, se evitó el daño a aquella.

2. El representante de la víctima.

Se opuso a la pretensión de la Fiscalía por considerar que la conducta es típica.

Adujo en sustento a su postura, que se violó el derecho de defensa y el debido proceso por cuanto la decisión cuestionada debió ser interlocutoria, lo cual impidió a las partes interponer recursos.

Se ocasionó, agrega, perjuicio a la víctima porque estaba probado que desde el año 2000, con documentos falsos, se inscribió ante las oficinas de tránsito un taxi con las placas de un camión de propiedad del señor Loaiza Vargas y las personas que intervinieron en el delito son funcionarios públicos conocidos, no obstante, la fiscalía ha dilatado el proceso y aún no se ha conseguido el restablecimiento del derecho, pese a estar demostrados los elementos del delito.

Para finalizar, afirmó que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y según el artículo 393 y siguientes de la Ley 600 de 2000, luego de decretarse la apertura de la investigación corresponde cerrarla y calificar el sumario, más no retrotraer la actuación a instancias superadas, tal como así lo señaló la Corte al resolver el recurso de apelación del fallo de tutela, indicando que en dicha decisión se incurrió en prevaricato.

3. La defensa.

Aduce que la decisión de la funcionaria se ajustó a la ley porque el derecho es de interpretación, y si los superiores funcionales no están de acuerdo, no significa que sea ilegal.

Explicó, que la decisión la tomó su representada con base en hechos concretos del proceso y estaba ante circunstancias diversas, por lo que consideró que debía retrotraerse la actuación para identificar a los partícipes de la conducta punible, los

cuales bien podían ser particulares, a efectos de encausar la investigación, dadas las falencias probatorias de las que adolecía la actuación en ese momento.

Concluye que la conducta es atípica, ello porque la Fiscal MENDOZA BULA procedió en beneficio del proceso, adicionalmente su decisión no generó perjuicio.

4. La indiciada.

Precisó, que recibió el proceso en cuestión el 4 de mayo de 2012 y el 17 siguiente se pronunció, por cuanto al revisar el expediente consideró, dada la existencia de delitos contra la Administración Pública, que resultaba necesario analizar y determinar si las personas indiciadas eran servidores públicos.

Aseveró, que la decisión la tomó con el convencimiento de que se encontraba ajustada a la ley y que su deber era propender por la individualización e identificación de los imputados.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla, en Sala Penal, accedió a la pretensión de la Fiscalía y decretó la preclusión de la investigación seguida contra SILVANA MARGARITA MENDOZA BULA.

Sostuvo el a quo, tras referir las causales de preclusión previstas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004 y reseñar los hechos, que el proceso en el que actuó como Fiscal la funcionaria acusada se encontraba en instrucción de manera que nada impedía, acorde con lo previsto en el numeral segundo del artículo 331 de la Ley 600 de 2000, proseguir la investigación formal para establecer los autores o partícipes de la conducta punible, sin necesidad de anular la actuación.

Advirtió que según los artículos 322, 329, 330 y 331 de ese Estatuto, no hay diferencias sustanciales entre las finalidades de la indagación previa y la instrucción, coincidiendo la jurisprudencia, en especial la doctrina, en que individualizado el presunto autor o partícipe no se justifica mantener la primera, pues en la investigación puede establecerse cómo, cuándo y dónde se cometió la conducta y si constituye infracción penal; así, de existir duda acerca de la vinculación de los supuestos autores o partícipes, surgía motivo válido para comprobar, independiente de ubicarlos domiciliaria y laboralmente, si tenían o no condición de servidores públicos.

No obstante, señaló el Tribunal, que SILVANA MARGARITA en el informe que rindió dentro de la acción de tutela dejó consignado que los indiciados no estaban individualizados ni identificados plenamente y tampoco se encontraba establecida su calidad de servidores públicos, «fundamento razonable y serio» para entender que su propósito, aunque errado en el procedimiento, tenía por objeto enderezar la investigación para vincularlos en forma correcta, lo cual descartaba la presencia de dolo en su comportamiento.

Y aunque el proveído en cuestión, agregó, debió tener el carácter de interlocutorio y manifestarse que contra él procedían los recursos de ley -yerros que en su criterio son los de mayor trascendencia-, no se causó un grave perjuicio a los intereses del denunciante, por cuanto el atraso que sufrió el proceso se subsanó con la acción constitucional que amparó el derecho fundamental al debido proceso.

Además, dijo, fiscales y jueces pueden ordenar el restablecimiento del derecho en cualquier estadio procesal, una vez estén demostrados los elementos del tipo y acreditados los daños y perjuicios como lo señalan los artículos 66, 21 de la Ley 600 de 2000 y 22 de la Ley 906 de 2004, tal como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, por ende, la decisión cuestionada ninguna incidencia tiene en ese aspecto.

De otra parte, advierte, el artículo 15 de la Ley de 2000 impone a los funcionarios corregir los actos irregulares, de manera que en el ámbito de las posibilidades esa regla ampara la decisión de la indiciada, dada la intención de encauzar la actuación fundada en los supuestos fácticos de la investigación, lo cual impide predicar dolo en su actuar con la intención manifiesta de contrariar la ley o un propósito dañino. En este caso, el fiscal planteó que pudo presentarse un error de tipo vencible, que elimina ese elemento normativo, por cuanto aquella tenía la certeza de que obraba conforme a derecho.

Por todo lo anterior, concluyó el Tribunal a quo, sin el elemento subjetivo no puede afirmarse que existió prevaricato por acción, por ende, no habría lugar a enrostrar responsabilidad a la procesada.

Respecto al prevaricato por omisión, afirmó, que no se materializa, puesto que carece de dolo el comportamiento de la funcionaria.

Agregó, que no se comprobó el elemento subjetivo de la conducta que permita colegir que su actuar estuvo orientado a consignar en la resolución de 17 de mayo de 2012 criterios contrarios a la realidad jurídica, lo cual impide predicar que tuviera conciencia de la irregularidad cometida, de forma que el comportamiento deviene atípico.

CONTENIDO DE LA IMPUGNACIÓN

En criterio del apoderado de la víctima, la solicitud de preclusión elevada por la Fiscalía resulta improcedente por cuanto la conducta es típica, dado que en este caso concurren los elementos característicos del tipo de prevaricato por acción, la funcionaria es servidora pública y emitió una resolución manifiestamente contraria a la ley.

Afirmó, que se quebrantó el debido proceso porque sin justificación alguna la Fiscal retrotrajo la actuación a una etapa de la investigación preprocesal ya superada, desconociendo la preclusividad de las etapas procesales, y violó el derecho de defensa,

porque a un auto interlocutorio le dio el carácter de sustanciación impidiéndole a la víctima la interposición de los recursos de ley.

Tampoco, sostiene, hay ausencia de responsabilidad por la causal prevista en el numeral 10 del artículo 32 del Código Penal, dijo, pues la indiciada sabía que estaba incurriendo en un delito al emitir una resolución contraria a la ley.

Aseveró, que la razón con fundamento en la cual el a quo edificó la decisión para acceder a la preclusión «es falsa», por cuanto contrario a sus aserciones, en el expediente está demostrado, por ejemplo, el fraude en el título traslativo de dominio que se inscribió en la Secretaria de Transporte, dado que a un taxi se reconoció el cupo y placas que correspondían al camión de la víctima, y expone criterios ajenos a la causal de ausencia de responsabilidad alegada, por lo que considera, debe revocarse la preclusión y continuarse con la investigación.

Los no recurrentes.

La Fiscalía solicitó no conceder el recurso por indebida sustentación, dado que el impugnante atacó la solicitud de ese ente y no la decisión del Tribunal.

El defensor de la procesada, coadyuvó la petición de la Fiscalía, señalando, que el impugnante no abordó la sentencia censurada, lo cual ameritaba la declaratoria de desierto del recurso.

CONSIDERACIONES

Competencia.

La Corte es competente para resolver el presente recurso de apelación, de conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 3°, de la Ley 906 de 2004 por tratarse de un

auto dictado en primera instancia por un Tribunal Superior⁴.

La controversia sometida a decisión radica en establecer si la orden que expidió la Fiscal MENDOZA BULA de revocar la resolución de apertura de investigación y disponer de nuevo el inicio de la indagación previa, constituye una resolución ostensiblemente contraria al ordenamiento jurídico, al punto de pregonarse su calidad de prevaricadora, de ser así, se debe precisar si existió dolo en su actuar.

Previo a resolver, la Corporación precisa que, contrario a lo manifestado por la Fiscalía y el mandatario de la indiciada, no obstante las deficiencias argumentativas del recurrente en su exposición, encuentra la Sala que el recurso postulado se sustentó, señalando los yerros de la decisión en cuestión, con indicación concreta de los motivos de inconformidad frente a las conclusiones a las que arribó el Tribunal en respuesta a las pretensión del ente acusador, a partir de lo cual puede la Sala resolver la alzada, como a continuación se procede.

De la Preclusión de la investigación

La preclusión de la investigación, ha dicho la Corte Constitucional⁵, es una institución procesal que autoriza la terminación del proceso penal sin agotar todas las etapas procesales ante la ausencia de prueba para sostener una acusación, lo cual implica la adopción de una decisión definitiva, cuyo efecto es el de cesar la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación y, en consecuencia, el auto que decida la preclusión tiene fuerza vinculante de cosa juzgada.

De manera que si en la evaluación de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida el Fiscal encuentra que hay duda insuperable respecto de la participación del indiciado en los hechos, o hay conocimiento cierto de que la conducta no es delictiva o que el investigado no es responsable, podrá solicitar la preclusión de la investigación ante el juez de conocimiento.

Los artículos 331 a 335 de la Ley 906 de 2004 regulan la preclusión de la investigación, estableciendo que puede ser decretada por el juez de conocimiento a instancia de la Fiscalía en cualquier etapa del trámite, incluso antes de la formulación de la imputación, de encontrar acreditada una de las situaciones contempladas en el canon 332:

«El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal⁶
2. ;
3. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal;
4. Inexistencia del hecho investigado;
5. Atipicidad del hecho investigado;
6. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado;
7. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia; y
8. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de dicho código.

PARÁGRAFO. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión».

También se podrá reclamar la preclusión, si se configura alguno de los motivos de

extinción de la acción penal del artículo 82 del Código Penal, a saber: muerte del imputado o acusado, desistimiento, amnistía, prescripción, oblación, pago, indemnización integral y retractación en los casos previstos en la ley y los demás que consagre la norma.

Las causales relativas a la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal y la inexistencia del hecho investigado también pueden ser solicitadas por el Ministerio Público o por la defensa en la etapa de juzgamiento.

Por manera que la preclusión sólo puede ser decretada por el juez de conocimiento si se acredita en debida forma, alguna de las causales previstas por el artículo 332 del Código de procedimiento Penal de 2004, o cualquiera de las que dan origen a la extinción de la acción penal.

En el caso concreto, la Fiscalía solicitó al Tribunal la preclusión de la investigación seguida contra SILVANA MARGARITA MENDOZA en su condición de Fiscal 44, con fundamento en la causal prevista en el numeral 4º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, esto es, la «atipicidad del hecho investigado», considerando que la conducta atribuida a la prenombrada no es constitutiva de delito de prevaricato, por cuanto si bien desde el punto objetivo es típica, el aspecto subjetivo no se halla configurado por cuanto estima que no actuó con dolo y el error en el que incurrió se produjo por la poca experiencia en el cargo, además de que no se ocasionó perjuicio a la víctima.

El Tribunal acogió la pretensión de preclusión de la investigación por coincidir con que en la providencia emitida por MENDOZA BULA no se verifica el aspecto subjetivo del tipo penal, al concluir que aunque erró en el procedimiento que adoptó, ello tenía como propósito encausar el proceso.

Con el objeto de resolver la apelación, resulta conveniente señalar, que el contexto delictivo que se invoca, se suscitó a partir de la decisión de la entonces Fiscal 44, de revocar la apertura de la investigación ya decretada en un proceso regido por la Ley 600 de 2000, aduciendo la falta de determinación de la personas a las que se atribuía la comisión de los delitos de fraude procesal, fraude a resolución judicial, prevaricato por acción y por omisión, entre otros, cuando tal aspecto había sido plenamente clarificado.

También es oportuno rememorar que esa actuación, atendiendo los delitos objeto de investigación, fue remitido de otra Unidad para que se continuara con el trámite, luego de que en él se ordenara la apertura de la investigación, la vinculación de varias personas y la práctica de pruebas algunas de las cuales se recaudaron. En ese escenario, es que aparece SILVANA MARGARITA MENDOZA BULA, Fiscal 44 encargada para ese entonces.

De suerte que a efectos de auscultar la ilegalidad pregonada, resulta conveniente realizar algunas consideraciones relativas al debido proceso y principio de preclusividad en el proceso penal.

El debido proceso, concebido éste como el cumplimiento estricto de las ritualidades señaladas por la ley, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional se erige en un mandato imperativo que debe regir toda actuación judicial o administrativa, por ende, constituye presupuesto de validez de aquellos que se cumplan con estricto apego a las formalidades y garantías establecidas.

Así, el derecho procesal, y en particular los principios y cánones que lo regulan, son límites al poder judicial, de manera que se excluya la arbitrariedad y capricho de los servidores públicos y se garantice los derechos fundamentales de las partes que intervienen en ellos, como parte de la obligación constitucional y legal que les corresponde.

El proceso penal en Colombia, bajo el régimen de la Ley 600 de 2000, como el actual

sistema acusatorio, se integra por un conjunto de actos jurídicos y fases que guardan entre sí, una relación cronológica, lógica y coherente: unos son soporte y presupuesto de los otros, en forma gradual y sucesiva que se cumplen dentro de los lapsos establecidos por el ordenamiento, que el legislador ha demarcado en detalle, lo cual hace parte del debido proceso.

Entre los principios procesales que regulan el proceso penal se encuentra el principio de preclusión, por cuyo efecto se clausura un estadio procesal, con fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de alcanzar una administración de justicia rápida y eficaz dentro de un periodo razonable, evitando así que los procesos se retrotraigan a etapas y actos ya superados o que se habiliten facultades procesales después de vencidos los límites legales para su ejercicio, prolongándolos indefinidamente.

Así, como consecuencia propia del principio adquieren el carácter firme los actos y etapas cumplidas dentro de él y con ello se extinguen las facultades procesales que no ejercieron las partes durante su transcurso.

De ahí que el proceso penal deba adelantarse respetando las fases y términos procesales en garantía de los derechos fundamentales de los intervinientes, pues su desconocimiento, viola las garantías propias del debido proceso, en tanto, las actuaciones judiciales que se desarrollen tienen límites y son preclusivas, no dependen de la discrecionalidad o arbitrio de cada funcionario, a menos que exista una razón válida para anular lo actuado.

Bajo esa perspectiva no resulta factible volver sobre fases superadas, salvo que exista alguna excusa justificativa

Así lo dispone el 228 de la Constitución Política:

Artículo 228. «(...). Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. (...)”..

Y la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en los artículos 4º, inciso 1º, del artículo 4 -modificado por el artículo 1º de la Ley 1285 de 2009 -y 7º, establece:

“La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria».

“Artículo 7º. EFICIENCIA. “La administración de justicia debe ser eficiente. Los funcionarios y empleados judiciales deben ser diligentes en la sustanciación de los asuntos a su cargo, sin perjuicio de la calidad de los fallos que deban proferir conforme a la competencia que les fije la ley”.

No se aviene entonces al debido proceso, volver sin razón legal a una etapa ya superada, en tanto ello se aparta del concepto de proceso que exige en su trámite orden, continuidad y reglas para el cumplimiento de su objetivo, el cual debe avanzar de manera progresiva, que se truncarían si a voluntad y capricho de los funcionarios no se cumplen la secuencia y términos legales de los diferentes actos que lo componen, desconociendo los derechos fundamentales de las partes.

3. Del prevaricato por acción.

El delito de prevaricato por acción se encuentra definido en el artículo 413 del Código Penal, Ley 599 de 2000, como aquella conducta en que incurre el servidor público cuando profiere “resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley”.

Sobre el delito de prevaricato ha manifestado la Corte que:

«... se configura cuando el servidor público, en ejercicio de las funciones oficialmente discernidas, profiere resolución o dictamen ostensiblemente contrario a la norma jurídica aplicable al caso, haciendo prevalecer su capricho a la voluntad de la ley, y afectando de este modo la integridad del ordenamiento jurídico y con ello la de la administración pública a cuyo nombre actúa».

Es así que la demostración del delito demanda establecer si la resolución, dictamen o concepto es manifiestamente contrario a la ley, lo cual implica el examen del mandato legal que es aplicable al caso y la decisión del funcionario e igualmente evaluar si éste, de conformidad con la información de la que disponía al momento de resolver el asunto, contaba con la posibilidad de ajustarse al precepto normativo por cuya transgresión se le sindicaba, y, por tanto, sabía que con su comportamiento vulneraba el bien jurídico de la administración pública.

Lo anterior por cuanto el delito de prevaricato es eminentemente doloso, por ende, no basta para su configuración la simple disparidad con el ordenamiento jurídico, como lo tiene dicho esta Corporación desde antaño, puesto que «es menester que la disparidad sea de tal modo ostensible que no quepa la menor duda que la decisión obedece a la pura arbitrariedad del funcionario y no a una postura admisible dentro de los más amplios marcos del derecho vigente⁷».

Pues bien, en orden a establecer si en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en efecto se verificó la presencia de una «resolución manifiestamente contraria a la ley», resulta necesario puntualizar la normatividad aplicable a la cuestionada actuación de la Fiscal procesada.

Las normas del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) que regulan en concreto el trámite relativo a la indagación previa y a la apertura de la investigación en lo que interesan al estudio definen:

«Artículo 332 Finalidades. En caso de duda sobre la procedencia de la apertura de la instrucción, la investigación previa tendrá como finalidad determinar si ha tenido ocurrencia la conducta que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades, si está descrita en la ley penal como punible, si se ha actuado al amparo de una causal de ausencia de responsabilidad, si cumple el requisito de procesabilidad para iniciar la acción penal y para recaudar las pruebas indispensables para lograr la individualización o identificación de los autores o partícipes de la conducta punible».

El artículo 325, a la vez establece:

«Duración de la investigación previa y derecho de defensa. La investigación previa se realizará en el término máximo de seis (6) meses, vencidos los cuales se dictará resolución de apertura de instrucción o resolución inhibitoria.

Quien tenga conocimiento que en su contra se ventilan imputaciones en una investigación previa, tiene derecho a solicitar y obtener que se le escuche de inmediato en versión libre y a designar defensor que lo asista en ésta y en las demás diligencias».

Ahora bien, en relación con la instrucción del proceso el artículo 331 ídem indica:

«Mediante providencia de sustanciación, el Fiscal General de la Nación o su delegado, dispondrá la apertura de instrucción indicando los fundamentos de la decisión, las personas por vincular y las pruebas a practicar.

La instrucción tendrá como fin determinar:

1. Si se ha infringido la ley penal.
2. Quién o quiénes son los autores o partícipes de la conducta punible.
3. Los motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación de la ley penal.
4. Las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó la conducta.
5. Las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del procesado, su conducta anterior, sus antecedentes judiciales, de policía y sus condiciones de vida.
6. Los daños y perjuicios de orden moral y material que causó la conducta punible.

En los procesos por delitos contra la administración pública se ordenará comunicar al representante legal de la entidad supuestamente perjudicada y a la Contraloría sobre la apertura de la investigación»

De conformidad con lo anterior, si bien es evidente que el proceso penal se constituye formalmente a partir de la resolución de apertura de instrucción, éste materialmente y de manera gradual se prefigura en la etapa previa, encaminado a verificar la ocurrencia de la conducta punible y establecer los responsables de su ejecución.

Por consiguiente, luego de dictarse resolución de apertura de instrucción, salvo que se hubiere incurrido en algún motivo de nulidad, no hay lugar a retrotraer la actuación, no solo porque la indagación previa es una fase contingente, al punto que el ente investigador bien puede prescindir de su trámite, sino porque dada la similitud de los fines que se persiguen con aquella, pueden realizarse en el desarrollo de la

instrucción, etapa que culmina con la calificación del sumario (artículo 395 ibídem).

En ese orden, la desacertada decisión adoptada por la Fiscal MENDOZA BULA sobre la base de la existencia de unos hechos y delitos distintos y la necesidad de individualizar e identificar a los autores y partícipes evidencia una equivocada comprensión del trámite procesal y además descubre su incipiente conocimiento de la naturaleza de los actos de indagación previa e instrucción.

A lo anterior se suma que, pese a que con la decisión definía un aspecto sustancial del trámite, al retornar la actuación surtida por tres años a una etapa preprocesal, dejando sin validez actos cumplidos y pruebas ya practicadas, con clara afectación de los derechos de los intervinientes, no le imprimió el carácter de interlocutorio a la misma, lo cual impidió a las partes la interposición de los recursos de ley y obligó al denunciante a acudir a la acción constitucional para obtener su nulidad, como en efecto ocurrió, dada su evidente contrariedad con la ley, como lo advirtió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla y esta Corporación al conocer del fallo de tutela en sede de apelación.

Así las cosas, puede concluirse que la conducta de la indiciada, en cuanto esa providencia fue proferida en abierto desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 29 constitucional que define el debido proceso, es objetivamente típica.

Ahora bien, frente al aspecto subjetivo de la conducta, esto es, si al adoptar esta decisión en los términos expuestos, la indiciada procedió con dolo, cabe hacer las siguientes precisiones:

Para examinar dicha situación es necesario destacar, que la Fiscal 43 de la Unidad de Delitos Económicos y Automotores de Barranquilla remitió las diligencias a la Unidad de Delitos contra la Administración Pública, por considerar, según consta en el proveído⁸ de 30 de abril de 2012 que:

«la denuncia por falsedad documental ante la unidad de Automotores fue resuelta por el auto inhibitorio y los actos posteriores que se derivan de los oficios de la Fiscalía a la Oficina de Transito permiten surgir hechos nuevos que no debieron acumularse con la previa inhibida sino iniciar denunciar(sic) los nuevos actos por sus derivaciones. En tal sentido se remitirá la investigación a la Unidad de Administración Pública por competencia por haberse presentado nuevos hechos cuyos tipos penales son de su resorte funcional. De no aceptar el fiscal designado este planteamiento, desde ya se propone conflicto negativo de competencia..».

Con ese fundamento la indiciada revocó la resolución de 15 de abril de 2009 mediante la cual se decretó la apertura de la investigación y resolvió abrir investigación previa, según se lee en el texto de la providencia de 17 de mayo de esa data, que se califica de prevaricadora, argumentando al efecto:

«La nueva queja del denunciante nos traslada efectivamente a hechos distintos de los que ya fueron objeto de resolución inhibitoria, dejando muy en claro que si tienen relación los unos con los otros, que nos remite a épocas distintas, al igual que las conductas punibles son distintas, tal como lo deja ver la Fiscal 43 Delegada de la Unidad de Patrimonio Económico.

De otro lado y teniendo en cuenta que los nuevos hechos fueron acumulados con la previa inhibida, y que se abrió instrucción del proceso para la investigación de los mismos, y observando que aún se tiene dudas acerca de la procedencia de la apertura de la instrucción y tampoco se han recaudado las pruebas indispensables para la individualización e identificación de los autores y partícipes de la acción penal...»

Y concluye: «dispone entonces el despacho revocar la resolución del 15 de abril de 2009 por medio de la cual se decretó la apertura de la instrucción y en su

defecto se resuelve abrir indagación previa conforme a la denuncia del señor JOSÉ DE JESÚS LOAIZA CAÑAS.. 9.»

Así expuesto lo ocurrido, no se observa dolo en el proceder de la funcionaria , pues si bien la revocatoria de la resolución de apertura de investigación discrepa abiertamente de la ley y el debido proceso, es claro que ello fue consecuencia del desconocimiento de la funcionaria del procedimiento a seguir, ante el anuncio de la existencia de hechos y delitos distintos, lo cual la llevó a entender impropriamente que podía retrotraer el proceso para individualizar e identificar a los autores y partícipes de los nuevos hechos, determinar la existencia de conductas punibles contra la administración pública y establecer su condición de servidores públicos, y en ese orden, abrir nuevamente indagación previa.

Adviértase que lo que le impone al Fiscal el artículo 331 de la Ley 600 de 2000, una vez decretada la apertura de la investigación, es ordenar el adelantamiento de actos orientados a establecer precisamente, quién o quiénes son los autores o partícipes de la conducta punible, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó, las condiciones sociales, familiares o individuales de los procesados, los daños y perjuicios de orden moral y material que causó la conducta punible; fines para cuyo cumplimiento la Fiscal retrotrajo la actuación, sin observar que ellos podían hacerse efectivos en la etapa en la que se encontraba el proceso.

La situación analizada permite concluir, que la conducta asumida por la funcionaria, no estaba acompañada de la intención deliberada de infringir el ordenamiento jurídico con su decisión, al disponer iniciar indagación previa en un proceso en el que ya se había decretado la apertura de la investigación, pues es claro que la causa fue la equivocada percepción del asunto sometido a su conocimiento y la inadecuada comprensión de la naturaleza de estas fases procesales, como se deriva del análisis que efectuó para retrotraer la actuación del proceso, lo que descarta la presencia de dolo en su proceder.

La evidencia aportada a la actuación demuestra, además, que la doctora MENDOZA BULA no tenía mayor experiencia en la administración de justicia cuando dictó la cuestionada resolución, por cuanto para ese momento cumplía solo cuatro meses de haber sido nombrada en el cargo y con antelación se había desempeñado en la parte administrativa de la institución, de manera que aún no tenía suficiente habilidad en la dirección de los procesos a su cargo, como para inferir que actuó con conocimiento de que tal hecho era constitutivo de infracción penal o que conociendo tal situación hubiese querido su realización.

Así, la Corte considera, tal como lo concluyó el a quo, que el actuar de SILVANA MENDOZA se produjo con exclusión del dolo prevaricador, lo cual lleva a declarar la atipicidad subjetiva por ausencia de este elemento en la ejecución de la conducta, por lo tanto, se confirmará la decisión de precluir en este sentido la investigación por el delito de prevaricato por acción.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en tal providencia se estudió el prevaricato por omisión, se procede a abordar el estudio respectivo.

Prevaricato por omisión

El artículo 414 del Código Penal, que describe este delito, dice textualmente:

“Prevaricato por omisión. El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años”.

De conformidad con lo anterior el tipo penal de prevaricato por omisión exige para su estructuración objetiva la comprobación de tres elementos: (i) que el sujeto activo tenga la condición de servidor público, (ii) que la conducta típica recaiga sobre un acto

propio de sus funciones, y (iii) que consista en omitir, rehusar, retardar o denegar el cumplimiento de esa función. Y en su aspecto subjetivo, que el agente haya actuado con conocimiento de que estaba faltando a sus deberes funcionales y con voluntad de hacerlo.

Y sobre el contenido y alcance de las modalidades de conducta, esta Corporación ha hecho precisión en el sentido de que omitir es abstenerse de hacer una cosa, pasarla en silencio; retardar es diferir, detener, entorpecer, dilatar la ejecución de algo; rehusar es excusar, no querer o no aceptar una cosa; y denegar es no conceder lo que se pide o solicita¹⁰.

De manera que, incurre en este delito el servidor público que niega una acción que está obligado a realizar o infringe un deber funcional que le ha sido impuesto legalmente.

Ello implica que aquél conozca la situación sometida a su consideración y haya realizado una adecuada valoración de la misma, porque si la desconoce, o se equivoca en su ponderación, llevándolo a la convicción errada de que no debe pronunciarse, la conducta carecerá de connotación penal, por no ser expresión de la voluntad consciente de incumplir un acto propio de sus funciones.

En este evento, se atribuye a SILVANA MARGARITA MENDOZA en su condición de Fiscal 44 la comisión de prevaricato por omisión en razón de no haberse pronunciado sobre el restablecimiento del derecho reclamado por la víctima, referido a la cancelación del registro supuestamente fraudulento de un taxi efectuado ante el Instituto de Tránsito y Transporte del Departamento del Atlántico, efectuado con las placas de un vehículo de propiedad de José de Jesús Loaiza Cañas.

No obstante, el análisis del caso sub lite planteado en precedencia, impide concluir que la indiciada dejó de actuar a sabiendas de que estaba incumpliendo un acto

propio de sus funciones y con voluntad de faltar al deber legal que le asistía.

En efecto, reitera la Sala, la interpretación equivocada del asunto condujo a SILVANA MENDOZA a apartarse del procedimiento que legalmente correspondía y ordenar de nuevo abrir indagación preliminar de los hechos denunciados, luego en tales condiciones, bajo ese errado entendimiento no le resultaba viable evaluar el restablecimiento del derecho reclamado por la víctima.

Sobre la medida de restablecimiento del derecho que solicitó la víctima el artículo 66 de la Ley 600 de 2000 sobre el particular dispone:

«Artículo 66. Cancelación de registros obtenidos fraudulentamente. En cualquier momento de la actuación, cuando aparezcan demostrados los elementos objetivos del tipo penal que dio lugar a la obtención de títulos de propiedad o de gravámenes sobre bienes sujetos a registro, el funcionario que esté conociendo el asunto ordenará la cancelación de los títulos y registros respectivos.

También se ordenará la cancelación de la inscripción de títulos valores sujetos a esta formalidad y obtenidos fraudulentamente.

Si estuviere acreditado que con base en las calidades jurídicas derivadas de los títulos cancelados se están adelantando procesos ante otras autoridades, el funcionario pondrá en conocimiento la decisión de cancelación, para que tomen las decisiones correspondientes.

Las anteriores previsiones, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe, quienes podrán hacerlos valer en trámite incidental.

El funcionario judicial ordenará, si fuere procedente, el embargo de los bienes, sin necesidad de requisitos especiales, por el tiempo que sea necesario».

Para la funcionaria, en razón de la equivocada decisión que adoptó, la investigación apenas comenzaba, y aún no había realizado ninguna gestión investigativa orientada a confirmar o desvirtuar los hechos de la denuncia que le permitiera inferir la comisión de los injustos denunciados, para proceder a adoptar cualquier medida encaminada al restablecimiento del derecho de la víctima.

En ese orden de cosas, por no encontrar demostrado el tipo subjetivo en la conducta de SILVANA MARGARITA MENDOZA BULA, la Corte confirmará en su integridad el auto apelado.

En mérito de lo expuesto, LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

RESUELVE:

1. CONFIRMAR el auto de fecha 29 de septiembre de 2015, mediante el cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla decretó la preclusión de la investigación seguida contra SILVANA MARGARITA MENDOZA BULA, en su condición de Fiscal 44, por la presunta comisión de los delitos de prevaricato por acción y por omisión.

2. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

SECRETARIA

1 Fl. 55 c. acción de tutela.

2 Fl. 81 ídem.

3 Fl. 170 cuaderno copias para la investigación previa.

4 CSJ AP, 30 nov 2006, rad. 26.517. Aunque el artículo 334 de la Ley 906 de 2004 utiliza la expresión “sentencia” para referirse a la naturaleza de la decisión que decreta la preclusión, esta Corporación tiene precisado que dicha providencia está revestida de la condición de auto.

5 Fl. Sentencia C-920/07.

6 Esta causal se debe interpretar conforme al artículo 77 del Código de Procedimiento Penal en donde se plasman los eventos en los cuales se extingue la acción penal: muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de

oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querella y desistimiento.

7 Sentencia de 18 de febrero de 2003, radicado 16262, entre otras.

8 Fl. 81 cuaderno acción de tutela.

9 Fñ170 folder copias de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal.

10 C.S.J., Única Instancia 26243, auto de 27 de octubre de 2008.