

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado Ponente

AP4852-2015

Radicado N° 46533.

Aprobado acta No. 295.

Bogotá, D.C., veintiséis (26) agosto de dos mil quince (2015).

VISTOS

Se desata el recurso de apelación interpuesto por el Procurador 83 Judicial II Penal en contra del auto proferido el 5 de junio de 2015 por el Tribunal Superior de Cartagena, mediante el cual decretó la preclusión de la indagación seguida contra ANA GERTRUDIS DÍAZ ORTEGA por los delitos de Prevaricato por acción y por omisión.

ANTECEDENTES

1. Fácticos

En denuncia instaurada en contra de la señora ANA GERTRUDIS DÍAZ ORTEGA, se enunciaron los siguientes hechos:

1. ,... la demanda con radicado 0949 de 2010 se admitió por parte del Juez Cuarto Civil Municipal de Cartagena-Bolívar, señora ANA GERTRUDIS DIAZ ORTEGA en fecha 18 de Noviembre de 2010(...)

1. (sic) estando el proceso al despacho desde el día siete (01) (sic) de Marzo de 2013 para dictar sentencia, no tuvo en cuenta los recibos de pagos aportados por el apoderado de la parte demandada de los bancos AV VILLA Y BANCOLOMBIA, ni tampoco le dio validez a la certificación enviada por el banco AV VILLAS donde le manifiesta que si se dieron as transacciones de transferencia de dinero entre el demandado señor NAPOLEON FERRER GOMEZ, y con su respectivo número de cedula y la copropiedad Edificio PALO ALTO, no la tuvo en cuenta ni a valoro como se puede notar en la sentencia respectiva que no hizo ni siguiera (sic) alusión a ellas, ni tampoco tuvo en cuenta que la parte demandante le manifestara en la contesta de las excepciones y en los alegatos de conclusión que solo le reconocía dos pagos ni tampoco reconoció los otros recibos de pago que reposan en el expediente, que dan prueba fehaciente que la deuda esta cancelada en su totalidad, llevando así que el demandado pague dos veces la misma deuda. Es más en la consideración de la sentencia dice que no tiene la certeza que se hallan hecho los pagos por parte del demandado a la copropiedad, es ahí donde señor Fiscal, la señora Juez tenia las herramientas jurídicas para que ella tuviera la convicción para poder fallar en derecho (por ejemplo, decretar de oficio el interrogatorio de parte de la señora administradora de dicha copropiedad y las que estimare conveniente para el esclarecimiento de los hechos materia de dicha litis).

1. Es de anotar que los dos pagos que reconoce el apoderado de la parte demandante están soportados y relacionados en el pago de las transferencias bancarias que se

encuentran en el expediente contentivo y con las mismas formas de pago.

2. Procesales

El 4 de octubre de 2013, un apoderado de Napoleón Ferrer Gómez presentó denuncia en contra de ANA GERTRUDIS DÍAZ ORTEGA, en su condición de Juez Cuarta Civil Municipal de Cartagena.

Luego que obtuviera el cumplimiento de algunas órdenes a policía judicial, la Fiscalía Cuarta delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena, el 20 de agosto de 2014 radicó ante esta corporación solicitud de audiencia de preclusión por atipicidad de las conductas investigadas.

La audiencia respectiva tuvo lugar en sesiones del 11 de marzo y del 5 de junio de 2015. En esta última, el Tribunal resolvió precluir la investigación y, ante el recurso de apelación interpuesto por el delegado del Ministerio Público, concedió la impugnación en el efecto suspensivo.

E L A U T O A P E L A D O

El Tribunal decretó la preclusión solicitada por el delegado de la Fiscalía y lo hizo con base en los siguientes argumentos:

- En primer lugar, explicó las causales, legitimación y oportunidad para solicitar la preclusión en la Ley 906 de 2004. Luego recordó que el hecho que suscitó la denuncia fue que la Juez Cuarta Civil Municipal de Cartagena, Dra. ANA GERTRUDIS DÍAZ ORTEGA, dictó sentencia en la que ordenó seguir adelante la ejecución, sin tener en cuenta las pruebas que demostraban el pago de la obligación que se perseguía.
- Luego anota que es procedente la preclusión y no el archivo en el presente caso,

pues éste último presupone que haya “ostensibilidad suma” de que el hecho no reviste las características de un delito y tal situación no acaece en el presente caso en el que ha de determinarse si la decisión del 20 de agosto de 2013 es manifiestamente contraria a derecho por no tener en cuenta pruebas que hubiesen cambiado el curso del proceso, pues éste conlleva un mínimo estudio que excluye la atipicidad manifiesta. En ambos escenarios procesales, además, asegura se garantiza suficiente controversia.

- Explica los requisitos típicos del Prevaricato por acción y señala que en el caso bajo examen no se verificó una contradicción manifiesta de la providencia con la ley, pues la juez valoró todas las pruebas incluidas las que demostraron la consignación de dineros en el Banco AV Villas y resolvió las excepciones de mérito que propuso el demandado, al final de lo cual concluyó que no había certeza en cuanto a que dicho depósito correspondía al pago de la obligación cuya ejecución se perseguía.

- En cuanto a la demora para dictar sentencia en el proceso ejecutivo civil, manifiesta que no materializa el Prevaricato por omisión, pues el paso del tiempo estuvo justificado por la recepción de pruebas, por el inicio de incidentes de desacato en contra de AV Villas y por la resolución de memoriales que solicitaban ampliación del término probatorio. El retardo, afirma, da lugar a sanciones disciplinarias pero no siempre a la configuración del Prevaricato por omisión.

EL RECURSO

I. Recurrente: el motivo del disenso, asegura, “es muy focal y tiene varios niveles”. En primer lugar recuerda que la ley (orden jurídico) es fuente principal de derecho y que la jurisprudencia y la equidad son criterios auxiliares. Luego, se pregunta cuál es el fundamento de la distinción entre la atipicidad tenue y la protuberante, pues en los artículos 79 y 332 esa diferenciación no se hace. En tal sentido, advierte que una cosa es que una providencia sea abiertamente ilegal como ingrediente normativo del tipo de

Prevaricato, y otra es que exista la denominada atipicidad tenue, considerando esta última como una “criatura jurídica” procreada en la decisión impugnada. Por último, en cuanto a las posibilidades de controversia del archivo y de la preclusión, recuerda que tan diferentes son esos institutos que esta Corte los ha delimitado con suficiencia.

Para el impugnante, la competencia del Tribunal está en crisis porque invade o usurpa la de la Fiscalía. Ello es tan cierto, afirma, que el primero tuvo que salir a verificar si el pago de la obligación civil se hizo y ello correspondía a la segunda. Entonces, si el problema jurídico es determinar si la juez profirió sentencia de ejecución por una obligación ya saldada, cuestiona si el Tribunal tenía certeza sobre la atipicidad cuando hizo afirmaciones como “no se sabe” si las transferencias bancarias corresponden o no a la extinción de la obligación y ello debió verificarlo la Fiscalía. Fue tal la invasión del rol acusador, continúa, que se resolvió sobre el Prevaricato por omisión, cuando lo denunciado fue uno por acción y, en tal sentido, se consideró que había un retardo con consecuencias quizás disciplinarias, nunca penales, lo cual implicó una valoración y, además, una incoherencia porque nunca se ordenó la compulsa de copias respectiva.

No sin antes solicitar que los argumentos para oponerse a la preclusión sean integrados a los de la sustentación del recurso, deprecó la revocatoria del auto de preclusión y la remisión a la Fiscalía para que cumpla con su obligación de valorar lo que se le ha probado y resuelva si imputa o no, aunque es evidente su voluntad en el último sentido. Por último, destaca el desinterés de la juez indagada por el caso porque no ha comparecido a las audiencias.

II. No recurrente: el representante de quien intervino como víctima manifestó adherirse a la posición del Ministerio Público, asegurando que AV Villas emitió una certificación en la que se valoraban los pagos realizados por el demandado a la cuenta de la demandante. Considera equivocado que en la providencia se afirme que en los comprobantes de consignación no aparecían más anotaciones, cuando puede apreciarse

que el número en ellos estampado corresponde a la cédula del demandado, lo cual podía comprobarse acudiendo a la Registraduría; sin embargo, advierte, esta diligencia no fue realizada ni por la demandante ni por la Fiscalía.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 3º, de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal es competente para conocer de los recursos de apelación contra los autos y sentencias que profieran en primera instancia los tribunales superiores. En consecuencia, se aborda el estudio de la impugnación que propusiera el delegado de la Procuraduría en contra la decisión proferida por el Tribunal Superior de Cartagena consistente en decretar, a solicitud de la Fiscalía, la preclusión de la indagación seguida en contra de ANA GERTRUDIS DÍAZ ORTEGA por los delitos de Prevaricato por acción y por omisión.

Según el artículo 250 de la [Constitución Política](#), modificado por el Acto Legislativo No 003 de 2002, la Fiscalía General de la Nación tiene la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito. Sin embargo, el mismo artículo superior en su numeral 5º, faculta a dicho órgano para solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de la investigación cuando, según lo dispuesto en la ley, no hubiese mérito para acusar. Esa misma facultad aparece reiterada en el artículo 331 de la Ley 906 de 2004 y, según lo dispuesto en la sentencia C-591 de 2005, puede ejercitarse en cualquier momento, es decir, aun con anterioridad a la formulación de la imputación.

En el evento bajo examen, resultan suficientes las anteriores citas normativas para rechazar la inconformidad basilar del recurrente –incompetencia del Tribunal Superior de Cartagena para decidir sobre la preclusión deprecada por la Fiscalía- porque

muestran con claridad meridiana que, en el sistema procesal adoptado en Colombia mediante el Acto Legislativo No 003 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004, (i) la agencia estatal de persecución penal tiene legitimidad para solicitar la preclusión aun desde antes de la formulación de la imputación y (ii) el juez de conocimiento, en nuestro caso el Tribunal en mención, es el competente para conocer de dicha solicitud. En tal sentido, ninguna intromisión, usurpación o invasión de roles puede aseverarse si, en torno a la preclusión, la Fiscalía se limita a postular y el juez del hipotético juicio a decidir, tal y como aquí sucedió.

Con un propósito un tanto ininteligible, el delegado del Ministerio Público parece confundir la legitimidad procesal que ostenta la Fiscalía para acceder a una audiencia en la que pueda ventilar una pretensión de cesación del ejercicio de la acción penal y a que la misma sea resuelta, con aquélla de carácter sustancial que le permite obtener la decisión preclusiva que persigue siempre y cuando cumpla con la carga de demostrar uno de los supuestos de hecho contemplados en el artículo 332 del C.P.P./2004. Aquélla, la legitimidad puramente procesal, es incontrovertible porque, entre otras cosas, su origen es constitucional y genera para el juez competente no una facultad sino la obligación de adoptar una decisión¹, en virtud del principio de acceso efectivo a la administración de justicia². De contera, una vez la Fiscalía activa la jurisdicción, la única controversia posible es en torno al sentido de la decisión mediante los mecanismos legales de impugnación.

En alguna parte de la sustentación, el recurrente parece comprender el ámbito legítimo de controversia cuando se pregunta si al Tribunal le asistía certeza sobre la atipicidad de la conducta de ANA GERTRUDIZ DÍAZ ORTEGA frente al delito de Prevaricato por acción, pues éste reconoció que no se sabía si las consignaciones efectuadas por el demandado civil correspondían al pago de la obligación

cuyo cumplimiento se perseguía. Sin embargo, ninguna vocación de prosperidad tiene esa aseveración porque denotó una simple inquietud personal que nunca trascendió al cuestionamiento concreto de los fundamentos de la decisión. Es más, se equivocó el censor porque la falta de certeza aludida en el auto de preclusión no era del Tribunal acerca de la atipicidad de la conducta, sino la que éste concluyó le asistía a la juez indagada y que la determinó a no tener por demostrada la extinción de la obligación ejecutada, a partir de lo cual dilucidó que la decisión tildada de prevaricadora plasmó un criterio razonable de valoración probatoria y nunca un acto deliberado de violación de la ley.

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.

Ahora, sin desconocer que el archivo de las diligencias (art. 79 C.P.P./2004) y la preclusión ampliamente aludida, son institutos autónomos en cuanto tienen causales, trámites y efectos propios, tampoco puede predicarse entre ellos una relación de contradicción porque comparten la naturaleza de ser mecanismos que paralizan -definitiva o temporalmente- el ejercicio de la persecución penal. Es más, desde el punto de vista sustancial la diferencia es de grados de conocimiento

sobre la causal y de efectos, así la atipicidad objetiva del hecho investigado puede dar lugar (i) al archivo si subsisten dudas razonables sobre la concurrencia de esa categoría dogmática, situación que deja abierta la posibilidad de reanudar la investigación; o (ii) a la preclusión si existe conocimiento cierto sobre la ausencia de la tipicidad, por lo que producirá el efecto de cosa juzgada.

Por último, menos aún le asiste razón al delegado de la Procuraduría cuando asevera que el Tribunal, motu proprio o de manera oficiosa, precluyó la indagación también por el delito de Prevaricato por omisión, pues la Fiscalía así lo solicitó y la denuncia aludió también a esa conducta punible. Además, el impugnante trajo a colación argumentos como que se omitió compulsar copias para la respectiva investigación disciplinaria o que la indagada no mostró interés por comparecer a la audiencia, los cuales son manifiestamente impertinentes porque de ninguna manera socavan la legalidad o la corrección de la preclusión decretada.

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.

DECISIÓN

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

RESUELVE

Confirmar el auto proferido el 5 de junio de 2015 por el Tribunal Superior de Cartagena, mediante el cual decretó la preclusión de la indagación seguida contra ANA GERTRUDIS DÍAZ ORTEGA por los delitos de Prevaricato por acción y por omisión.

Contra esa decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Según el artículo 138 del C.P.P./2004 es un deber de los funcionarios judiciales “Resolver los asuntos sometidos a su consideración dentro de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional.”

2 Art. 229 de la Constitución Política: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. (...)”.