

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

AP416-2018

Radicación n° 49932

(Aprobado Acta n° 25)

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el defensor de la procesada DANNYS BEATRIZ DE LA CRUZ DE AZUERO, en contra del auto proferido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, el 3 de marzo de 2017, a través del cual no accedió a decretar la nulidad de la audiencia de acusación.

HECHOS

La Fiscalía acusó a DANNYS BEATRIZ DE LA CRUZ DE AZUERO y a ADOLFO NIEBLES TORRES por los delitos de Prevaricato por acción (art. 413 del Código Penal), Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (Art. 416 del Código) y Empleo ilegal de la fuerza pública (artículos 413, 416 y 423 del Código Penal), por sus actuaciones en el cargo de Fiscal 49 delegado ante los jueces penales del Circuito de Barranquilla (la primera como titular, y el segundo, quien era su asistente, mientras estuvo encargado de dicho despacho), en los siguientes términos:

El delito de prevaricado por acción (...), conducta en la cual incurrió cada uno de los imputados prenombrados en razón a que en calidad de servidor público uno y otro emitió decisión manifiestamente contraria a la ley, sesgando la valoración de las pruebas, amén abrogándose jurisdicción ajena a sus funciones, disponiendo dolosamente el restablecimiento del derecho de propiedad al denunciante y pasando por alto situaciones de hecho reguladas, amén imponiendo medida de aseguramiento sin fundamento probatorio sobre la existencia del hecho punible y su correspondiente imputación de responsabilidad penal, vulnerando en forma real y efectiva el bien jurídico de la administración de justicia...

El delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (...) conducta en la que incurrió el servidor público por cuanto con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometió acto arbitrario o injusto al disponer el desalojo de los ocupantes o de los poseedores del predio.

El delito de empleo ilegal de la fuerza pública (...), por cuanto además obtuvo el concurso de la fuerza pública para consumir acto arbitrario o injusto.

Según el contenido de la acusación, la decisión de DANNYS BEATRIZ DE LA CRUZ, de ordenar la cancelación de las escrituras del inmueble objeto de disputa y disponer el desalojo de los poseedores, dentro de la investigación penal adelantada por la denuncia presentada por Jamilton Mejía Cupitra en nombre de la sociedad Inversiones Prisma Nova S.A., es manifiestamente contraria a derecho, bien porque no existían bases probatorias, ora porque el asunto sometido a su conocimiento era de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o de la Jurisdicción Agraria.

De otro lado, estimó que lo resuelto por ADOLFO NIEBLES TORRES, en calidad de fiscal encargado, sobre la medida de aseguramiento impuesta a los denunciados, es manifiestamente contrario a derecho por desconocer la realidad probatoria.

ACTUACIÓN RELEVANTE

El 27 de agosto de 2015 la Fiscalía formuló imputación en contra de los procesados, bajo los presupuestos fácticos y jurídicos relacionados en el acápite anterior.

En los mismos términos, el escrito de acusación fue radicado el 29 de octubre del mismo año. Después de múltiples aplazamientos, el 22 de febrero de 2016 se dio inicio a la audiencia de acusación por parte del Tribunal Superior de Barranquilla, en cuyo curso los defensores recusaron a los tres magistrados que conformaron la Sala de Decisión Penal de dicha corporación.

Las diligencias, para tal efecto, fueron remitidas a esta Corte, que mediante auto del 16 de marzo de 2016 se abstuvo de resolver sobre la recusación, ordenando su devolución al Tribunal de origen a efectos de que se dirimiera el incidente al interior de su Sala de Decisión Penal.

El 20 de abril de 2016, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, incluido un conjuez, declaró improcedente la recusación propuesta por los defensores de los acusados.

Antes de que se instalara la audiencia preparatoria, el día 4 de octubre de 2016, el defensor contractual de la procesada DANNYS BEATRIZ DE LA CRUZ presentó y sustentó una solicitud de nulidad, argumentando que al ser reemplazado por un defensor público, quien no tenía conocimiento del proceso, se vulneró su garantía de defensa y, además, que durante la audiencia de acusación el Tribunal no le brindó a las partes la oportunidad de solicitar las nulidades, lo que era un paso obligatorio luego de resuelta la recusación.

Antes de que el Tribunal resolviera sobre la solicitud de nulidad, el representante de la víctima presentó un memorial suscrito por ésta, donde expresó su decisión de desistir de la querrella frente al delito de Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto. Ante esa situación, el delegado de la Fiscalía General de la Nación le solicitó al Tribunal decretar la preclusión de la instrucción, fundada en la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la

acción penal.

El 5 de octubre de 2016, el Tribunal Superior de Barranquilla decidió decretar la nulidad parcial de lo actuado desde la audiencia de imputación, inclusive, sólo en lo que concierne al delito consagrado en el artículo 416 del Código Penal, bajo el argumento de que no se surtió la conciliación como requisito de procedibilidad (artículo 522 de la Ley 906 de 2004).

Señaló, además, que esa decisión se tomaba dentro de la audiencia de acusación, que aún no había terminado, merced a la solicitud presentada por el defensor de la procesada. Frente a este tema, decidió “declarar que la audiencia de acusación se continúa evacuando, incluso el 5 de octubre de los corrientes”.

No se pronunció frente al desistimiento de la querella ni resolvió la solicitud de preclusión presentada por la Fiscalía, bajo el argumento de que al decretar la nulidad de lo actuado desde la imputación perdió competencia para resolver sobre estos temas.

Interpuesto el recurso de apelación en contra de dicha determinación por el defensor de DE LA CRUZ DE AZUERO, la Corte decidió, por proveído del 23 de noviembre de 2016, revocar el auto proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla mediante el cual se decretó la nulidad parcial de lo actuado, y dispuso devolver las diligencias para que el funcionario de primera instancia se pronunciara frente al desistimiento de la querella presentado por la víctima y la preclusión solicitada por el delegado de la Fiscalía General de la Nación.

Devuelta la actuación, mediante auto del 3 de marzo de 2017, el Tribunal Superior de Barranquilla decidió decretar la preclusión con fundamento en el desistimiento de la querella en relación con el delito de Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto; además, no accedió a la solicitud de nulidad de la audiencia de acusación.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

El Tribunal, convocó a la continuación de la audiencia de acusación, en la que se refirió a los dos temas que venían siendo planteados y sobre los cuales la Corte le ordenó su pronunciación.

Así, en torno a la solicitud de preclusión presentada por la Fiscalía determinó su procedencia en relación con el delito de Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (artículo 416 del Código Penal), argumentando que se trata de un delito querellable en los términos del artículo 74 de la Ley 906 de 2004 y, por lo tanto, resulta procedente el desistimiento de la querella manifestado de manera escrita por la víctima, enervándose de esa manera la acción penal.

En consecuencia, razonó el juez colegiado, al existir desistimiento de la querella, producido antes del inicio de la audiencia de juicio oral, resulta procedente la preclusión por la imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal (artículo 332 - 1 de la Ley 906 de 2004), disponiéndolo de esa manera en relación con el precitado delito.

En relación con la nulidad que venía siendo planteada por la defensa, el Tribunal entendió que con el nombramiento de un defensor público para que se encargara de los intereses de la acusada DE LA CRUZ AZUERO, ante la ausencia de su abogado contractual, no se transgredieron sus garantías procesales, pues el propósito de tal designación estribó en no permitir el entorpecimiento de la actuación, además que se hizo durante un breve lapso de la ya dilata audiencia de acusación, habiendo sido retomada la defensa por el abogado de confianza de la procesada, por lo que resultó intrascendente la solicitud del recurso extremo a un asunto que no implicó indefensión alguna.

LA IMPUGNACIÓN

El defensor de la acusada DANNYS BEATRIZ DE LA CRUZ DE AZUERO interpuso el recurso de apelación en contra de dicha decisión, aduciendo como sustentación que aunque entiende que lo que era motivo de su inconformidad fue resuelto de acuerdo a sus pretensiones

cuando el Tribunal repuso su actuación, por lo que se trata de un hecho superado, insiste en su impugnación a efectos de que la Corte, «de manera pedagógica», se pronuncie sobre el correcto entendimiento del trámite previsto en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, concretamente sobre las consecuencias jurídicas de «las comas» que separan las palabras “incompetencia, impedimentos, recusaciones y nulidades”, pues entiende que el procedimiento que en ese sentido llevó a cabo el Tribunal no consultó el verdadero sentido de la norma.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

En su intervención como no recurrente, tanto el delegado de la Fiscalía como el representante de la víctima, solicitan no revocar la decisión impugnada, por cuanto el recurso de apelación no tiene como propósito solicitar aclaraciones al superior jerárquico, sino atacar aspectos de la decisión recurrida, lo que en realidad el recurrente no llevó a cabo.

Por su parte, el defensor del acusado ADOLFO NIEBLES TORRES, reclama el pronunciamiento de la Corte sobre el real entendimiento del artículo 339 de la Ley 906 de 2004, no obstante reconocer que el asunto planteado en relación con las nulidades propuestas fue debidamente resuelto y de manera favorable a las pretensiones de la defensa de los procesados, pues fueron subsanados los defectos de la actuación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, la Corte es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla.

Correspondería entonces adentrarse en el tema objeto de estudio, de no ser porque la Sala observa que el recurrente no cumplió con la obligación de sustentar de manera adecuada el

recurso de alzada interpuesto, como lo impone el artículo 178 del Código de Procedimiento Penal de 2004, modificado por la Ley 1395 de 2010.

Así, la misma normatividad procesal establece como sanción procesal la de declarar desierto el recurso (artículo 179A ibídem), como consecuencia de no ser sustentado por el recurrente o de hacerlo en términos que no guarden ninguna relación con lo decidido en la providencia que es objeto de censura.

De manera que el mandato de la mencionada disposición no se limita al plano formal, sino que impone la carga procesal de sustentar el recurso, entendiéndose por ello la obligación de referirse a los argumentos fácticos y jurídicos de la decisión que impugna y mostrar dialécticamente su inconformidad con los mismos.

Precisamente en relación con ese aspecto, la Sala ha señalado:

De ahí que la fundamentación de la apelación constituya un acto trascendente en la composición del rito procesal, en la medida que no basta con que el recurrente exprese inconformidad genérica con la providencia impugnada, sino que le es indispensable concretar el tema o materia de disenso, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que conducen a cuestionar la determinación impugnada, carga que de no ser acatada, obliga a declarar desierto el recurso, sin que se abra a trámite la segunda instancia, toda vez que de frente a una fundamentación deficiente el funcionario no puede conocer acerca de qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio. Pero una vez satisfecho el presupuesto de la fundamentación explícita o suficiente, en cuanto identifica la pretensión del recurrente, adquiere la característica de convertirse en límite de la competencia del superior, en consideración a que sólo se le permite revisar los aspectos impugnados.¹

Entonces, la declaratoria de desierto del recurso se presenta bajo dos circunstancias: (i) el silencio absoluto del apelante durante el término otorgado por la ley para sustentar, y, (ii)

cuando a pesar de haber hecho uso de ese término, no da a conocer los motivos de disenso o se formula de modo aparente en cuanto a que no se refiere en lo más mínimo a los aspectos consignados en la decisión judicial que se trata de cuestionar.

Tal examen corresponde hacerlo al juez de primera instancia, de cara a cumplir con lo normado por el citado artículo 179A de la Ley 906 de 2004.

No obstante, en este caso, el Tribunal dio por sustentado el recurso a pesar de lo insustancial de la intervención del impugnante, quien limitó su discurso a manifestar que estaba conforme con la decisión y que consideraba el debate propuesto como un hecho superado, no obstante que se enfrasca en un impertinente discurso relativo al contenido del artículo 339 de la Ley 906 de 2004, sobre lo cual solicita el pronunciamiento de la Corte.

En realidad, si no existía ningún interés en el recurrente por cuestionar los fundamentos de las decisiones proferidas por el juez a quo, puesto que, como él mismo lo reconoció, quedó conforme con la decisión, resultaba innecesario que se diera cabida a la sustentación de un recurso de apelación con el único interés de que la Corte de manera pedagógica se pronunciara sobre el correcto entendimiento del desarrollo de la audiencia de acusación y sobre asuntos que, entre otras cosas, han sido satisfechos a los intervinientes en tanto en su trámite han presentado recusaciones y nulidades.

No es ese el cometido de un recurso de apelación y tampoco es por esa vía que se puede promover un pronunciamiento jurisprudencial de la Sala, pues no es función de la Corte la de servir de órgano consultor para las partes e intervinientes del proceso penal.

Lo que en verdad se advierte en el comportamiento procesal de la defensa de la acusada, es el ánimo de dilatar la actuación formulando de manera reiterada toda clase de temas impertinentes, sin que en ese cometido haya sido siquiera controlado por parte de los magistrados que conforman la sala de decisión del Tribunal, quienes confundidos en su dirección del proceso, han desconocido que el juez se encuentra dotado de poderes

disciplinarios con los que puede evitar esa clase de ardides, siendo su deber aplicar las medidas correccionales que garanticen el normal desarrollo del proceso y «evitar las maniobras dilatorias y todos aquellos actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos, mediante el rechazo de plano de los mismos».

Por lo demás, encuentra la Sala que el Tribunal, acatando la orden impartida por la Corte, se pronunció a través del auto cuestionado sobre los temas relativos al desistimiento de la querella presentado por la víctima y la preclusión solicitada por el delegado de la Fiscalía General de la Nación, en forma que resultó favorable a las peticiones de la defensa de los procesados, razón por la cual su interés en recurrir la decisión había decaído.

En consecuencia, ante la ausencia de señalamientos claros y concretos de los yerros en que incurrió el Tribunal en el auto impugnado, este debió adoptar la decisión prevista en el artículo 179A del Código de Procedimiento Penal, sin embargo, ante la omisión de tal pronunciamiento, ahora se impone declarar desierto el recurso presentado por la defensa, porque ningún objeto de discusión sobre la providencia impugnada se plantea para dirimir en esta instancia.

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

RESUELVE

DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación presentado por la defensa de DANNYS BEATRIZ DE LA CRUZ DE AZUERO, en contra del auto proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla el 3 de marzo de 2017, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

Contra esta decisión procede recurso de reposición.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 CSJ SP, 11 abr. 2007 rad. 23667