

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

AEP 00107-2019

Radicación N° 50668

Aprobado mediante acta No 72

Bogotá, D. C., siete (7) de octubre de dos mil diecinueve
(2019)

ASUNTO

Procede la Sala a decidir sobre la solicitud de preclusión elevada por la Fiscalía Séptima delegada ante la Corte Suprema de Justicia en la indagación que se adelanta en contra de HERMES ARDILA QUINTANA, Fiscal 43 delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá.

ANTECEDENTES

El día 4 de enero de 1974, falleció la señora Gladys Ruiz de Cruz, esposa del señor Alfonso Cruz Montaña, quien como cónyuge supérstite inició el proceso sucesoral el 27 de mayo de 1975 ante el Juzgado 8° Civil del Circuito de Bogotá. Por

otra parte, los señores Nohora y Alfonso Cruz Ruíz, hijos de la difunta, promovieron proceso sucesorio paralelo ante el Juzgado 16 de Familia de Bogotá D. C., profiriéndose sentencia el día 13 de diciembre de 1994, por la cual se aprobó el trabajo de partición y adjudicación a los señores Nohora y Alfonso Cruz Montaña y al cesionario Antony Cruz Useche. Cabe anotar, que en este segundo proceso sucesorio no fue incluido el señor Alfonso Cruz Montaña como cónyuge sobreviviente de la causante.

Con la sentencia de partición y adjudicación de bienes proferida por el Juzgado 16 de Familia de Bogotá, los hijos y el cesionario iniciaron proceso ordinario divisorio de bienes comunitarios contra el señor Alfonso Cruz Montaña, ante el Juzgado 15 Civil del Circuito de Bogotá. El día 25 de noviembre de 2003, este despacho judicial emitió sentencia de primera instancia, declarando imprósperas y no probadas las objeciones formuladas por el apoderado judicial del extremo demandado al trabajo primigenio de partición y al trabajo rehecho de partición¹. Igualmente, ordenó la inscripción de la partición en las matrículas inmobiliarias correspondientes, asignándole folio inmobiliario a las segregaciones resultantes.

El señor Alfonso Cruz Montaña, mediante su apoderado, el 25 de noviembre de 2003 interpuso recurso de apelación contra la decisión de partición del Juzgado 15 Civil del Circuito. La sentencia de primera instancia fue confirmada por la Sala Civil del Tribunal Superior de San

¹ Folio 79 de la carpeta principal No. 4.

1

Juan de Pasto, como juez de segunda instancia, el día 24 de octubre de 2007:

“En este orden de ideas se concluye que las objeciones al trabajo de partición no están llamadas a prosperar por lo que debe confirmarse la sentencia de primer grado con la consiguiente condenación en costas de segunda instancia a la parte recurrente.”²

Agotados los trámites de primera y segunda instancia, el señor Alfonso Cruz Montaña procuró mediante el recurso extraordinario revertir las decisiones anteriores. No obstante, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia decidió NO CASAR la sentencia del 24 de octubre de 2004.³

Así pues, los señores Nohora y Alfonso Cruz Montaña y al cesionario Antony Cruz Useche, derrotaron al señor Alfonso Cruz Montaña en todas las instancias por las cuales fue agotada la Litis que se originó con el proceso sucesorio promovidos por estos desde el año de 1994.

Por otra parte, el proceso sucesorio adelantado por el señor Alfonso Cruz Montaña en el año de 1975 ante el Juzgado 8° Civil de Circuito de Bogotá, terminó tramitándose ante el Juzgado 10 de Familia, y no se pudo adelantar, toda vez que se encontraba supeditada al pago de pasivos y deudas a favor de terceras personas decretadas en diversas resoluciones emitidas por los señores Superintendente Bancario y el Ministro de Hacienda y Crédito Público.

² Folio 131 de la carpeta principal No. 4.

³ En sentencia de casación del día 30 de junio de 2011. Folios 135 al 146 de la carpeta principal no. 4.

Q

Igualmente, el señor Alfonso Cruz Montaña presentó demanda de nulidad contra la sentencia del día 13 de diciembre de 1994 proferida por el Juzgado 16 de Familia de Bogotá D. C. Luego de resolverse varios conflictos de competencia⁴, asumió la misma el Juzgado 19 de Familia de Bogotá y el día 5 de noviembre de 2003, profirió auto de admisión de demanda.

El día 11 de diciembre de 2006, el Juzgado 19 de Familia de Bogotá, resolvió tanto la demanda principal de nulidad como la demanda de reconvención presentada por los señores Nohora y Alfonso Cruz Montaña y al cesionario Antony Cruz Useche. En la sentencia de primera instancia, se negó la súplica de la demanda principal como la de reconvención. Esa decisión fue apelada por ambas partes.

La Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, en segunda instancia, confirmó la decisión del Juzgado 19 de Familia de Bogotá, mediante sentencia del 10 de diciembre de 2009.

Contra esta decisión colegiada, el apoderado de Alfonso Cruz Montaña interpuso recurso extraordinario de casación. No obstante, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia decidió NO CASAR la sentencia recurrida “*en el proceso de nulidad de partición*” de Alfonso Cruz Montaña.⁵

La anterior reseña recoge los trámites y procesos agotados en la Jurisdicción Civil por el señor Alfonso Cruz Montaña y sus tres hijos.

⁴ Según consta en el folio 150 de la carpeta original no.4

⁵ Según consta en el folio 203 de la carpeta original no.4

Q

Adicionalmente, Cruz Montaña instauró múltiples denuncias penales en contra de Antony Cruz Useche, Nohora Cruz Ruíz y Alfonso Cruz Ruiz, con ocasión de sus actuaciones en los procesos civiles ya anotados.

En investigación adelanta por la Fiscalía Seccional 148 delegada ante los jueces penales del circuito, en contra de los señores Alfonso Cruz Ruiz y Antony Cruz Useche, por la presunta comisión de los delitos de estafa y falsedad material de particular en documento público (art. 356 y 222 del Decreto 100 de 1980), se emitió resolución de preclusión a favor de los indagados, calendada el día 30 de julio de 1999. La decisión anterior, fue objeto de recurso de apelación por la parte civil, el señor Alfonso Cruz Montaña.

El 18 de septiembre de 2000 la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá revocó el reconocimiento de la parte civil dentro del proceso, por lo que se abstuvo de resolver el recurso de apelación interpuesto.⁶

Posteriormente, se instauró una nueva denuncia por el señor Alfonso Cruz Montaña en contra de Alfonso Cruz Ruiz, Antony Cruz Useche y Nohora Cruz Ruiz, en razón de las actuaciones en los procesos civiles citados con anterioridad. El día 16 de enero de 2003, la Fiscalía 144 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá profirió resolución inhibitoria por los delitos de estafa, falsedad material de particular en documento público y fraude procesal, alegando que era cosa juzgada, y compulsando copias para investigar

⁶ Según consta en el folio 218 de la carpeta original no.4

al denunciante por falsa denuncia conforme al artículo 436 del Código Penal – Ley 599 de 2000-.

La decisión del día 16 de enero de 2003, proferida por la Fiscalía 144 Seccional de Bogotá, fue apelada y en segunda instancia la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, decidió confirmar la decisión inhibitoria respecto de los punibles de falsedad en documento público y fraude procesal, y revocar la decisión inhibitoria respecto de los punibles de estafa e invasión de tierras, por cuanto no fueron objeto de investigación.

Así pues, la Fiscalía 144 Seccional de Bogotá acatando la decisión del superior adelantó investigación respecto a los delitos restantes, concluyendo la misma en resolución inhibitoria del día 17 de junio de 2004.

En otra ocasión, la Fiscalía 85 Seccional Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, resolvió declarar la prescripción de la acción penal por la presunta estafa cometida por el señor EDGAR RICARDO SANABRÍA, en razón de una denuncia presentada por los hermanos Carlos María y Manuel Pacheco León, relacionada con la falsedad de la escritura 770 del 7 de octubre de 1998. La misma escritura que fue tachada de falsa y como instrumento para el fraude procesal y otros delitos indagados a los señores Alfonso Cruz Ruiz, Antony Cruz Useche y Nohora Cruz Ruiz.

En esa providencia, la Fiscalía 85 Seccional, indicó que las conductas de fraude procesal y falsedad en documento público, frente a la escritura 770 ya habían sido objeto de

Q

investigaciones en el pasado – respectivamente, las investigaciones adelantadas ante las Fiscalías 148, 144 y 135 de Bogotá - y que las mismas hacen tránsito a cosa juzgada.⁷

HECHOS

El profesional en derecho Ricardo Arizmendy Rincón, actuando como apoderado del señor Alfonso Cruz Montaña, instauró denuncia penal el día 12 de diciembre de 2012 en contra de Alfonso Cruz Ruiz, Antony Cruz Useche y Nohora Cruz Ruiz por la presunta comisión de los delitos de estafa, falsedad en documento público y fraude procesal, con ocasión de sus actuaciones en el proceso sucesorio de la señora Gladys Ruiz de Cruz adelantado ante el Juzgado 16 de Familia de Bogotá – proceso relacionado en los primeros hechos de esta providencia -.

En desarrollo de esta actuación procesal, signada con el radicado N° 847743, la Fiscalía 106 Seccional delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá dispuso citar a diligencia de declaración al señor Alfonso Cruz Montaña, la cual se realizó el día 13 de marzo de 2013 y, con base en esta y en los medios aportados en la denuncia, procedió a ordenar la vinculación procesal mediante indagatoria de los señores Alfonso Cruz Ruiz, Antony Cruz Useche y Nohora Cruz Ruiz.⁸

⁷ Según consta en el folio 242 de la carpeta original no.4

⁸ Según consta en el folio 16 de la carpeta original no.5

P

Al interior de dicho proceso, la Fiscalía 106 Seccional, profirió las resoluciones del 2 de julio y 18 de octubre de 2013, a través de las cuales dispuso las medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes de los sindicado, respectivamente, como también la del 10 de enero de 2014, mediante la cual ordenó la cancelación de los registros de las escrituras públicas por las cuales se protocolizaron los procesos de sucesión y divisorio iniciados por Antony Cruz Useche, Nohora Cruz Ruíz y Alfonso Cruz Ruíz – el primero en calidad de abogado de los segundos -, última esta que fue objeto de apelación por parte de los indagados.

Posteriormente, la Fiscalía 43 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá, a cargo del doctor HERMES ARDILA QUINTANA, mediante resolución del día 14 de julio de 2014, resolvió el recurso de apelación revocando la decisión de la Fiscalía 106 adiada del 10 de enero de 2014, disponiendo en la misma decisión, la nulidad de las resoluciones calendadas 2 de julio y 18 de octubre de 2013, proferidas por la misma Fiscal.

En consecuencia, el apoderado de Alfonso Cruz Montaña formuló denuncia penal en contra del doctor HERMES ARDILA QUINTANA, en su condición de Fiscal 43 delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá, por la presunta comisión del delito de prevaricato por acción, por haber proferido la resolución del 14 de julio de 2014.

En concreto, se tacha de prevaricadoras las decisiones a través de las cuales revocó la resolución calendada el 10 de enero de 2014, y la que decretó la nulidad de las resoluciones

2

emitidas por la fiscalía de primera instancia el 2 de julio y el 18 de octubre de 2013, ambas contenidas en una sola resolución.

I. AUDIENCIA DE PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1. - Fiscalía

La Fiscalía Séptima delegada ante la Corte afirmó que la denuncia formulada en contra del Fiscal HERMES ARDILA QUINTANA tiene su origen en la resolución de 14 de julio de 2014, a través de la cual el investigado tomó dos decisiones, primeramente resolvió el recurso de apelación presentado al interior del proceso adelantado por la Fiscalía 106 delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá, adscrita a la Unidad Segunda de delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico, por los presuntos delitos de fraude procesal, falso testimonio y falsedad en documento público, en contra de Antony Cruz Useche, Nohora Cruz Ruíz y Alfonso Cruz Ruíz, el primero en calidad de abogado de los segundos. A su vez, declaró la nulidad de las decisiones emitidas el 2 de julio y 18 de octubre de 2013, mediante las cuales la Fiscalía *a quo*, dispuso las medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes de los sindicados.

Resulta preciso advertir que la primera decisión censurada consiste en haber revocado la resolución de 10 de enero de 2014, mediante la cual la Fiscalía 106 ordenó la cancelación de los registros de las escrituras públicas a

Q

través de las cuales se protocolizaron los procesos de sucesión y divisorio promovidos por los tres indiciados, al considerar, contrario del *a quo*, que no estaban acreditados los elementos objetivos del tipo penal, como lo exige el artículo 66 de la Ley 600 de 2000, para ordenar la cancelación de registros de bienes obtenidos fraudulentamente.

La segunda, a su turno, se centra en el decreto de nulidad de las resoluciones calendadas el 2 de julio y el 18 de octubre de 2013, por medio de las que la Fiscalía 106 dispuso las medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes de los sindicatos, por estimar que su adopción vulneró el debido proceso en razón de que no se había impuesto medida de aseguramiento a los sindicatos, y por lo menos dos de los delitos denunciados exigían dicho pronunciamiento, en atención al mínimo de pena previsto para la época en que se presentaron los sucesos investigados y, por ende, no se cumplió con el requisito establecido en el artículo 60 de la Ley 600 de 2000 de estar antecedida de una medida de aseguramiento en contra de los indagados.

En concreto ubica el debate en establecer si HERMES ARDILA QUINTANA en su condición de Fiscal 43 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá, al resolver el recurso de alzada en contra de la resolución del 10 de enero de 2014, incurrió en la conducta de prevaricato por acción al revocar la ya citada providencia y, así mismo por haber decretado la nulidad de las resoluciones del *a quo* del 02 de julio y 18 de octubre de 2013.



Procede entonces a discurrir respecto de lo que a su criterio son los dos problemas jurídicos, sobre los cuales se funda la denuncia:

1.1. Revocatoria de la orden de cancelación de registro

El ente acusador, solicitó la preclusión por atipicidad del hecho investigado, causal contemplada en el numeral 4º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 ya que, según su criterio, el Fiscal ARDILA QUINTANA al revocar la decisión que había tomado la Fiscalía 106 de ordenar la cancelación de los registros correspondientes a los procesos de sucesión adelantados en el Juzgado 16 de Familia, y divisorio en el Juzgado 15 Civil del Circuito, como los relacionados con los inmuebles entregados a los hermanos Cruz a través de la partición efectuada en este último despacho, actuó conforme a lo establecido en la Ley y lo señalado por la jurisprudencia para las acciones de restablecimiento del derecho que se derivan del principio rector establecido en el artículo 21 de la ley 600 de 2000.

Lo anterior, tras realizar un somero recuento de lo que había sido a su entender las consideraciones del *a quo*, contentivas en la providencia del 14 de julio de 2014, donde, la Fiscalía 43 concluyó que no aparecían demostrados los elementos objetivos de los tipos penales de fraude procesal, falsedad en documento público y falso testimonio de los cuales eran sindicados Antony Cruz Useche, Nohora Cruz

Q

Ruíz y Alfonso Cruz Ruíz, por lo que no se podía ordenar la cancelación de los registros, máxime si se tiene presente que en el expediente existe prueba que corrobora el dicho de los sindicatos de que estos hechos ya habían sido juzgados, lo que podría derivar en una violación al principio *non bis ídem*.⁹

Relató que la investigación fue iniciada por la Fiscalía 106 con fundamento en la denuncia presentada por el apoderado de Alfonso Cruz Montaña, quien afirmó que los hijos de éste, Antony Cruz Useche, Nohora Cruz Ruíz y Alfonso Cruz Ruíz, ante el fallecimiento de la madre de los dos últimos, Gladys Ruíz de Cruz, tramitaron de manera fraudulenta un proceso de sucesión ante el Juzgado 16 de Familia en 1996, a sabiendas de que su progenitor ya había iniciado un proceso de sucesión, en 1975 en el Juzgado 8º Civil del Circuito, proceso que posteriormente fue traslado por competencia al Juzgado 10º de Familia. Indicó que, según Cruz Montaña, los sindicatos no sólo habían faltado a la verdad denunciando bienes que no eran propiedad de la causante y omitiendo el pasivo, sino que además desconocieron la cesión onerosa a su favor de los derechos hereditarios realizada por Nohora y Alfonso Cruz Ruíz en diciembre de 1987.¹⁰

Señaló que Cruz Montaña, en la denuncia, aseveró que los hermanos Cruz intervinieron para que se certificara la ejecutoria de la sentencia con la cual culminó el proceso de

⁹ Carpeta principal 1 de la fiscalía, elemento probatorio 3, folios 1 al 2.

¹⁰ Carpeta principal 2 de la Fiscalía, elemento probatorio 5, folios 1 al 47.

sucesión, sin que se hubieran efectuado todas las notificaciones establecidas por la Ley, y la protocolizaron ante la Notaría Doce del Círculo de Bogotá, lo que dio origen a la escritura 573 del 21 de febrero de 1996. También indicó el denunciante que con fundamento en esta sentencia, los hermanos Cruz promovieron un proceso divisorio ante el Juzgado 15 Civil del Circuito de Bogotá, con el cual terminaron de apropiarse de los bienes que ni siquiera les pertenecían pues eran de propiedad de la empresa urbanizadora “Cruz Montaña e hijos”, y estaban destinados al pago de los pasivos de la empresa consistentes en las obligaciones impuestas mediante resolución 2871 de 1984 por la Superintendencia Bancaria.¹¹

Aseveró que el Fiscal HERMES ARDILA QUINTANA, consideró “*impreciso y desacertado*” concluir con fundamento en la sola denuncia, la existencia de los elementos objetivos del tipo penal de fraude procesal, el cual, según el denunciante consistió en que los hermanos Cruz indujeron en error al Registrador de Instrumentos Públicos para que registrara una sentencia “*ilegal, inexigible y nula de pleno derecho por no estar ejecutoriada*”¹². Agregó que HERMES ARDILA QUINTANA, analizó que al no obrar prueba que indique que la constancia secretarial relacionada con la ejecutoria de la sentencia del proceso de sucesión sea contraria a derecho, no puede predicarse que los sindicatos engañaron al Registrador de Instrumentos Públicos.¹³

¹¹ Carpeta principal 2 de la Fiscalía, elemento probatorio 5, folios 1 al 47

¹² Carpeta principal 2 de la Fiscalía, elemento probatorio 5, folio 364.

¹³ Fallo de segunda instancia, carpeta principal 1 de la Fiscalía, elemento 31.

②

De igual manera, afirmó que ARDILA QUINTANA concluyó que tampoco están presentes los elementos objetivos del tipo penal de falso testimonio, pues no existe prueba que señale que los bienes denunciados en el escrito de inventario, no pertenecían a la sociedad conyugal conformada por Cruz Montaña y Gladys Ruíz, o que los hermanos Cruz omitieron los pasivos que afectaban el patrimonio social. Señaló que por el contrario *“la prueba obrante en el sumario lo que demuestra es que tales circunstancias han sido objeto de permanente debate y discusión entre las mismas partes en diversos procesos de las jurisdicciones civil y penal, que la fiscalía debió analizar detenida y detalladamente antes de tomar la determinación controvertida en el recurso”*¹⁴.

También indicó que el Fiscal ARDILA QUINTANA claramente señaló la inexistencia del delito de falsedad en la escritura pública 770 de la Notaria 65 del Círculo de Bogotá, pues sobre este hecho la Fiscalía 148 de Bogotá profirió resolución de preclusión el 30 de julio de 1999, a favor de los hermanos Cruz.

Por consiguiente, concluyó el Fiscal Séptimo delegado ante esta corporación, que la decisión que debía tomar el indiciado ARDILA QUINTANA no era otra distinta que la de revocar la medida de cancelación de los registros objeto de

¹⁴ Carpeta principal 1 de la Fiscalía, elemento probatorio 3, folio 28.

Q

alzada, por no reunir las exigencias legales establecidas en el estatuto procesal de 2000. Agrega que, en su criterio, dicha decisión también encuentra respaldo en los contenidos de las sentencias de la Corte Constitucional C-823 de 2003 y C-060 de 2008 y en las providencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema que obran en los radicados 22881 de 2009, 35980 de 2011, 39858 y 40246 de 2012 y 76664 de 2014, entre otros.

Estimó que el restablecimiento pleno del derecho que dispuso la Fiscal 106 como medida definitiva, solo podía ser resuelto cuando la evidencia permita arribar al conocimiento suficiente sobre la materialidad de la infracción y el grado de participación del indiciado, exigiéndose para tomar tal determinación el conocimiento de más allá de toda duda razonable, en la providencia por medio de la cual se le ponga fin al proceso.

Así pues, estimó que el *ad quem* obró correctamente al revocar la decisión impugnada, ya que la resolución emitida por la Fiscalía 106 seccional fue apresurada e inoportuna, en especial atendiendo el estadio del proceso en que se encontraba la investigación ya referida.

1.2. Nulidad de las resoluciones por las cuales se tomaron las medidas preventivas de embargo y secuestro.

Valoró el ente acusador, que el señor HERMES ARDILA QUINTANA al tomar la decisión de extender su providencia a las resoluciones de 2 de julio y 18 de octubre de 2013, las cuales no eran objeto del recurso de alzada y, posteriormente declarar su nulidad, cometió un error por fallar extra petita, pues estas, que resultaron finalmente nulitadas por el indiciado, no resultaban inescindibles a la determinación de revocar la cancelación de registros emitida por la Fiscalía 106 seccional en resolución de 10 de enero de 2014.

En ese entendido, señaló que el actuar del *ad quem* se configura en un error de tipo vencible.

Igualmente, solicitó a esta corporación que de no considerar la hipótesis del error, de todos modos la conducta desplegada por el Fiscal 43 estaría desprovista de dolo, por lo cual, la ausencia del elemento del tipo subjetivo conduciría a que prospere la solicitud preclusiva por atipicidad de la conducta.

Entiende pues, esta corporación que la solicitud respecto a esta segunda conducta se sustenta al tenor del artículo 331 y 332 del Código Penal - Ley 906 de 2000-, causal 2ª, por error vencible, al no encontrarse contemplada en la codificación sustantiva penal la modalidad culposa para el delito de prevaricato. De manera subsidiaria pregona

la presencia de la casual 4ª por atipicidad de la conducta investigada, respecto del dolo como elemento subjetivo del tipo, demandando que su pedido de preclusión sea examinado en ese orden.

2. - Ministerio Público

Atendiendo las facultades que para esta audiencia le confirió el artículo 333 de la Ley 906 de 2004 coadyuvó la petición preclusiva, arguyendo que del análisis realizado sobre los elementos materiales probatorios determinó que el Fiscal HERMES ARDILA QUINTANA no vulneró los preceptos legales ni atentó contra la administración de Justicia, en ninguna de las dos conductas que se le enrostran.

Señaló, que discrepaba respecto a la valoración dada por el delegado del ente requirente, al estimar que el señor HERMES ARDILA QUINTANA había errado al decretar la nulidad de las medidas de que trata el numeral 2º de la parte resolutive de la decisión de 10 de enero de 2014, presuntamente prevaricadora, en tanto dicha facultad tiene sustento en el artículo 307 de la Ley 600 de 2000.

Concluyó, que las actuaciones del *a quo* fueron apresuradas e indebidamente sustentadas y, con ello se vulneró el principio de “non bis in ídem”, atentándose contra la seguridad jurídica.

3. Defensa técnica y material

3.1 - Apoderado de la defensa

El apoderado de HERMES ARDILA QUINTANA procede a realizar un sucinto relato de los hechos que antecedieron a la interposición de la denuncia en contra de su poderdante, y que guardan relación con el proceso que adelantaba la Fiscal *a quo*, el que por vía de alzada conoció el indagado y dentro del cual, en desarrollo de su competencia profirió las decisiones objeto de análisis por esta colegiatura.

Producto de la muerte de la señora Gladis Luz de Ruiz en el año 1973, se da la apertura de juicio sucesorio por parte del cónyuge sobreviviente en el año 1975. Así mismo, los hijos de ésta abren otro proceso sucesorio en el año 1994, configurándose dos procesos simultáneos sobre la misma sucesión. Debido a esta circunstancia, se adelantó trámite de nulidad para determinar qué proceso debería adelantarse, prescindiendo del otro, conflicto de litispendencia que fue resuelto a favor del proceso promovido por los hijos de la occisa.

Resaltó que dicha decisión tenía toda la firmeza jurídica, como quiera que las diversas y múltiples oposiciones presentadas por el señor Alberto Cruz Montaña

12

– esposo de la occisa- no prosperaron en ninguna sede o instancia jurisdiccional. A manera de ejemplo destacó que en el trámite se advierte la existencia de un proceso divisorio y uno de nulidad contra el proceso sucesorio que se adelantaba ante el Juzgado 16 de Familia, en el cual se negó la nulidad solicitada incluso llegando a ser abordada en sede de casación, con declaratoria de improcedencia del mismo.

Relató que al no prosperar los procesos civiles, Alfonso Cruz Montaña inició una serie de acciones penales en contra de sus hijos, como la relacionada con los presuntos delitos de falsedad y estafa, en la que la Fiscalía 148 de Bogotá profirió decisión de preclusión a favor de Alfonso Cruz Ruíz y Antony Cruz Useche el 30 de Julio de 1999. Agregó que Cruz Montaña también denunció a sus hijos por los delitos de estafa, falsedad material de particular en documento público y fraude procesal y la Fiscalía 144 de Bogotá, a la cual le correspondió por reparto, profirió decisión inhibitoria el 16 de enero de 2003 al considerar que los hechos habían sido ya investigados y por consiguiente, existía cosa juzgada.

Señaló que el 7 de junio de 2003 la Fiscalía delegada ante el Tribunal de Bogotá confirmó la decisión inhibitoria sobre los delitos de falsedad material de particular en documento público y fraude procesal, pero revocó la parte correspondiente a los delitos de estafa e invasión de tierras, al considerar que estos no habían sido investigados. Afirmó que la indagación de estos dos últimos delitos fue llevada a

Q

cabo por la Fiscalía 144, la cual profirió resolución inhibitoria a favor de los hermanos Cruz el 17 de junio de 2004.¹⁵ Igualmente, aseveró que la Fiscalía 85 Seccional de Bogotá declaró prescritos los hechos que fueron investigados por las fiscalías 148, 144 y 135.¹⁹

Expresó que la última denuncia realizada por Alfonso Cruz Montaña en contra de sus hijos por los delitos de fraude procesal, falso testimonio y falsedad en documento público, le correspondió a la Fiscalía 106 delegada ante los Jueces Penales del Circuito, la que con la sola denuncia tomó la decisión apresurada de dictar medidas cautelares, y posteriormente ordenó la cancelación de los registros de las escrituras públicas a través de las cuales se habían protocolizado los procesos de sucesión y divisorio, así como la venta de algunos inmuebles.¹⁶

Indicó que la citada Fiscalía 106 consideró que no estaba ejecutoriada la sentencia del proceso de sucesión instaurada por los hermanos Cruz, por cuanto no se habían efectuado la totalidad de las notificaciones exigidas por la Ley, por lo que aún estaba vigente el proceso de sucesión instaurado por Alfonso Cruz Montaña en 1975. Agregó que este despacho instructor también consideró la ocurrencia del delito de falsedad materializado por los hermanos Cruz sobre la escritura 770 de la Notaría 65 de Bogotá, con lo cual desconoció la decisión inhibitoria por la inexistencia de este

¹⁵ Carpeta de la Fiscalía 4, elemento probatorio 9, folios 230 a 236.

¹⁶ Carpeta de la Fiscalía 4, elemento probatorio 9, folio 3.

Q

delito proferida por la Fiscalía 144, decisión que fue confirmada en segunda instancia por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá, mediante auto del 7 de julio de 2003.

Expresó que en desarrollo del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los sindicados, el Fiscal ARDILA QUINTANA encontró que la Fiscalía *a quo* había desconocido las pruebas aportadas en el proceso, las cuales claramente señalaban la validez de las sentencias de los procesos de sucesión y divisorio, razón por la cual procedió a revocar la orden de cancelación de los registros. También señaló que ARDILA QUINTANA, al considerar que las resoluciones mediante las cuales habían sido proferidas las medidas cautelares violaban el debido proceso y derechos fundamentales de terceros que habían adquirido los bienes de buena fe, decidió declarar la nulidad de las mismas.

Consideró que la petición de preclusión realizada por el Fiscal Séptimo es clara y coherente en la inexistencia de delito por la revocatoria de la orden proferida por la Fiscal 106 para cancelar los registros, pero se equivoca al considerar que HERMES ARDILA QUINTANA cometió un error al declarar la nulidad de las resoluciones que ordenan las medidas cautelares.

Aseveró que la adopción de las medidas cautelares no sólo está íntimamente ligada a la decisión que fue objeto de

recurso, sino que además de manera clara, como lo observó el Fiscal ARDILA QUINTANA, al adoptarlas se vulneró el debido proceso pues se tomó por una resolución de trámite frente a la cual no proceden recursos, y sin que mediara medida de aseguramiento en contra de los sindicatos como lo demanda el artículo 60 de la Ley 600 de 2000. Observó igualmente que al ordenar el embargo de bienes que ya habían sido adquiridos de buena fe por terceros ajenos al proceso, se vulneraron derechos fundamentales y, ante esto, el Fiscal ARDILA QUINTANA estaba en la obligación de declarar la nulidad como lo imponen la Constitución Nacional, las normas rectoras del Código de Procedimiento Penal y los artículos 306 y 307 del mismo estatuto.

Solicitó, por consiguiente, que se profiera preclusión de la investigación a favor de HERMES ARDILA QUINTANA por la fehaciente atipicidad objetiva, ya que las pruebas aportadas claramente indican que su actuación, al revocar la orden de cancelación de registros y declarar la nulidad de las resoluciones por las cuales se adoptaron las medidas cautelares, fue emitida conforme a derecho.

3.2 – Indiciado HERMES ARDILA QUINTANA

En su intervención, se adhirió completamente a lo expuesto por su apoderado e igualmente señaló que se suma parcialmente a lo sostenido por la Fiscalía, salvo a la consideración según la cual él había cometido un yerro al

decretar las nulidades de las resoluciones proferidas por el *a quo*.

Lo anterior, en tanto sostiene que la decisión que nulitó el embargo de bienes sujetos a registro, determinación por lo demás que, de acuerdo al artículo 513 del C.P.C es de inmediato cumplimiento, no pudo haber sido conocida por los afectados, además de que no procedía la medida ni mucho menos el secuestro, atendiéndose que los bienes se encontraban ya en manos de terceros de buena fe, lo que hacía improcedente dicha medida.

Con base en esa consideración, que quedaba evidenciada en el acervo probatorio, estimó que dichas decisiones se habían decretado irregularmente, condición palpable si se observa que i) no se había escuchado en indagatoria a los sindicatos, ii) los bienes no pertenecían a estos y, iii) las decisiones que fueron desatendidas por la Fiscal 106, gozaban de plena validez y constituían cosa juzgada.

Concluye que la irregularidad evidenciada era de carácter sustancial y, por lo tanto, con la intención de evitar la afectación de los derechos de estos terceros, y en cumplimiento de su obligación conforme a los artículos 306 y 307 de la Ley 600 de 2000, tomó la decisión de decretar la nulidad de las resoluciones del *a quo*, objeto de debate.

4. Apoderado de la presunta víctima ALFONSO CRUZ MONTAÑA

La Secretaría corroboró el fallecimiento de Cruz Montaña mediante consulta realizada en el banco de información de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en la cual aparece que mediante resolución 1247 de 2017 se canceló la cédula de ciudadanía correspondiente a Alfonso Cruz Montaña por fallecimiento ocurrido el 6 de diciembre de 2017.¹⁷

Igualmente, el apoderado comunicó a esta corporación que por decisión de la familia del occiso no concurriría a la audiencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con el numeral 5° del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018, en concordancia con el numeral 9° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer del juzgamiento de los fiscales delegados ante

¹⁷ Cuaderno original 1 de la corte, folio 51

tribunales superiores de distrito judicial calidad que aún hoy ostenta el doctor HERMES ARDILA QUINTANA como Fiscal Delegado ante el Tribunal de Distrito Judicial,¹⁸ quien el 14 de julio de 2014 emitió la decisión que se tilda de prevaricadora.

Por mandato del artículo 250 de la Constitución Política, la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo, siéndole vedado suspender, interrumpir, o renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad. Así mismo, solicitará ante el juez de conocimiento¹⁹ la preclusión de las investigaciones siempre que conforme lo dispuesto por la ley, no hubiere mérito para acusar.

A su turno, del análisis de los artículos 331 y 332 de la Ley 906 de 2004, se evidencia que son dos los momentos para elevar la solicitud de preclusión. En primer lugar, en la fase de indagación e investigación, exclusivamente el delegado del ente requirente ostenta la facultad para demandar del juez de conocimiento la preclusión de la investigación, bajo el amparo de cualquiera de las causales regladas por la norma en cita.

¹⁸ Copia de la resolución de nombramiento y el acta de posesión como Fiscal delegad ante el Tribunal reposa a folios3 y 4 de la carpeta principal 1 de la Fiscalía, elemento probatorio 1.

¹⁹ Art 250-4 Constitución Política, sentencias C-872 de 2003, C-591 de 2005 y C-209 de 2007 entre otras.

El otro momento tiene ocurrencia en la fase de juzgamiento, por iniciativa de la Fiscalía, el Ministerio Público o la defensa, restringiendo tal posibilidad a las causales descritas en los numerales 1° y 3° del citado artículo 332, siempre que estemos frente a situaciones sobrevinientes.

Resulta preciso advertir que la redacción original del artículo 331 de la codificación procedimental, exigía que se hubiese formulado la imputación, como presupuesto del pedido preclusivo, situación que al ser examinada por la Corte Constitucional, en sentencia C-591 de 2005 ya citada²⁰, llevó a la declaratoria de inexequibilidad parcial de dicho canon, permitiendo que tal solicitud se extienda a la fase de indagación.

El artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, consagra las causales que deben acreditarse para decretar la preclusión de la investigación, entre ellas, las dispuestas en los numerales 2 y 4, que se refieren a la *“Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.”* y, *“Atipicidad del hecho investigado”*, respectivamente.

1. DE LA PRECLUSIÓN

²⁰ Sentencia C-591 de 2005.

Q

Conforme a dicha prerrogativa, el fiscal séptimo delegado ante la Corte solicitó preclusión de la indagación que se realiza en contra del Fiscal 43 delegado ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, HERMES ARDILA QUINTANA, con fundamento en la causal contemplada en el numeral 4° del artículo 332 del Código Procesal de 2004, por atipicidad objetiva respecto de la decisión proferida el 14 de julio de 2014, en la que por vía de apelación, el imputado revoca la resolución emitida el 10 de enero de 2014 por la Fiscalía 106 Seccional, por medio de la cual había ordenado al Registrador de Instrumentos Públicos cancelar los registros originados con ocasión de las sentencias de 13 de diciembre de 1994 y 25 de noviembre de 2003, emitidas por los Juzgados 16 de Familia y 15 Civil del Circuito, ambos de Bogotá, así como el de múltiples escrituras públicas y sus registros de matrícula inmobiliaria, que tuvieron su origen en los referidos procesos.

De otra parte, en la misma decisión del 14 de julio de 2014, dispuso, adicionalmente, anular las órdenes emitidas por la misma Fiscalía 106 Seccional, tanto el 2 de julio como el 18 de octubre de 2013, a través de las cuales había decretado el embargo y secuestro de los bienes relacionados en las escrituras públicas respecto de las que había ordenado su cancelación y sus registros. Decisión que también fue tachada de prevaricadora, y por la cual se solicita igualmente la preclusión con base en dos hipótesis preclusivas, la contenida en la causal 2ª como principal y la 4ª como subsidiaria.

Q

Precisando, el examen del pedimento preclusivo de la acción penal se arguyó en dos sentidos, como pasa a exponerse:

Mediante la resolución del 14 de julio de 2014, emitida por HERMES ARDILA QUINTANA, se tomaron dos decisiones:

La primera, revocar la resolución de 10 de enero de 2014, proferida por el *a quo*.

La segunda, decretar la nulidad de las resoluciones de 2 de julio y el 18 de octubre de 2013, emitidas por el mismo despacho instructor.

Respecto a la primera decisión, se solicita decretar la preclusión de la investigación por el delito de prevaricato por acción, por falta de tipicidad objetiva en la conducta, sustentado en el numeral 4° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

Por otra parte, sobre la segunda decisión, la solicitud de preclusión de la investigación se estructura en una pretensión principal y otra subsidiaria. Bajo la primera, se aduce que ha operado una circunstancia excluyente de la

Q

responsabilidad conforme al numeral 2° del artículo 332 (Ley 906 de 2004) en el sentido de haberse configurado el error de tipo vencible, lo cual implica que a la luz del Código Penal, al no estar contemplada la modalidad culposa de la conducta típica endilgada, resulta no punible según el numeral 10° del artículo 32 de la ley 599 de 2000; y de forma subsidiaria, se ha propuesto la falta de tipicidad subjetiva por ausencia de dolo.

Atendiendo la petición del fiscal delegado, la Sala procede a pronunciarse acerca de su solicitud de preclusión.

2. DEL PREVARICATO POR ACCIÓN

Esta figura punible se encuentra descrita en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, así:

“El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.”

Se trata de un tipo penal funcional que protege el bien jurídico de la administración pública, el cual se puede definir como una función pública esencial del Estado que debe desarrollarse a partir de los principios que el artículo 209 de la Constitución Política emplea al definir los rasgos fundamentales de la ética administrativa pública.²¹

Por su parte, el principio de moralidad que se desarrolla entre otros artículos en el 6º Superior, impone que los servidores públicos deban responder no sólo por infringir la Constitución y la Ley, sino también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Los servidores y funcionarios públicos, al estar al servicio del Estado y de los ciudadanos y no de sus intereses particulares, se comprometen a cumplir y defender la Constitución ejerciendo sus funciones de la forma prevista por la Carta, la Ley y el Reglamento, como lo disponen los artículos 122-2 y 123-2 de la Constitución Política.

El comportamiento punible de prevaricato por acción desde el punto de vista objetivo se descompone en los siguientes elementos: (i) un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público; (ii) que profiera resolución, dictamen o concepto; y (iii) que este pronunciamiento sea manifiestamente contrario a la ley.

²¹ Según el artículo 209 de la constitución política, *"La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celebridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones."*

Q

Sobre este último elemento, ha dicho la Corte que para que una actuación pueda ser considerada como prevaricadora debe ser ostensible y manifiestamente ilegal, esto es, debe violentar de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma.²² No se trata entonces de cualquier decisión que, aunque fundada en el examen de la situación fáctica y en el análisis de las normas aplicables pueda ser tildada de desacertada, sino de aquellos actos manifiestamente contrarios a la ley, producto del capricho o de la arbitrariedad sin sustento fáctico y jurídico, que la desconocen de manera burda y mal intencionada.

Por consiguiente, la materialidad de la conducta calificada como prevaricadora requiere demostrar que la resolución, dictamen o concepto, fue producto del capricho y arbitrio del sujeto y desconoce abiertamente y de forma ostensible los mandatos normativos reguladores de la situación concreta, pues no basta que sea producto de una simple divergencia de criterios o posturas frente a la decisión adoptada.

En tal sentido, no se subsumen en el tipo penal aquellas decisiones que resulten del examen de las distintas disposiciones reguladoras del asunto propuesto ante el funcionario, respecto de las cuales exista la posibilidad de

²² CSJ SP del 24 de junio de 1986, GJ CLXXXV n. ° 2424, pág. 438-442.

interpretaciones discordantes, toda vez que en el prevaricato el juicio no es de acierto sino de legalidad.

También ha reiterado la jurisprudencia de la Sala que la adecuación típica de este delito debe surgir del simple cotejo entre el contenido del concepto, resolución o dictamen y la Ley, no siendo necesario acudir a complejas o refinadas interpretaciones, pues de ser así se desvirtúa la expresión de la norma de *“manifiestamente contrario a la ley”*.

Por ende, en la valoración de la conducta delictiva, el funcionario judicial deberá realizar un juicio ex ante ubicándose en el momento en que el servidor público realizó la acción y examinar las circunstancias por él conocidas, contando con una actitud más descriptiva que prescriptiva orientada a evidenciar lo que realmente éste hizo en el momento de la actuación y no lo que debió hacer teniendo en cuenta una visión actual (juicio ex ante y no a posteriori). En la realización de este juicio, sin embargo, al tratarse del examen de una actuación ostensiblemente contraria a la Ley, el juez no puede abstenerse de enseñar el *“debe ser”* legal que el infractor desconoció maliciosamente *“pero como un deber ser que éste conocía...y que obviamente estaba al alcance de sus posibilidades”*.²³

²³ CSJ SP del 6 de mayo de 1998, radicando 13628.

En lo que se refiere al elemento subjetivo del tipo, el delito de prevaricato por acción sólo es atribuible a título de dolo, conforme al artículo 21 del Código Penal el cual estableció que todos los tipos de la parte especial corresponden a conductas dolosas, salvo cuando se haya previsto expresamente comportamientos culposos o preterintencionales. Por lo tanto, únicamente podrá predicarse dolo en este delito, si se demuestra que el agente obró con el conocimiento y la voluntad de resolver la situación sujeta a su decisión de manera ostensiblemente contraria al ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia de la Sala reconoce en el dolo dos componentes, el cognitivo-intelectivo y el volitivo, esto es el conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal y el querer realizarlos, por los que actúa de manera dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización.²⁴

Así mismo, debe realizarse un análisis dada la naturaleza de la conducta y la forma en que se manifestó la misma, si las varias decisiones tomadas se reputan bajo el designio de unidad de acción y propósito, cuyo caso se estaría ante un solo delito o por el contrario ante un concurso homogéneo simultáneo.

²⁴ CSJ, AP1862-2016 del 6 de abril de 2016, radicado 46553

Q

En este sentido, la Sala de Casación Penal de esta corporación precisó en la SP20073 de 2017, radicado No. 41198 del 5 de diciembre de 2017, lo siguiente:

“De otro lado, atendiendo a la naturaleza jurídica de este punible, la Corporación también viene admitiendo que las varias decisiones manifiestamente contrarias a la ley adoptadas en una misma actuación procesal motivadas por una misma finalidad, configuran un concurso aparente de delitos o una unidad delictiva en aplicación del delito continuado previsto en el artículo 31 del Código Penal, eventos en los cuales es menester efectuar, inicialmente, el estudio de cada una de las conductas supuestamente prevaricadoras con el fin de determinar si los tipos objetivo y subjetivo concurren y, luego, definir si están unidas por el mismo propósito, en cuyo caso generaría un solo delito, en caso contrario se presentaría el concurso material de conductas punibles.

*En consecuencia, se procederá a constatar si las endilgadas a la aforada como delictivas individualmente consideradas se adecúan al delito de prevaricato por acción y, **de ser así**, determinará si configuran unidad de delito o un concurso material de conductas punibles, en cuyo propósito tendrá de presente que para la tipificación de un solo reato es forzosa la concurrencia de los siguientes requisitos: Un comportamiento subjetivo constituido por el plan preconcebido por el autor, identificable por la finalidad, b) el despliegue de pluralidad de comportamientos de acción u omisión, y c) la identidad del tipo penal afectado con tales*

P

comportamientos, lo que implica la lesión o puesta en peligro del mismo bien jurídico.²⁵ (Negrillas fuera de texto original)

Por lo tanto, ese será el derrotero a seguir en la presente providencia.

3. DEL CASO CONCRETO

La solicitud de preclusión se abordará según el orden de solicitud planteada por el ente acusador, atendiendo a las siguientes consideraciones: i) *la adecuación típica de la conducta desplegada en el prevaricato por acción*; ii) *la atipicidad objetiva del resuelve primero de la decisión del 14 de julio de 2014*; iii) *del error de tipo vencible o de la atipicidad subjetiva y/o objetiva en el resuelve segundo de la decisión del 14 de julio de 2014*.

3.1. La adecuación típica del hecho indagado en el prevaricato por acción

Al confrontar las conductas desplegadas por el indiciado con el tipo penal del prevaricato por acción, se puede observar que existe una clara adecuación a dos elementos estructurales del tipo penal desde su ámbito

²⁵ CSJ SP. Rad. No. 17089 de 25-VI-02.

Q

objetivo; la calidad de sujeto activo calificado y la existencia de una decisión proferida por éste en su condición de funcionario público. Sobre estos dos tópicos no se planteará discusión alguna, por resultar de indiscutible concurrencia en el presente asunto.

Corroborado lo anterior, es menester establecer si se encuentra presente el tercer elemento del prevaricato por acción, esto es, el ingrediente normativo que alude a que la decisión sea “*manifiestamente contraria a la Ley*”, es decir, si con la determinación emitida por el implicado se ha infringido de manera evidente el ordenamiento jurídico. Es decir, que sea tal la disconformidad con el estatuto legal, que se advierta que la misma procede del capricho o arbitrariedad del funcionario.

Impugnada como fue la resolución del 10 de enero de 2014 emitida por la Fiscalía 106, en los términos de los artículos 169, 185, 186, 191 y subsiguientes de la Ley 600 de 2000, correspondió al doctor HERMES ARDILA QUINTANA en su condición de Fiscal 43 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá, resolver el recurso de alzada en atención a que era de su competencia pronunciarse respecto a ella al tenor del artículo 119 numeral 2° de la Ley 600 de 2000.

- ***la atipicidad objetiva del resuelve primero de la decisión del 14 de julio de 2014***

Q

Respecto de la primera orden emitida en la resolución del 14 de julio de 2014, el Fiscal ARDILA QUINTANA estimó al resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución fechada el 10 de enero de 2014 por parte de la Fiscalía 106 Seccional, que debía proceder la revocatoria de la medida de cancelación de registros, al establecer que no aparecían demostrados los elementos objetivos de los tipos penales de falsedad en documento público, fraude procesal y falso testimonio, de los cuales habían sido sindicados los hermanos Cruz, requisito sustancial al tenor del artículo 66 inciso 1º -ibíd.-.

El análisis plasmado por el Fiscal *ad quem* en el auto objeto de análisis en esta actuación, comienza por establecer los requisitos aducidos por el *a quo* – artículo 66 de la Ley 600 de 2000- y constatar si se encuentran demostrados en el proceso.

En primer lugar, en el examen de la decisión de segunda instancia se aborda el estudio del presunto fraude procesal, con base en la denuncia presentada por el denunciante y en su criterio jurídico determinó:

“La anterior deducción carece de toda argumentación jurídica desde la perspectiva de la legislación procesal civil, porque el A quo no hace ningún análisis para llegar a semejante conclusión, desconociendo que cada procedimiento tiene su propia ritualidad legal, e inadecuadamente hace afirmaciones con base en elucubraciones personales, baladíes, sin respaldo jurídico y

procesal alguno; pues adviértase que lo sostenido en el proveído impugnado, no consulta la forma de notificación de los actos procesales en el juicio de sucesión (art. 586 a 621 del C.P.C) ni en ninguna norma de la legislación civil adjetiva vigente para el momento en que se surtió la actuación judicial calificada de apócrifa”.

Sostiene que el *a quo* no podía determinar la existencia objetiva del fraude procesal con tan sólo el dicho del denunciante, toda vez que a lo largo del expediente no existía un solo elemento de juicio que permitiera soportar la falsedad de la nota secretarial, y por lo tanto *dicho acto goza de presunción de legitimidad y absoluta efectividad.*

Así pues, sostuvo que debido a lo anterior se *desdibujaron* los elementos objetivos del tipo penal descrito en el artículo 453 del C.P, al no soportarse que los denunciantes hubiesen inducido en error al servidor público mediante una conducta engañosa.²⁶

También afirmó en la resolución que resolvió el recurso de apelación, que no aparecen demostrados los elementos objetivos del tipo penal de falso testimonio por cuanto:

(i) no existe prueba que indique que los bienes relacionados por los hermanos Cruz en el proceso de sucesión no eran de propiedad de la causante o que ocultaron deliberadamente los pasivos.

²⁶ Folios 21 y 22 de la Resolución del 14 de julio de 2014.

(ii) tampoco obra prueba que señale que los hermanos Cruz Ruíz efectivamente realizaron la venta de los derechos que les correspondían en la sucesión.

(iii) en tales condiciones, no existe prueba de que los hermanos Cruz hayan faltado a la verdad bajo la gravedad de juramento, en actuación judicial o administrativa ante autoridad competente, elementos que estructuran el tipo penal de falso testimonio.

Finalmente, consideró el Fiscal ARDILA QUINTANA que tampoco se advierte la presencia del tipo penal de falsedad en documento público con fundamento en los mismos hechos, esto es, la supuesta falsedad sobre la escritura pública 770 de la Notaria 65 de Bogotá, la cual fue investigada por la Fiscalía 148 y culminó con resolución de preclusión, proferida el 30 de julio de 1999. Posteriormente, dicha resolución fue advertida por la Fiscalía 144 y sirvió de base para que mediante resolución del 16 de enero de 2003, se abstuviera de abrir investigación contra los señores ANTONY CRUZ USECHE, ALFONSO CRUZ RUIZ y NOHORA CRUZ USECHE por los mismos hechos, tras recibir una nueva denuncia por el señor ALFONSO CRUZ MONTAÑA.

Apelada como fue la resolución del 16 de enero de 2003, por la parte denunciante, correspondió a la Fiscal Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá resolver el recurso de alzada. Esta funcionaria mediante resolución de 7 de julio de 2003, resolvió confirmar la resolución inhibitoria

Q

proferida por la Fiscalía Seccional 144, en lo atinente a este delito de falsedad en documento público. No profundiza el indiciado sobre este tema, indicando en el auto objeto de censura, que el expediente dentro del cual se está tomando la decisión se encuentra en trámite, al punto que incluso se elevaron solicitudes tanto de nulidad como de preclusión, datadas del 20 de enero de 2014 y 30 de mayo de 2013, de las que se encuentra pendiente el pronunciamiento de la fiscal *a quo*, por lo que, como *ad quem* no puede emitir conceptos ni fijar su criterio, en un asunto que podría ser objeto de su análisis y decisión posterior, en condición de Fiscal de segunda instancia.

Este análisis permite establecer que el doctor HERMES ARDILA QUINTANA, en uso de sus competencias y cumpliendo la función que como Fiscal *ad quem* respecto de las decisiones que toman los Fiscales delegados ante los Jueces del Circuito, Municipales o Promiscuos le ha asignado la normativa jurídica²⁷, emitió la decisión de revocar la orden proferida por la Fiscalía 106 Seccional el 10 de enero de 2014, que fue objeto de alzada.

Igualmente, se puede concluir por la Sala que tal decisión no fue producto del capricho ni es manifiestamente contraria a la Ley, como lo denunció el apoderado de Alfonso Cruz Montaña. Por el contrario, dados los medios probatorios aportados al mencionado proceso, no se podía afirmar con la

²⁷ Artículos 119, numeral 2 y 185 de la Ley 600 de 2000.

certeza exigida en el artículo 66, que aparecían demostrados los elementos objetivos de los delitos denunciados para ordenar la cancelación de registros, que fue la motivación fundamental expresada por el delegado acá investigado.

Expuestas las consideraciones precedentes, la Sala concluye que la solicitud de preclusión presentada por la Fiscalía Séptima delegada ante la Corte, avalada por el Ministerio Público y por la defensa técnica y material, se ajusta a derecho, por falta de tipicidad objetiva, por lo que dispondrá la preclusión de la acción penal, por el delito de prevaricato por acción, frente a la decisión de 14 de julio de 2014, mediante la cual se revocó la resolución emitida por la Fiscalía 106 Seccional, que fuera objeto de apelación, pues del estudio de la decisión se evidencia que el Fiscal 43 Delegado ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá obró conforme a derecho y por lo tanto no incurrió en una actuación manifiestamente contraria a la ley, desvirtuándose el hecho ilícito atribuido a este.

- De la atipicidad objetiva del resuelve segundo de la decisión del 14 de julio de 2014

1. De la variación de la causal de preclusión para el caso concreto:

Sobre la variación de la causal de preclusión de la investigación deprecada por la Fiscalía, la Sala de Casación Penal, en los albores de la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, tenía sentado que ello no era posible, pues implicaba desbordar una competencia que constitucionalmente se asignó al ente acusador.²⁸

No obstante, ya esa corporación ha morigerado el alcance de esa prerrogativa de la Fiscalía en tanto se ha admitido la variación de la causal de preclusión solicitada por el ente acusador. En este sentido, se pronunció la Sala de casación Penal de la Corte en la sentencia del 25 de junio de 2014 Rad. 42442, al sostener:

“Esta postura no es novedosa, ya que la Sala, en el pronunciamiento citado con antelación, ha admitido que “la tendencia actual se dirige a que no solo con relación a la causal alegada se pueda decretar la preclusión, sino que también es válido hacerlo por otra, cuando sus componentes estructurales y los soportes materiales probatorios y evidencia física así lo determinen, es decir que en la audiencia se haya puesto de conocimiento de los jueces, los motivos que la estructura”, sin que ello signifique inmiscuirse en el rol de la Fiscalía atendiendo hipótesis en las que, como en el sub examine, se brinden por parte de sus Delegados elementos de juicio encaminados a la demostración de tal circunstancia, o sea, de que opera la preclusión.”

²⁸ Sala de Casación Penal en decisión de febrero 8 de 2008, rad. 28908; providencia de julio 15 de 2009, rad. 31780; Auto de mayo 18 de 2011, rad. 35826.

12

Por lo tanto, respetando el carácter dispositivo de la solicitud de preclusión, que en el caso concreto y atendiendo la fase de investigación en que se encuentra el proceso, recae únicamente en la Fiscalía, la cual invocó las causales 2ª principal – por error vencible ausente de dolo- y 4ª subsidiaria – por atipicidad subjetiva- del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, con base en la línea jurisprudencial aludida, igualmente se estudiara la concurrencia de la causal 4ª –por atipicidad objetiva-.

Lo anterior resulta viable siempre que los elementos estructurales y los soportes materiales probatorios junto con la evidencia física presentada en la audiencia, así lo habiliten.

Sobre este punto, la Sala considera necesario precisar que para el caso que nos ocupa, la variación de las causales inicialmente planteadas por el titular de la acción penal, se funda en los mismos soportes estructurales y probatorios expuestos en la audiencia de sustentación, los cuales, a juicio de esta corporación, determinan la existencia de una causal diferente a las esbozadas por el instructor, sin que por ello se invada la órbita funcional asignada a la Fiscalía, ni se vulnere el principio de imparcialidad, pues la decisión judicial se enmarcará en lo argumentado y sustentado por el único sujeto legitimado para solicitar la preclusión en fase de investigación.

Q

Además, como quiera que la argumentación ofrecida por la Fiscalía y puesta en conocimiento de las partes, permite que estas orienten sus posturas argumentativas, bien sea apoyando la proposición u oponiéndose a ella, se genera un panorama dialéctico sobre el cual el fallador deberá fundar su decisión, sin que la modificación de la causal esbozada en la providencia judicial genere vulneración de derechos de las partes, pues si esta se basa en los mismos componentes estructurales que emergen de los medios de convicción arrimados a la petición, estaría respondiendo a las intervenciones de los partícipes de la audiencia de sustentación, quienes lejos de verse sorprendidos con el fallo, encontrarían en él respuesta a sus intervenciones.

2. Del estudio de los elementos del tipo penal de prevaricato y la estructura del delito.

La definición dogmática del delito en Colombia tiene fundamento en una estructura tripartita compuesta por los elementos de la *tipicidad*, *antijuricidad* y *culpabilidad*. En ese entendido, solo podrá decirse que ha existido un delito cuando se haya agotado el proceso de constatación de la concurrencia de cada uno de esos elementos en el actuar de la persona a quien se le atribuye en concreto un tipo penal, y los mismos encuentren sustento en el acervo probatorio.

La correcta valoración de la conducta comienza por el proceso de adecuación típica²⁹, mediante el cual el operador judicial debe hacer la interpretación de los tipos penales de manera restringida, haciendo un señalamiento de los elementos que estructuran el tipo. Posteriormente, debe valorarse en conjunto con lo que se ha denominado por parte de la doctrina como el *injusto típico*, es decir, una conducta típica y por lo tanto desvalorada, pero igualmente capaz de configurar el injusto penal, por cuanto ha vulnerado eficazmente el bien jurídicamente protegido por la norma penal. Únicamente, cuando la conducta esté revestida de esta naturaleza, podrá someterse a un examen de culpabilidad al sujeto infractor, reprochándosele o no, la comisión de la conducta.

Por lo anterior, no es posible para esta Sala entrar a estudiar las consideraciones de la Fiscalía de primera mano, valga decir la alegación preclusiva con fundamento en el error vencible de tipo o en atipicidad subjetiva, ya que las causales aludidas por aquella, implican necesariamente haber agotado el estudio en sede de tipicidad y todos sus elementos estructurantes; comenzando por el elemento objetivo para, luego de ello, constatar el tipo subjetivo.

En este sentido, la Sala de Casación Penal, en decisión de 24 de mayo de 2017, bajo el radicado N° 50063, sostuvo:

²⁹ C-996 DE 2000

Q

“La atipicidad del hecho investigado se ha entendido como la falta de adecuación del comportamiento a la descripción de un tipo previsto en la parte especial de la Ley penal, pues en el proceder cuestionado no concurren los elementos que configuran la conducta punible. Dicho en otros términos, se trata de la constatación naturalística y ontológica de la ocurrencia efectiva de un actuar humano que no encuentra correspondencia plena y cabal con ningún precepto normativo previsto en el Estatuto Punitivo.”

En igual sentido se precisó por la corporación en auto de 23 de febrero de 2016, Rad. 46664:

“Se entiende por [a] tipicidad (sic) la adecuación de un comportamiento a la descripción de una conducta contenida en la ley penal. Por consiguiente, para que pueda pregonarse la configuración de esta categoría jurídica resulta necesario que la identidad entre el proceder investigado y la genérica consagración el tipo sea integral, es decir, que todos los aspectos considerados en la norma concurren en la acción u omisión investigada, pues si falta cualquier elemento de los contemplados en la norma no se concreta el delito y la actuación deviene atípica.

Ahora, la conducta debe ajustarse a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte

Q

*especial del estatuto penal (tipo objetivo), tales como sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento; y de otra, debe cumplir con la especie de conducta (**dolo, culpa o preterintención**) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo)”³⁰.*

Así pues, se procederá con el estudio de adecuación típica de la conducta, primero en sede del tipo objetivo en la conducta de HERMES ARDILA QUINTANA, y solo de ser superado este baremo, se hará necesario continuar con el examen o juicio de tipicidad de la conducta que se le enrostra, examinando el tipo subjetivo y/o la concurrencia de la causal eximente de responsabilidad.

Como bien se expuso en la parte considerativa de esta providencia, en el presente asunto es palpable la presencia de dos de los elementos estructurales del tipo de prevaricato por acción, atinentes al sujeto activo cualificado y a la realización del verbo rector, al haberse proferido resolución. Lo que en efecto es objeto de discusión es si se encuentra presente el elemento normativo consistente en haber proferido la decisión “*manifiestamente contraria a la ley*”.

Para determinar la concurrencia de este elemento normativo, es necesario realizar un examen ex ante sobre el

³⁰ CSJ, Auto de 23 de febrero de 2016, Rad. 46664.

Q

actuar del funcionario indiciado, para determinar, de acuerdo con las particulares circunstancias que rodeaban la adopción de la decisión, si actuó o no conforme a la exigencia de la norma; adicionalmente, debe verificarse que tal contrariedad sea notoria, grosera o tan ostensible que aparezca de bulto de la mera comparación con la norma que regula el caso³¹.

Por lo tanto, no se pueden calificar de prevaricadoras las decisiones frente a las que se genere discusión respecto de su acierto o legalidad, divergencia de criterios o de interpretación, pues la exigencia normativa examinada implica que la discrepancia con la ley se ponga de presente a primera vista, sin acudir a elaborados análisis que concluyan su disonancia con la norma.

Es de la opinión del Fiscal Séptimo que el doctor ARDILA QUINTANA, al decretar en el numeral segundo de la resolución de 14 de julio de 2014, la nulidad oficiosa de las órdenes emitidas por la Fiscalía 106 en las resoluciones del 2 de julio y 18 de octubre de 2013, cometió un error vencible ausente de dolo, pues los aspectos objeto de esta decisión, eran escindibles de los atinentes al recurso de apelación resuelto en el numeral primero de la decisión de 2014 ya aludida.

³¹ CSJ SP, 26 de Sept 2018, Rad. 47698.

Y, en esa misma línea sostiene que, se extralimitó en sus funciones al decretar la nulidad respecto de estas dos decisiones no contenidas en el recurso de alzada. Se alude a las resoluciones de 2 de julio de 2013, a través de la cual se decreta el embargo preventivo y la adiada el 18 de octubre de 2013, en la que se dispuso el secuestro, medidas estas tomadas por la Fiscalía 106 Seccional sobre los bienes que resultaron adjudicados a los hermanos CRUZ, en las sentencias dictadas el 13 de diciembre de 1994 por el Juzgado 16 de Familia de Bogotá y el 25 de noviembre de 2003 por el Juzgado 15 Civil del Circuito de Bogotá.

Seguidamente señaló el mismo delegado solicitante de la preclusión, que en caso de no ser de recibo dicha hipótesis, consideraba subsidiariamente que operaba la institución de preclusión, pero por atipicidad por ausencia de elemento subjetivo, al no existir actuar doloso por parte del *ad quem*.

Por su parte, la defensa técnica estima que el actuar del doctor HERMES ARDILA fue conforme a derecho, con base en dos consideraciones principales esbozadas en la audiencia de solicitud de preclusión:

- i) que las decisiones tomadas por la Fiscal 106 que fueron objeto de invalidación, transgredían el debido proceso al haber sido ordenadas sin el cumplimiento de las formas propias exigidas por el artículo 60 del C. de P. P.;

Q

- ii) adicionalmente sostuvo, tal como se puede observar en la providencia del 14 de julio de 2014:

“..las medidas de embargo y secuestro decretadas por la primera instancia en las resoluciones del 2 de julio y 18 de octubre del año 2013, son trasgresoras absolutas del debido proceso, por contravenir flagrantemente los postulados legales que regentan su procedencia, en consideración a que al momento que éstas se ordenaron, no se había impuesto medida de aseguramiento a los sindicatos y por lo menos dos de los delitos imputados exigen dicho pronunciamiento, en atención al mínimo de pena previsto para la época en que se presentaron los sucesos investigados...”³²

Finalmente, respecto a la posición del ente acusador según la cual estima que el investigado desbordó sus facultades, precisó que su patrocinado se encontraba obligado por mandato constitucional y legal, según los artículos 29 Superior y 307 de la Ley 600 de 2000, a declarar de oficio la nulidad por violación del derecho fundamental del debido proceso, pues de no hacerlo habría incurrido en el delito de prevaricato por omisión.

Corresponde entonces determinar, según lo advertido en la audiencia de sustentación de preclusión y los elementos materiales probatorios aportados en la misma, si el fiscal HERMES ARDILA emitió una decisión manifiestamente contraria a la ley, al haber decretado la nulidad de las resoluciones anteriormente mencionadas, toda vez que no

³² Carpeta principal 1 de la Fiscalía, elemento probatorio 3, folio 25.

hacían parte del recurso de alzada, tornándose escindibles de los temas abordados en aquél.

Bajo este contexto, son dos los aspectos que analizará la Sala. El primero, está orientado a establecer si se decretaron las medidas cautelares vulnerando el debido proceso, y el segundo, si el Fiscal ARDILA QUINTANA estaba obligado a decretar la nulidad en un asunto que no hacía parte del recurso de alzada o, como lo afirma el Fiscal Séptimo delegado ante la Corte, al hacerlo cometió un error vencible sin ánimo de dolo.

En cuanto al primer aspecto, tenemos que si bien la acción civil puede adelantarse en forma conjunta con la penal, en momento alguno esto significa que son independientes, como erróneamente lo indicó el denunciante al considerar que son “*paralelas e independientes*”³³, con lo cual pretendía hacer ver que la decisión del recurso de apelación dentro del proceso penal, no guarda relación alguna con aquellas atinentes a los bienes en él involucrados, cuando en realidad, los trámites y resultados de la acción civil enervada dentro del proceso penal, dependen en gran medida de los avances y la suerte de este.

Por ese motivo, resulta imprecisa la manifestación del denunciante, según la cual, para decretar las medidas

³³ Carpeta principal 2 de la Fiscalía, elemento probatorio 5, folio 4

Q

cautelares inherentes a la acción civil, no se requiere medida de aseguramiento, dando a entender que con la mera solicitud ha de producirse su decreto, como si el legislador penal mirara con indiferencia las medidas afectantes de bienes dentro del proceso penal.

Sobre este aspecto, resulta preciso aclarar que en el procedimiento establecido en la Ley 600 de 2000, es posible solicitar la medida de embargo y secuestro, tal como ocurre en los litigios civiles, pero su procedencia está sujeta a las formas propias del proceso penal, es decir, a una serie de requisitos que gobiernan el decreto de esta medida, ajenos a aquellos de la legislación civil. Tales requisitos se contemplan en el artículo 60 –ibíd.–

Para solicitar la medida contemplada en el artículo en comento, resulta imperativo validar las siguientes circunstancias, para que opere dependiendo de dos posibles escenarios:

- (i) Si los delitos por los cuales se adelanta la investigación ameritan definición de situación jurídica en razón de la pena contemplada para estos, el embargo y secuestro sólo podrá decretarse *simultáneamente a la providencia en la que se imponga medida de aseguramiento o con posterioridad, el funcionario judicial decretará el embargo y secuestro de los bienes **de propiedad del sindicado.***

Q

De lo anterior, se deduce que no se puede decretar la medida de embargo y secuestro antes de la definición de situación jurídica para los delitos que trata el artículo 357 de Ley 600 de 2000, siendo presupuesto a su vez que se imponga medida de aseguramiento, lo cual demanda el agotamiento de los fines señalados en el artículo 355 y por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas producidas legalmente en el proceso, a voces del 356.

(ii) Ahora bien, en los eventos en que no haya lugar a la imposición de medida de aseguramiento, la procedencia del embargo y secuestro de bienes dependerá de que:

- i. se haya vinculado a los investigados al proceso,
- ii. *aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad*, a voces del artículo 356 ibíd,
- iii. que los bienes sean de propiedad del sindicado.

Ahora bien, como el Fiscal HERMES ARDILA QUINTANA adujo que decretó la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales la Fiscalía 106 ordenó las medidas

cautelares, en razón a que no se había definido la situación jurídica de los sindicatos con imposición de medida de aseguramiento, ya que varios de los delitos por los cuales se les adelantaba el sumario exigían proceder de tal forma, se hace necesario verificar la validez de este argumento, además de establecer si la Fiscalía 106 cumplió con las demás exigencias contenidas en el artículo 60 de la Ley 600 de 2000.

Pues bien, la denuncia en contra de los hermanos Cruz los sindicaba de haber cometido los delitos de falso testimonio, fraude procesal y falsedad material de particular en documento público, delitos sobre los cuales la Fiscalía 106 decidió adelantar sus pesquisas.

El delito de falso testimonio, según la denuncia formulada por el apoderado de Alfonso Cruz Montaña, ocurrió cuando los hermanos Cruz presentaron la demanda de sucesión y ocultaron la existencia del proceso sucesorio iniciado por su progenitor, denunciaron bienes que no eran de propiedad de la sociedad conyugal y omitieron los pasivos. Aunque en la indagación obra copia de la demanda sucesoral, no se puede establecer la fecha en que fue presentada ante el Juzgado de reparto, pero sí aparece la constancia secretarial de haber sido recibida para reparto el 28 de septiembre de 1993, y el auto del Juzgado 16 de la Familia que la admitió, el cual está fechado el 4 de octubre de 1993.³⁴

³⁴ Carpeta principal 2 de la Fiscalía, elemento probatorio 5, folios 246 a 256.

Q

El delito de fraude procesal se materializó cuando los hermanos Cruz procedieron a registrar la sentencia del Juzgado 16 de Familia pues, según el denunciante, indujeron en error al Registrador con una sentencia obtenida de manera irregular por no estar en firme, pues no se había notificado de la misma a Alfonso Cruz Montaña ni a los terceros indeterminados, y sobre la cual se había realizado una falsa constancia secretarial de ejecutoria, hecho que supuestamente realizaron el 21 de diciembre de 1994.³⁵

Finalmente, el delito de falsedad material de particular en documento público, según el denunciante, se llevó a cabo cuando Antony Cruz Useche protocolizó la escritura pública No 770, esto es el 7 de octubre de 1998.³⁶

Como puede verse, tales criminalidades demarcaron su realización entre los años 1993 y 1998, época en la que regía el Código Penal establecido en la Ley 100 de 1980. En dicho estatuto se tenían contempladas penas de prisión para los delitos referidos así: falso testimonio, de 1 a 5 años (artículo 172); y falsedad material de particular en documento público, de 2 a 8 años (artículo 220) y fraude procesal, de 1 a 5 años (artículo 182).

³⁵ Carpeta principal 2 de la Fiscalía, elemento probatorio 5, folio 60.

³⁶ Carpeta principal 2 de la Fiscalía, elemento probatorio 5, folio 64.

Q

Así las cosas, en tratándose del delito de fraude procesal, de acuerdo al concepto que para la época de emisión de la decisión tildada de prevaricadora mantenía la jurisprudencia, otorgándole al mencionado la condición de delito permanente, por lo que si durante la comisión del mismo entra en vigencia una norma que prescribe una pena más gravosa, es esta la que debe aplicarse al caso, pues su consumación se prolonga en el tiempo, hasta que siga surtiendo potencialmente sus efectos.

En tal sentido, la pena que debió tenerse en cuenta por la Fiscal 106 durante el trámite de la investigación y las decisiones proferidas en el presente asunto, respecto del delito de fraude procesal, era la correspondiente a la Ley 599 de 2000, valga decir, la consagrada en el artículo 453, previó una pena de prisión de 6 a 12 años³⁷.

En ese orden de ideas, atendiendo las fechas de emisión de las resoluciones dictadas por la Fiscalía 106³⁸, que resultaron nulitadas oficiosamente por el doctor ARDILA QUINTANA acá investigado, era deber de la *a quo*, antes de tomar la decisión de decretar embargos y secuestros de los bienes adjudicados a los hermanos CRUZ, en las sentencias dictadas el 13 de diciembre de 1994 por el Juzgado 16 de Familia de Bogotá y el 25 de noviembre de 2003 por el

³⁷ Pena aumentada por la Ley 890 de 2004.

³⁸ Se alude a las resoluciones de 2 de julio de 2013, a través de la cual se decreta el embargo preventivo y la adiada el 18 de octubre de 2013, en la que se dispuso el secuestro, medidas estas tomadas por la Fiscalía 106 Seccional sobre los bienes que resultaron adjudicados a los hermanos CRUZ, en las sentencias dictadas el 13 de diciembre de 1994 por el Juzgado 16 de Familia de Bogotá y el 25 de noviembre de 2003 por el Juzgado 15 Civil del Circuito de Bogotá.

1

Juzgado 15 Civil del Circuito de Bogotá, pronunciarse respecto de la medida de aseguramiento frente a los tres procesados, por expreso mandato del artículo 357 de la Ley 600 de 2000, evaluando por lo menos la existencia de dos indicios graves de responsabilidad. No obstante, la fiscal 106 no cumplió con tales exigencias normativas.

Visto así, se concluye que el argumento consignado sobre este particular en el auto del 14 de julio de 2014 por el doctor HERMES ARDILA QUINTANA, es acertado, en lo atinente a la figura punible del fraude procesal.

Pero, además, es preciso resaltar que el deber de resolver situación jurídica de los tres investigados, conllevaba, huelga decirlo, la vinculación de los mismos al proceso, la cual se produjo para NOHORA CRUZ el 16 de septiembre de 2013 y para ALFONSO CRUZ RUÍZ el día siguiente, sin que aparezca en la documentación aportada la indagatoria de ANTONY CRUZ USECHE. Ello se traduce en que al momento de emisión de la resolución de 2 de julio de 2013, ni siquiera se encontraban vinculados los investigados hermanos CRUZ, y al proferimiento de la resolución de 18 de octubre de la misma anualidad, no se halla prueba de indagatoria del procesado ANTONY CRUZ USECHE.

Debe agregarse a lo anterior, que conforme lo señala el artículo 60 citado, los bienes que van a ser objeto de las medidas cautelares en el proceso penal, deben ser de

Q

propiedad de los sindicatos, lo cual tampoco se cumplió en las resoluciones invalidadas, pues se da cuenta que los mismos estaban ya en cabeza de terceros.

Pero, además, como se ha indicado con antelación, incluso si por estos delitos la Fiscalía 106 estimó la no procedencia de medida de aseguramiento para efectos de disponer el embargo y secuestro de los bienes, como efectivamente lo ordenó en las resoluciones posteriormente invalidadas oficiosamente por el investigado, bajo el régimen de la Ley 600 de 2000, ha debido acogerse a las exigencias contenidas en el artículo 60 tantas veces referido, cuales son la previa vinculación al proceso, que los bienes sean de propiedad de los sindicatos, y que obre la prueba a que se refiere el artículo 356 del Código de Procedimiento del año 2000, presupuestos que fueron pretermitidos por la fiscal *a quo*, sin encontrarse mención alguna en las resoluciones nulitadas.

Ahora bien, respecto de la manifestación realizada por el Fiscal HERMES ARDILA QUINTANA y por la Fiscalía Séptima delegada ante la Corte en la audiencia de sustentación de preclusión, en torno a la afectación con la medida cautelar de los derechos de terceros que habían adquirido bienes de buena fe, se puede inferir válidamente su ocurrencia a partir de las dos tutelas presentadas por la Representante Legal de la “*Cooperativa Esperanza y Amistad de Bosa*”, en las que se afirmó que con la escritura 1533 de

Q

la Notaría 33 de Bogotá, sus afiliados habían adquirido un lote de terreno de 32.000 metros y este fue afectado con la medida de embargo y secuestro decretado por la Fiscalía 106.³⁹

En tales términos, resulta evidente que al no reunirse los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Ley 600 de 2000, al decretar el embargo de los bienes se vulneró el debido proceso, y existe evidencia de que con esta medida se afectó a los terceros que habían adquirido algunos de los bienes de buena fe.

Establecido lo anterior, el segundo aspecto que se debe analizar es si el Fiscal ARDILA QUINTANA estaba obligado, como lo ratificó en la audiencia a decretar la nulidad frente a las medidas cautelares en razón a que eran inescindibles con el tema objetivo del recurso de apelación y habían sido ordenadas vulnerando el debido proceso o, por el contrario, si al hacerlo, como lo sostiene el Fiscal Séptimo delegado ante la Corte, incurrió en un error vencible sin ánimo de dolo al cual fue inducido por el apelante.

Sobre la competencia del superior señala el artículo 240 de la Ley 600 de 2000, que en la apelación el superior “*se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación*”. Sobre este mismo

³⁹ La decisión del Tribunal Superior en este asunto, confirmada por la Sala Penal de la Corte, fue no tutelar por cuanto el mecanismo idóneo para reclamar los derechos era presentarse en el proceso como tercero incidental. Cuaderno principal 2 de la Fiscalía, elemento probatorio 5, folios 142 a 170.

aspecto, existe abundante jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, indicando:

“Como razonable resulta concluir, [que] el legislador en punto de la competencia del superior funcional, optó por prescribir una fórmula intermedia, pues si bien en principio el objeto del recurso constituye su límite, también se dejó consagrada la posibilidad legal de extenderla para incluir pronunciamientos sobre aspectos no impugnados, pero siempre que de ellos pueda predicarse un estrecho margen con el objeto de alzada.

Doctrina y jurisprudencia coinciden en concluir que la extensión de la competencia del superior a temas inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación resulta procedente cuando se advierta la necesidad de hacer prevalecer el derecho sustancial o cuando ello influya en la coherencia y la lógica que ha de observarse en la decisión del superior funcional.⁴⁰

En el presente caso, es evidente que la orden de la cancelación de los registros apelada se desarrolló como una consecuencia lógica de las medidas preventivas decretadas, y constituía el objetivo central de la denuncia y del accionar de la parte civil, tal y como lo afirmó el apoderado de Alfonso Cruz Montaña, al relatar los hechos de la denuncia realizada en contra del Fiscal ARDILA QUINTANA:

“1. En la fiscalía 106 Seccional, de la Unidad 2ª de delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico de Bogotá, D.C., tramitó el proceso con radicación No 847743, con base en la denuncia penal que el suscrito presentó, con el objeto de obtener la cancelación de escrituras públicas y de sus registros respectivos, en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, zona sur, en la que NOHORA, ALFONSO Y ANTONY CRUZ, aparecen como propietarios, sin serlo”⁴¹

⁴⁰ SP16542-2017 del 11 de octubre de 2017, radicado 49745; SP del 25 de mayo de 2005, radicado 22.855:

⁴¹ Carpeta principal 2 de la Fiscalía, elemento probatorio 5, folio 1.



También es claro que el efecto de la medida cautelar de embargo (12 de julio de 2013) y posterior secuestro (18 de octubre de 2013), ordenadas en las resoluciones invalidadas oficiosamente por el doctor ARDILA QUINTANA, era evitar que se pudiera disponer de los bienes inmuebles que ya no estaban en cabeza de los procesados, y dineros del pago de arrendamientos, al punto que ni siquiera presentaron medios de impugnación ante tales determinaciones.

Es por ello que, seguidamente, en la resolución de 10 de enero de 2014, la misma fiscalía 106 dispone la cancelación de los registros con ocasión de las sentencias emitidas en la jurisdicción civil y de familia, retornándolos a un litigio ya finiquitado, consiguiendo el propósito último del denunciante de volver las cosas al estado previo a la emisión de la sentencia de los Juzgados 16 de Familia y 15 Civil del Circuito de Bogotá, con lo cual la Fiscalía 106 dejaba sin valor tales sentencias, que ya estaban ejecutoriadas desde hace varios lustros y gozaban de presunción de legalidad y acierto.

Por consiguiente, la Sala observa que existe un claro vínculo que torna inescindible la decisión relacionada con la cancelación de registros, y la relativa a las medidas cautelares de embargo y secuestro, por lo que se concluye que el Fiscal ARDILA QUINTANA no solo podía, sino que debía extender el ámbito de su decisión más allá de la resolución apelada y dar aplicación a los contenidos de los artículos 306 y 307 del estatuto procedimental, por cuanto

Q

se evidenciaba flagrante vulneración del debido proceso, al tomar la decisión de decretar las medidas cautelares, tal y como se analizó anteriormente, como lo destacó la bancada de defensa y con especial énfasis la agencia del Ministerio Público.

Observada como fue la decisión acá reprochada, estima la Sala que efectivamente el indiciado valoró correctamente la procedencia de este instituto procesal y advirtió la trasgresión al debido proceso en las decisiones de embargo y secuestro emitidas por la fiscal 106, así como su deber de subsanarlas con el decreto de nulidad oficioso que la legislación le obligaba a emitir.

Es claro también que la invalidación de las dos resoluciones era la única medida que tenía a su alcance para restablecer los derechos fundamentales de los afectados con las órdenes de embargo y secuestro tomadas por el *a quo*, restableciendo la seguridad jurídica que emanaba de las sentencias ejecutoriadas que constituyen la base de este asunto, las cuales fueron desconocidas de manera ligera por la delegada, afirmación que la representante del Procuraduría comparte en desmedro de terceros que se reputan de buena fe, ajenos por completo al proceso penal del que emergieron las decisiones examinadas por el doctor ARDILA QUINTANA, que solo podían ser contrarrestadas a través de la nulidad, atendiendo su naturaleza residual extrema.

Encuentra esta corporación que la nulidad era el mecanismo idóneo frente a la situación procesal advertida, y que este fue oportuna y adecuadamente ejercido, apartándose del criterio emitido por el Fiscal 7 Delegado ante la Corte, pues estimó que, al estar las decisiones plenamente ejecutoriadas, no podían ser tratadas en la decisión por medio de la cual resolvió el recurso de apelación ya referido, desagregando las obligaciones que para el fiscal de segunda instancia emanan de la codificación citada, resultando llamativo que no le merezcan la misma consideración, las ejecutorias que alcanzaron las decisiones de la jurisdicción civil que de manera tan poco juiciosa desconoció la fiscal 106 y que son el origen de las afectaciones de derechos que ya habían sido declarados casi dos décadas atrás.

Por consiguiente, la solicitud de preclusión en los términos planteados por el Fiscal peticionario, aduciendo que el doctor HERMES ARDILA QUINTANA actuó bajo una incorrecta apreciación sobre el componente del tipo penal *“manifiestamente contrario a la ley”* por cuanto creía estar actuando conforme a su mandato pese a no estarlo, y que la misma era superable por él debido a sus circunstancias y cualidades especiales como Fiscal Delegado ante Tribunal y con basta experiencia, no están llamadas a prosperar.

En tales condiciones, para la Sala resulta claro que la decisión del Fiscal HERMES ARDILA QUINTANA al declarar la nulidad de las resoluciones que ordenaron las medidas cautelares se ajusta a derecho, se orientó a hacer prevalecer

Q

el derecho sustancial y no constituyen un error vencible sin ánimo de dolo, como lo indicó el Fiscal Séptimo delegado ante la Corte.

En igual sentido, tampoco está llamada a prosperar la pretensión subsidiaria de preclusión por falta de tipicidad subjetiva, pues lo que del trámite se advierte es que el funcionario investigado no desplegó conocimiento o voluntad alguna respecto a la comisión del delito de prevaricato por acción, puesto que, partiendo de los argumentos expuestos en la audiencia de solicitud de preclusión y del voluminoso recaudo probatorio aportado, lo que se logra establecer es que su conducta fue ajustada a derecho.

En síntesis, el análisis realizado por la Sala estableció la ausencia de la manifiesta contrariedad con la ley, como rasgo fundamental del delito de prevaricato por acción por el cual fue denunciado el Fiscal HERMES ARDILA QUINTANA al haber revocado la orden de cancelación de registros y las medidas cautelares de embargo y secuestro ordenadas por la Fiscalía 106. Por consiguiente, ordenará la preclusión por la falta de tipicidad objetiva.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia.

9

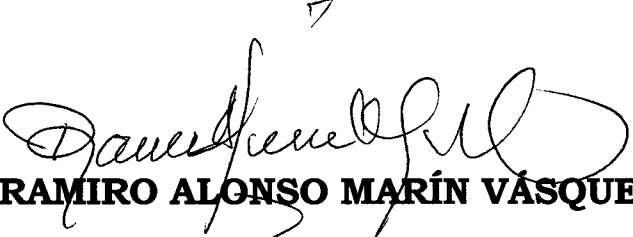
RESUELVE:

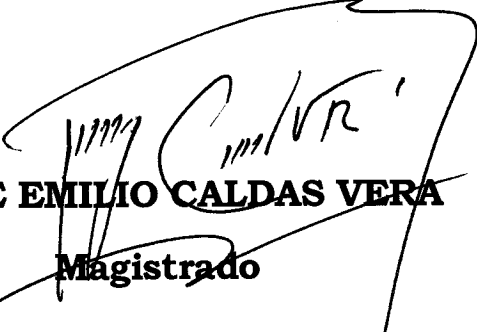
PRIMERO. PRECLUIR por atipicidad de la conducta la investigación que por el delito de prevaricato por acción la Fiscalía General de la Nación adelanta en contra del doctor HERMES ARDILA QUINTANA, actual Fiscal 43 delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá, y, en consecuencia, **CESAR** con efectos de cosa juzgada la acción penal.

SEGUNDO. Una vez cobre ejecutoria la presente decisión, **ARCHÍVESE** la actuación.

TERCERO. La presente decisión queda notificada en estrados y contra ella proceden los recursos de reposición y apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ
Magistrado



JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado



RODRIGO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario