



Única N°40374

## República de Colombia



### Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

AP001-2014

Única N° 40374

Aprobado Acta No. 002

Bogotá, D. C., catorce (14) de enero de dos mil catorce (2014).

Decide la Sala en relación con la solicitud de preclusión de la investigación formulada en la audiencia realizada para tal fin por la Fiscal Delegada, doctora MARÍA CLAUDIA MERCHÁN GUTIÉRREZ, una vez escuchada la intervención tanto de ésta como del Procurador y su defensor.

#### CONSIDERA LA CORTE

##### 1. Competencia.

Teniendo en cuenta que a la Magistrada de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Caldas, doctora FLOR EUCARIS DÍAZ BUITRAGO, se le atribuye un posible abuso de autoridad debido a la expedición de las resoluciones: VPSA- 022 y VPSA -33 del 18 de noviembre y 22 de diciembre de 2005, en desarrollo de la vigilancia administrativa que adelantó en el despacho del Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Manizales, Dr. FERNANDO LÓPEZ MORA, disponiendo que en la calificación de eficiencia de dicho funcionario se le restara un punto por cada proceso encontrado con términos vencidos, y compulsar copias en su contra ante la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para ser investigado por las acciones u omisiones opuestas a la pronta administración de justicia; la Sala es competente para intervenir como juez de conocimiento en esta indagación a la luz de los artículos 32-5 de la Ley 906/04 y 235-



4 de la Carta Política y su parágrafo, preceptos que la habilitan para juzgar a los magistrados de tribunales del país.

El trámite por el cual se debe adelantar la actuación es el previsto en el Código Procesal Penal de 2004, ya que los hechos ocurrieron en el segundo semestre de 2005 en el Departamento de Caldas, según las previsiones hechas por el artículo 530 ibídem.

La competencia de la Fiscal Delegada peticionaria es igualmente indiscutible con arreglo a lo preceptuado por los artículos 32-6 de la Ley 906 de 2004 y 235-4, 250-5 y 251-1 de la Carta Política, último canon modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo No. 06 del 24 de noviembre de 2011.

El precepto 250 Superior, dispone que a la Fiscalía General de la Nación, atañe adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de delito y hayan llegado a su conocimiento a través de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, mientras medien suficientes motivos y circunstancias fácticas indicativas de su posible existencia. En cumplimiento de esa atribución deberá solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la investigación cuando no hubiere mérito para acusar y concurriere alguna de las hipótesis previstas por la ley (numeral 5).

Por su parte, el artículo 251-1 ibídem, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 06 del 24 de noviembre de 2011, asigna al Fiscal General de la Nación la atribución especial de investigar, si hubiere lugar a ello, directamente o por conducto del Vicefiscal General de la Nación o de los delegados de la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia a los altos servidores que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución, entre ellos los magistrados de tribunales. Potestad que delegó en la Fiscal 1ª de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante esta Sala, quien presentó la petición de preclusión.

En tanto que el artículo 32-6 de la Ley 906 de 2004, específicamente defiere a esta Sala de la Corte la función de juzgar a los funcionarios a que alude el artículo 235-4 de la Constitución Política, entre otros, a los magistrados de los tribunales.

## 2. De la preclusión de la investigación.

2.1. En el sistema penal acusatorio diseñado por los artículos 250 de la Carta y 200 de la Ley 906 de 2004, pertenece a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio de la acción penal y la continuación de la indagación e investigación de los hechos con particularidades delictivas llegados a su discernimiento, cuando asistan suficientes motivos y circunstancias fácticas demostrativas de su probable existencia, quedando despojada, por regla general de facultades jurisdiccionales. Es su deber, entonces, pedir al juez de conocimiento la preclusión de la investigación si no hay mérito para acusar y esté demostrada alguna de las causales previstas en el artículo 332 ibídem.

Instituto reglado por el Código de Procedimiento Penal de 2004 en sus artículos 331 a 335, que permite al fiscal instar al juez de conocimiento en cualquier fase de la actuación, indagación, investigación y juzgamiento, la preclusión de la investigación si no obra mérito para acusar y se comprueba la presencia de cualquiera de las siguientes causales: imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; la existencia de un motivo que excluya la responsabilidad con arreglo



a las previsiones en este sentido hechas por el Código Penal; ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado; la dificultad de desvirtuar la presunción de inocencia; y el vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de dicho código.

De acudir en la etapa de juzgamiento los motivos tocantes a la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, o a la inexistencia del hecho investigado, la preclusión podrá ser pedida, además, por el Ministerio Público y la defensa.

Decisión a adoptar, adicionalmente, cuando se acredite los motivos de extinción de la acción penal consagradas en el artículo 77 del mismo cuerpo normativo, son ellas: muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querrela y desistimiento.

La preclusión de la investigación es un instituto procesal que conduce a la terminación de la actuación penal sin apurar todas las etapas del proceso debido a la ausencia de mérito para formular cargos en contra del indiciado o imputado. Se trata de una decisión de naturaleza definitiva adoptada por el juez con funciones de conocimiento, por cuyo medio se ordena cesar la persecución penal respecto de los hechos materia de investigación.

2.1. En particular, respecto a la petición de preclusión realizada en este caso, apoyada en la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, contemplada en el numeral 1 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 por caducidad de la querrela, encuentra la Sala demostrada la causal con fundamento en los argumentos expuestos en el curso de la audiencia y los elementos de prueba aportados.

Para los propósitos de esta decisión y con miras a determinar la configuración de la causal invocada, la conducta puesta en conocimiento de la jurisdicción por el Magistrado de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Manizales, FERNANDO LÓPEZ MORA, ha de valorarse frente al delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto y no del prevaricato por acción, coincidiendo en ello la Sala con la realizada por el quejoso en la denuncia y por la Fiscalía en su petición, al encontrar que las resoluciones no son manifiestamente contrarias a la ley.

El artículo 426 del Código Penal describe este injusto penal de la siguiente manera:

“Artículo 416. Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto. El servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

Para la configuración del tipo objetivo es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

Sujeto activo calificado, un servidor público. El pasivo lo constituye el Estado como titular que es del bien jurídico tutelado, la administración pública.

Objeto jurídico: Protege el normal funcionamiento y desarrollo de la administración pública, la cual es perturbada en su componente de legalidad.

Objeto material: Puede ser real o personal, atendiendo si la acción recae en una cosa o persona, y



fenomenológico si se vincula con un acto jurídico.

La conducta: Consiste en cometer un acto arbitrario e injusto de manera acumulativa y no alternativa, como antes se requería.

El acto puede ser jurídico o material. El primero comprende la manifestación de la voluntad de un servidor público con alcance jurídico, y el segundo, expresado como un hecho material.

Arbitrario es aquello realizado sin sustento en un marco legal, la voluntad del servidor se sobrepone al deber de actuar conforme a derecho. Lo injusto es algo más, es lo que va directamente contra la ley y la razón.

En ese sentido la Sala ha definido el acto arbitrario como el realizado por el servidor público haciendo prevalecer su propia voluntad sobre la de la ley con el fin de procurar objetivos personales y no el interés público, el cual se manifiesta como extralimitación de las facultades o el desvío de su ejercicio hacia propósitos distintos a los previstos en la ley. Y, la injusticia, como la disconformidad entre los efectos producidos por el acto oficial y los que debió causar de haberse ejecutado con arreglo al orden jurídico. La injusticia debe buscarse en la afectación ocasionada con el acto caprichos.

Elemento normativo: La acción debe realizarse con motivo de las funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas. Los conceptos mismos de arbitrariedad e injusticia no tienen sentido sino dentro del ejercicio de la función pública.

El tipo subjetivo. Solo admite la modalidad dolosa, en consecuencia requiere en el servidor público que conozca la arbitrariedad e injusticia de su proceder.

La naturaleza subsidiaria otorgada por la ley al tipo penal da solución al concurso aparente eventualmente presentado entre los punibles lesivos de la administración pública, los cuales comportan abuso del poder por parte de los servidores públicos, como sucede en los casos de prevaricato, concusión y violación de derechos políticos, entre otros. En estos eventos aplicando este principio se excluye el concurso material de conductas punibles.

En particular, respecto al prevaricato que se configura cuando el servidor público dicta resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, esto es, de existir una contradicción evidente e inequívoca entre lo resuelto y lo mandado por la norma; si no es ostensible la oposición de lo decidido con el derecho, o la intención en el sujeto agente no es la de actuar en abierta contravía de la ley, el delito se excluye y surge la posible tipificación del abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, debido a su carácter subsidiario.

En otras palabras, si la contrariedad con la ley no es patente o notoria cuando el medio utilizado por el servidor público es una resolución, dictamen o concepto, la intensidad del desafuero se disminuye pudiendo tipificar el abuso de autoridad de no configurar otro punible sancionado con mayor severidad, y de alcanzar los actos la connotación de arbitrarios e injusto.

2.2. Ante este marco jurídico conceptual, es claro que la conducta atribuida a la aforada como constitutiva de abuso de autoridad, debido a la supuesta arbitrariedad e injusticia de las resoluciones cuestionadas, a través de las cuales ordenó que en la calificación de la eficiencia del doctor LÓPEZ



MORA se le restara un punto por cada proceso en mora, y compulsara copias ante la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para investigar las acciones u omisiones opuestas a la pronta administración de justicia; para los efectos de establecer si la causal de preclusión de investigación está acreditada, se debe estudiar frente a este punible, pues al comparar las normas que regulan esos actos administrativos con su contenido, se desecha la presencia de una manifiesta oposición como para hacerlo frente al prevaricato por acción.

En efecto, el denunciante reprocha a la aforada no haber valorado las pruebas por él aportadas en esa actuación, para acreditar los quebrantos de salud que lo aquejaron durante el período allí investigado y de esa forma justificar los atrasos detectados en el trámite y decisión de varios procesos a su cargo, aduciendo no haber pedido licencia no remunerada en los términos previstos en el artículo 135 de la Ley 270 de 1992; apoyado en el fallo de tutela proferido en su favor por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el cual discrepó de la interpretación dada al aludido precepto por la indiciada, aseverando que el mismo no obligaba al aquí denunciante a obtener licencia no remunerada, pues para arribar a esta conclusión la doctora DÍAZ BUITRAGO omitió valorar el artículo 142 del mismo cuerpo normativo, que consagra el derecho de los empleados y funcionarios a obtener licencia no remunerada hasta por 3 meses en un año, de suerte que tratándose de un derecho y no un deber, es equivocado pensar que un servidor público enfermo no incapacitado esté obligado a pedir licencia no remunerada hasta tanto desaparezcan sus quebrantos, pues de esta forma se le estaría compeliendo a renunciar a su remuneración.

Vistas así las cosas, es claro para la Sala que la controversia realmente radica en la oposición existente en la interpretación del artículo 135 de la Ley 270 de 1992 y la omisión de considerar el canon 142 de la misma ley, sin brotar en ello contrariedad manifiesta entre lo regulado por las normas y lo decidido; en consecuencia, el tipo penal a considerar para efectos de establecer si la causal invocada para pedir la preclusión se configura, se reitera, es el abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

Ahora bien, en orden a lo preceptuando por los artículos 70, 71, 72, 73 y 74 del Código Procesal Penal de 2004, este punible solo puede ser investigado a instancia de querrela formulada por el sujeto pasivo, dentro de los 6 meses siguientes a su comisión. En caso de que por razones de fuerza mayor o caso fortuito comprobado, no hubiese tenido conocimiento de su ocurrencia, este término se contará a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso pueda superar los 6 meses.

La legitimidad para querrellar la tiene el sujeto pasivo del delito, empero, si fuere incapaz o una persona jurídica recaer en su representante legal. Si el querellante hubiese fallecido podrán presentarla sus herederos.

Si el sujeto pasivo estuviere imposibilitado para formularla o sea incapaz y carezca de representante legal, o éste sea autor o partícipe del delito puede presentarla el Defensor de Familia, el agente del Ministerio Público o los perjudicados directos.

El Procurador General de la Nación podrá formular querrela cuando se afecte el interés público o colectivo.

El artículo 74 ibídem, modificado por el artículo 108 de la Ley 1453 de 2011 en su versión original y



ahora, exige para iniciar la acción penal como condición de procesabilidad querrela para los delitos que no tienen señalada pena privativa de la libertad, como ocurre en este caso, en el que el punible de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto trae aparejadas penas de multa y pérdida del empleo o cargo público.

Así entonces, como este delito es pluriofensivo pues de haber ocurrido afectaría a la administración pública y al doctor FERNANDO LÓPEZ MORA, es incontrovertible que este último estaba legitimado para formular la querrela, eso si dentro del término señalado por la ley.

Ahora, el doctor LÓPEZ MORA denunció ante la Fiscalía General de la Nación estos hechos, el 26 de marzo de 2010, es decir, después de haber transcurrido más de cuatro años de ocurridos los hechos, pues las resoluciones fueron proferidas en los meses de noviembre y diciembre de 2005, operando el fenómeno de la caducidad de la querrela.

Como en este caso se probó la caducidad de la querrela, es obligatorio precluir la indagación debido a la imposibilidad de iniciar la acción penal, tal como lo demanda la señora Fiscal Delegada, de conformidad con lo estipulado por los artículos 331 y 334 de la Ley 906 de 2004.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

#### RESUELVE

PRIMERO: PRECLUIR la indagación adelantada por la Unidad de Fiscalías Delegada ante esta Sala en contra de la doctora FLOR EUCARIS DIAZ BUITRAGO, por ser imposible iniciar la acción penal.

SEGUNDO: En firme esta decisión archívese la actuación.

TERCERO: Esta determinación se notifica por estrado y contra ella procede el recurso de reposición en relación con la víctima.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO E. MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA



Secretaria

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

JEP - Jurisdicción Especial para la Paz

n.d.

Última actualización: 31 de agosto de 2021

