



*República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla
Sala Penal*



LEY 906 DE 2004
CAUSA PENAL: SENTENCIA
M.P.: Luis Felipe Colmenares Russo
Febrero tres (03) de dos mil diecisiete (2017)
C.U.I.: 08001-60-01-257-2015-00020-01
Ref. Int. Tribunal: 2016-00391
Aprobado por Acta No.: 025

Constatada la asistencia de los sujetos procesales, procede la Sala a resolver lo pertinente en el presente:

1. - EL ASUNTO

Se resuelve la SOLICITUD DE PRECLUSIÓN que elevó el Dr. JAIRO VERGARA BENITEZ, en su condición de FISCAL SÉPTIMO DELEGADO ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR JUDICIAL DE BARRANQUILLA (Atlántico), dentro de la investigación seguida en contra de la Dra. XXXXXXXXXX, en su condición de JUEZ XXXXXX DEL CIRCUITO DE ESTA CIUDAD, por los presuntos delitos de PREVARICATO POR ACCIÓN y OMISIÓN (Art. 413 y 414 C.P.).

2. - LOS ANTECEDENTES

2.1- DE LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

El delegado Fiscal principió por hacer un recuento fáctico, de cara a la denuncia impetrada en contra de la indiciada Dra. XXXXXXXX, por la presunta comisión de los delitos que vienen mencionados, para concluir que, en sintonía con lo depuesto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, la de Rad. N° 42.501, le corresponde al Juez siempre hacer un control de la demanda que se pone en su conocimiento, cosa que conllevó a la premencionada funcionaria judicial a rechazar la demanda ejecutiva presentada por el señor DEVIA MENESES contra PINTUREC S.A., a través de decisión adiada 10 de Junio de 2014.

Determinación que, a su juicio, no merece reproche ninguno, según argumentaba el Fiscal, máxime que se adecuaba a la Ley, de modo que, no se configura el primer punible en mención y, la misma suerte corre el otro delito anotado, ya que el hecho que no se hubiese enviado el expediente para que se desatara el recurso de apelación incoado en contra de ese auto, obedece a que se está a la espera que, se notifique la actuación conforme lo indica la Ley. Situación que si se revisa los pormenores, son de aquéllas que escapan a la fuerza y voluntad de la señora Juez, puesto que existieron dificultades con el lugar de notificación, etc.

En consecuencia, pidió que se PRECLUYERA la investigación, de conformidad con el numeral 4, del Artículo 332 de la Ley 906/04 por: “ATIPICIDAD DEL HECHO INVESTIGADO”.

2.2.- DEL MINISTERIO PÚBLICO

El delegado de esa entidad, sin repetir lo que ya está en audio, acogió los planteamientos esbozados por el representante de la Fiscalía General de la Nación (2.1. *up supra*) y coadyuvó la petición de aquél.

2.3. DEL REPRESENTANTE DE VÍCTIMA

El apoderado judicial del presunto perjudicado, como pretensión principal, se opuso a la solicitud de preclusión de la investigación a favor de la indiciada, ya que, en su criterio, la decisión adoptada por aquélla y el procedimiento del que echó mano no se compadece con lo que la Ley determina, sobre todo cuando lo que debió hacer fue rechazar la demanda desde el inicio o bien ponerla en secretaría a efectos de subsanar los yerros que tenía. Y, en caso de no acogerse su petición, de forma subsidiaria pidió que se emitiera resolución de acusación en contra de la funcionaria judicial o se le conminara a que enviara a su superior el recurso de apelación para lo de su competencia.

2.4.- DE LA DEFENSA

El profesional del derecho que ha venido representando a la indiciada desde los albores de la actuación, pidió que se precluyera la investigación a favor de su prohijada, amén de las consideraciones que

puso de presente el delegado Fiscal (2.1. *up supra*) y hace otras aseveraciones generales en punto del tema en discusión.

3. - CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1- COMPETENCIA

La Sala Resulta competente para emitir el presente pronunciamiento, al tratarse de un Juez que se desempeña en este Distrito Judicial. Igualmente, acorde con el articulado 331 y siguientes de la Ley 906 de 2004 y la jurisprudencia, en los que se indica que se resolverá la solicitud de preclusión propuesta por la representante del ente acusador.

3.2- DEL PROBLEMA JURÍDICO

Se tiene que el problema a jurídico a resolver está comprendido en el hecho de sí la Dra. XXXXXXXX está incurso o no en los delitos de PREVARICATO POR ACCIÓN y OMISIÓN (Art. 413 y 414 C.P.), amén de la decisión adoptada dentro del proceso con radicado N° 1974-2989 y supuestamente por haber “retardado” injustificadamente el trámite de apelación impetrado en contra de su determinación.

3.3.- CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

Sea lo primero advertir que, de cara al debate suscitado en torno a la pensión sanción en cabeza del señor JULIO CESAR DEVIA MENESES y los demás asuntos de esta índole no son del resorte de este proceso penal, luego entonces, ninguna consideración a ese respecto se hará. La misma suerte correrá lo relativo a las pretensiones subsidiarias del representante de víctima, ya que: (i) el escrito de acusación recae única y exclusivamente en la competencia de la Fiscalía General de la Nación, como en su momento se le hizo aclarar, y en ello no tiene injerencia esta Sala de Decisión Penal y (ii) los términos de los procesos que se llevan en el JUZGADO XXXXXXXX DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA (Atlántico), o sus obligaciones funcionales o de Ley, competenciales son propios de ese despacho y ningún reproche se le puede hacer, ni se le pueden dar órdenes, o que tramite o no, las peticiones que al interior del ámbito laboral se eleven, máxime que no somos su superior jerárquico, ni funcional, como tampoco son las virtudes del proceso penal.

Superado el proemio y aterrizando en la solicitud de preclusión, está se elevó al tenor de la causal contenida en el numeral 4, del artículo 332 de la Ley 906/04 que a la letra indica: **“ATIPICIDAD DEL HECHO INVESTIGADO”**, pues, a juicio del representante del ente acusador no existe mérito para acusar, ora por el delito de PREVARICATO POR ACCIÓN (Art. 413 C.P.) o por el de OMISIÓN (Art. 414 C.P.).

Y, los hechos investigados, que supuestamente, tienen la connotación de punibles tuvieron su génesis en que:

(i) De un lado, la Juez indiciada, el 10 de Junio de 2014, dentro de su competencia y sabiduría resolvió que: **“SE RECHAZARÁ LA DEMANDA EJECUTIVA PRESENTADA POR JULIO DEVIA MENESES CONTRA PINTUREC S. A.”**, ello en virtud en que se concluyó que: *“La conciliación presentada como título ejecutivo no hace deudora a PINTUREC S. A.”*, luego, *“No es admisible la demanda presentada contra PINTUREC S. A., porque no aparece como deudora, circunstancia relevante para poder ser admitida como demandada”* (Co. FGN. F. 149 y ss.).

Sobre lo anterior se denunció que, la Juez indiciada, incurrió en el delito de PREVARICATO POR ACCIÓN, contenido en el artículo 413 del Código Penal, que a saber enseña: **“EL SERVIDOR PÚBLICO QUE PROFIERA RESOLUCIÓN, DICTAMEN O CONCEPTO MANIFIESTAMENTE CONTRARIO A LA LEY (...)”**. Tipo penal sobre el que la doctrina (UEC: 2011, 146) ha dicho que:

“LA RESOLUCIÓN, DICTAMEN O CONCEPTO DEBEN SER MANIFIESTAMENTE CONTRARIOS A LA LEY...los casos en los cuales se produce el prevaricato por acción suelen ser de aquellos en lo que de manera sutil, encubierta se profieran los actos tratando de ocultar su ilicitud o ilegalidad. LO QUE EL LEGISLADOR QUIERE ES QUE, A PESAR DE ESE HÁBIL MAQUILLAJE, LA PROVIDENCIA SEA MANIFIESTAMENTE ILEGAL EN EL FONDO, y no en la forma. QUIERE TAMBIÉN EL LEGISLADOR QUE UNA INCONFORMIDAD CON LA LEY, PERO SIN TRASCENDENCIA MAYOR, NO PUEDA SER SANCIONADA COMO PREVARICATO, PRECISAMENTE POR LO QUE TANTO HEMOS HABLADO SOBRE LA INOCUIDAD DE LA CONDUCTA, en especial si se tiene en cuenta que el delito no admite la culpa”. (El destacado es de la Sala)

Sentada las bases de lo que nos corresponde verificar, adviértase que, la operadora judicial anotó en su decisión tachada que:

“LA CONCILIACIÓN QUE LA LEY LE ATRIBUYE FUERZA DE COSA JUZGADA VINCULA A JULIO DEVIA, COMO ACREEDOR Y DE OTRA PARTE A CAPUT° & CIA. FABRICA DE PINTURAS LUM1TON (SIC), COMO DEUDORA.

PINTUREC S.A., NO APARECE COMO LA MISMA CAPUTO & CIA. FABRICA DE PINTURAS LUMITON.

(...)

EL SEÑOR JULIO DEVIA DEMANDÓ A PINTUREC 5.. A. ACOMPAÑANDO TITULO (SIC) EJECUTIVO QUE NO VINCULA A ÉSTA COMO DEUDORA DE LO QUE DEMANDA.” (Co. FGN. F. 149 y ss.). (El destacado es de la Sala).

Es decir, estamos en presencia de lo que la doctrina denomina derecho documental, que operan en función de sí mismo. Y, aquí el documento que funge como base de la demanda es el título ejecutivo que no vincula, en principio al demandado, como al unísono han sostenido los diversos operadores que, han conocido de las múltiples demandas que ha incoado el representante de víctima por los mismos hechos e idéntico fundamento documental.

En sintonía con lo decidido, se tiene que lo proferido por la indiciada, en su saber y entender se corresponden con las normas vigentes para aquél asunto, y es que además de que no se evidencia ningún yerro en cuanto a la inexigibilidad del título de recaudo, y es más, si lo hubiese, eso *per se* no constituye delito ninguno en apariencia, ya que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Rad. N° 29324) enseña que:

“Así entonces, PARA LA EVALUACIÓN DE ESTA CLASE DE CONDUCTAS DELICTIVAS SE ADOPTA UNA ACTITUD MÁS DESCRIPTIVA QUE PRESCRIPTIVA, ES DECIR, SUJETA A LO QUE REALMENTE HIZO EL IMPUTADO EN LA RESPECTIVA ACTUACIÓN, ASISTIDO DE SUS PROPIOS MEDIOS Y CONOCIMIENTOS (...).”(El destacado es de la Sala).

Es decir, a la Juez XXXXXXXXXXXXXXXX, no se le puede enrostrar responsabilidad penal, pues estando asistida de sus conocimientos, adoptó la decisión que creyó era correcta dentro de lo razonable y así lo sostuvo el delegado Fiscal y sólo será su superior quien determinará ello, al desatar el recurso de apelación que está en trámite y ese debate no es de las lides penales.

Es decir, aun en el caso de que la providencia de la indiciada aquí en este asunto resultare revocada por unas consideraciones jurídicas más o menos extensas o no, no quiere decir que prevaricó cuando hizo un juicio lógico de juridicidad, dentro de lo factible y razonable, sobre todo porque es una interpretación de que la nueva empresa, por tener una nueva razón social, independientemente si eran o no los mismos sociales. Esta es una interpretación factible, dentro del derecho, propuesta a su saber, esto es, a su juicio, a sus conocimientos, que no depende del todo de ella, ya que la demanda se incoa en contra de lo que en apariencia es otra empresa.

De modo que, esos juicios hipotéticos que hizo el denunciante, de cara a lo que debió hacer la indiciada, es decir, ora rechazar la demanda desde el inicio, o bien ponerla en secretaría para que el subsanara lo que correspondiera, bien pueden obedecer a que la determinación adoptada por la investigada resultó adversas a los intereses de su patrocinado, pero no por ello trasciende al ámbito penal, ni debió ser traído a este escenario.

Luego entonces, y como se ha dicho en numerosos fallos y consonancia con la Jurisprudencia sobre el tema, el juicio de prevaricato, es de legalidad y no acierto, y así lo han decantado la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en sus reiteradas decisiones, y en concreto la primera Alta Corporación aludida (CSJ. SP. Rad. No 30847) dijo que:

“(…) EL DELITO DE PREVARICATO, COMO LO HA SOSTENIDO REITERADAMENTE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA, REQUIERE DE UN ACTUAR DOLOSO, (…)

(…)

EL ASPECTO SUBJETIVO DE LAS CONDUCTAS PUNIBLES COMO EL PREVARICATO POR

ACCIÓN, LO CONSTITUYE EL DOLO, QUE SE PREDICA CUANDO EL AGENTE CONOCE LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA INFRACCIÓN PENAL –ELEMENTO COGNOSCITIVO- Y QUIERE SU REALIZACIÓN –ELEMENTO VOLITIVO-.” (El destacado es de la Sala).

De tal suerte que, la Colegiatura denota que hubo una decisión seria, con motivación por razones fácticas y en acopio a lo que interpretó, por lo que mal podría decirse que la decisión fue grosera o suficientemente bultosa para abarcar el apelativo de trasgresión manifiesta de la ley, luego entonces, sin el elemento subjetivo del tipo, erróneo sería afirmar que existió PREVARICATO POR ACCIÓN, máxime que, ni se conculcó un derecho ajeno y ni de forma mañosa se hizo una disquisición de las normas en las que afincó su decisión, sobre todo porque a efectos de que se constituya el delito por el que se denunció a la funcionaria es indispensable la existencia objetivo de un texto abiertamente opuesto a lo ordenado por la Ley (CSJ. SP. Rad. N° 18.031, entre otros).

Más aún, en el dolo típico debe coexistir conocimiento de la manifiesta ilegalidad de la decisión y la conciencia que con ellas se vulneraba injustamente el bien jurídico de la recta definición del proceso que le fuera puesta en conocimiento a la denunciada. Y, nada de ello se evidenció aquí.

(iii) Y, de otro lado, como quiera que en contra del auto arriba mencionado, se interpuso recurso de apelación, y aun no se ha enviado ello implica que, presuntamente la Juez, ha retardado un acto propio de sus funciones, ya que no ha sido enviado al superior, lo cual, supuestamente se acompasa con el tipo penal descrito en el artículo 414 del Código Penal que a saber reza: **“EL SERVIDOR PÚBLICO QUE (...) RETARDE (...) UN ACTO PROPIO DE SUS FUNCIONES, INCURRIRÁ EN PRISIÓN DE (...)”**; delito para cuya configuración ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Rad. N° 45.836; 30592; 34852) que:

“PARA LA REALIZACIÓN DEL JUICIO DE TIPICIDAD EN EL DELITO DE PREVARICATO POR OMISIÓN ES CONDICIÓN NECESARIA ESTABLECER LA NORMA EXTRAPENAL QUE ASIGNA AL SUJETO ACTIVO LA FUNCIÓN QUE OMITIÓ, REHUSÓ, RETARDÓ O DENEGÓ, Y/O EL PLAZO PARA HACERLO, AL IGUAL QUE SU PREEXISTENCIA AL MOMENTO DE REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA, CON EL FIN DE

**PODER CONSTATAR EL CUMPLIMIENTO DEL TIPO
PENAL OBJETIVO** (El destacado es de la Sala).

Norma que, en el caso concreto hace alusión a quienes se notifica, cosa que de bulto salta que, en el caso de una demanda, el más interesado es el demandado o si hay solidaridad, a esta parte de la *Litis*; lo anterior, es el supuesto punto de quiebre en el proceder de la indiciada y, sobre el tema del “retardo” en el envío del expediente al superior de aquélla para efectos de que desate la apelación, ha dicho la Alta Corporación (CSJ. SP. Rad. N° 19912) que viene en cita que:

“(…) PARA QUE EL INCUMPLIMIENTO DE UN DEBER, OBJETIVAMENTE CONSTITUTIVO DE LA INFRACCIÓN, LLEGUE A INTEGRAR UN HECHO PUNIBLE, INDISPENSABLE RESULTA QUE QUIEN TENGA A SU CARGO ESE DEBER LEGAL ESTÉ CONSCIENTE DE SU EXISTENCIA Y, AÚN ASÍ, VOLUNTARIAMENTE LO (…)
RETARDE (…) **POR ESO NO ES SUFICIENTE PARA LA CONFIGURACIÓN DEL INJUSTO TÍPICO, (…)** **EL MERO RETARDO DEL FUNCIONARIO EN LA TRAMITACIÓN DE LOS ASUNTOS A SU CARGO, SINO QUE RESULTA INDISPENSABLE, ADEMÁS, LA CONCIENCIA Y VOLUNTAD DE OMITIR DELIBERADAMENTE EL ACTO QUE ESTÁ OBLIGADO A REALIZAR POR MANDATO LEGAL.** (El destacado es de la Sala).

Aquí, se evidenció que, es el deseo íntimo de la Juez indiciada que esa apelación se surta, porque ella misma tiene la inquietud de saber si su decisión es acertada o no, lo que sucede es que hay un impedimento que es de fuerza de Ley, ¡hay que notificar!, porque nada hace ella mandando el expediente al superior, que sabe que se lo van a devolver enseguida, que no van a ver el contenido, pues miraran primero si las partes están debidamente notificadas. Y, sigue diciendo la sentencia en cita que:

(…) EL SUJETO DEJA DE HACER LO QUE JURÍDICAMENTE DEBIÓ REALIZAR EN UN MOMENTO O PERÍODO DADOS, AUNQUE LO HUBIERA HECHO O PUDIERA VÁLIDAMENTE HACERLO CON POSTERIORIDAD, PERO SIEMPRE MÁS ALLÁ DE LOS LÍMITES TEMPORALES QUE LE HABÍAN SIDO TRAZADOS. (…)

 (El destacado es de la Sala).

En sintonía con lo precedente, rápidamente se advierte que la indiciada al turno del interrogatorio que rindió el pasado 28 de Abril de 2015,

señaló que lo que se dice es retardo, en realidad de verdad, obedece a que:

“EXISTE ORDEN DEL HONORABLE TRIBUNAL QUE TODO AUTO APELADO, NO NOTIFICADO AL DEMANDADO, DEBE NOTIFICARSE, PARA SURTIR LA APELACIÓN, EN ESTE MOMENTO EL EXPEDIENTE TODAVÍA SE ENCUENTRA EN ETAPA DE NOTIFICACIÓN, LA DIRECCIÓN APORTADA POR EL ACTOR NO CORRESPONDE A LA DEL DEMANDADO, SEGÚN INFORME DEL CITADOR” (et. Al. F. 275). (El destacado es de la Sala).

Cosa anterior que, repitió la indiciada, de manera contundente, en el decurso de la audiencia en la que se elevó la preclusión que nos ocupa, en cuyo momento precisó que, la Sala Laboral de este Tribunal, cuando se le envían apelaciones sin las respectivas notificaciones, hechas en debida forma, las devuelve al Juzgado de origen, para que éste haga lo propio y que aquí, ha habido un obstáculo que no ha sido posible remover porque el representante del demandante, en el proceso ordinario y aquí denunciante, no ha proporcionado la dirección correcta, cosa que de suya impide que por ejemplo, se emplace al demandado, si hubiere lugar a ello, pero por supuesto, es de conocimiento público que, ello se hace luego de que no haya sido posible notificarlo personalmente y el apoderado manifieste, por ejemplo, que desconoce otro domicilio, así mismo que ignora su lugar de trabajo. Este es un pedimento de parte, a solicitud de ésta, más no del Juzgado.

De suerte que, incluso si algún reproche le mereciera a la indiciada, ello no debió ventilarse en esta área penal, sino dentro del proceso, como lo sostuvo la premencionada, empero, pretender que sea por esta vía que se le dé “celeridad” al proceso laboral, es un desacierto del representante de víctima, sobre todo cuando aquí pareciera olvidarse que, el PREVARICATO POR OMISIÓN **NO** se configura cuando la supuesta demora para la decisión se encuentra justificada (CSJ. SP. Rad. N° 37.291) y, aquí se están salvaguardando derechos fundamentales como el debido proceso, la defensa y contradicción (como aristas de aquél), sólo por mencionar algunos y además se actúa conforme la línea demarcada por su procedimiento y las directrices que en tal sentido ha dado el superior de la investigada.

En suma, se aprecia, de parte de la indiciada, una decisión -entiéndase el auto que rechazó la demanda- y, un proceder – referido al no envió

del recurso de apelación a la Sala Laboral del Tribunal- que se corresponden con los deberes propios del cargo que ostenta, de suerte que, aquí no hay una conducta activa u omisiva que se identifique ora con el proferimiento de una determinación manifiestamente contraria a la Ley o con el retardo injustificado de un acto propio de sus funciones. De modo que, el proceder, por acción u omisión, de la indiciada NO tienen proyección en el derecho penal, y por lo tanto no se puede predicar la existencia de PREVARICATO en ninguna de esas modalidades.

Véase entonces que, la hipótesis delictiva que esgrimió el denunciante, no se edificó, y así lo comprobó la Fiscalía, de ahí que pidió la preclusión amén de que avizó que no había mérito para acusar, y a juicio de esta Colegiatura existe mérito de prosperidad en los argumentos tanto la Fiscalía, como del Ministerio Público y la defensa, debiéndose acceder a la petición de preclusión, y en ese sentido, acorde con el artículo 334 del código de Procedimiento Penal, en firme la sentencia que decreta la misma, cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra de la Juez Dra. XXXXXXXXXXXXXXX por esos hechos. Igualmente, se revocarán todas las medidas cautelares que se le hayan impuesto, si ello hubiese sido así.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ACCEDER a la petición de preclusión solicitada por el Dr. JAIRO VERGARA BENITEZ, en su condición de FISCAL SÉPTIMO DELEGADO ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BARRANQUILLA (Atlántico), dentro de la investigación seguida en contra de la Dra. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, en su condición de JUEZ XXXXX DEL CIRCUITO DE ESTA CIUDAD, por los delitos de PREVARICATO POR ACCIÓN y OMISIÓN (Art. 413 y 414 C.P.), conforme los lineamientos consignados en precedencia, por lo tanto se decreta precluida la presente acción en favor de la indiciada.

SEGUNDO: Contra la presente decisión PROCEDEN los recursos de reposición y apelación.

TERCERO: QUEDA NOTIFICADA la presente decisión por estrados, y una vez suscrita y aprobada el acta que se levanta con ocasión a esta diligencia, la Sala le CONCEDE permiso para retirarse a todos los presentes.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

JORGE E. MOLA CAPERA JORGE E. CABRERA JIMÉNEZ

IVÓN DEL CARMEN NIÑO NORIEGA
SECRETARIA