



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

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado Ponente

AEP00138-2021

Radicación N° 00408

Aprobado acta No. 98

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno
(2021)

VISTOS

La Sala decide la solicitud de preclusión elevada a favor de la doctora BÁRBARA LILIANA TALERO ORTÍZ, Magistrada de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, incoada por la Fiscalía Once Delegada ante esta Corporación, dentro de la indagación que por el delito de prevaricato por acción se adelanta en su contra.

HECHOS

La sociedad Pesqueros S.A.S., a través de apoderado judicial, presentó dos demandas civiles de mayor cuantía contra la Compañía Roldán y Cia Ltda. y la empresa Rolog S.A.,

las cuales correspondieron al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Buenaventura, con los radicados 76-109-31-03-002-2013-00123-00 [97-11] y 76-109-31-03-002-2013-00124-00 [98-11]. Los títulos ejecutivos que soportaron el pedimento fueron dos contratos de arrendamiento de maquinaria de carga de fecha 21 de enero de 2011.

De manera paralela, la parte ejecutada solicitó ante la Superintendencia de Sociedades, la declaratoria de nulidad de los negocios jurídicos que soportaron las demandas civiles, y mediante proveído del 19 de septiembre de 2013, el Delegado para Asuntos Mercantiles en dicha entidad, con decisión admisorias dispuso como medida cautelar la suspensión de los efectos de los mismos, la cual fue comunicada al citado despacho judicial el 8 de octubre de la misma anualidad, mediante oficio n.º 801-137744.

No obstante lo anterior, con autos números 502 proferido en la primera de las actuaciones y 503, en la segunda, ambos del 22 de octubre de 2013, el titular del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Buenaventura, negó los mandamientos de pago solicitados y ordenó el envío de las diligencias por competencia a un juez de menor jerarquía, sin referirse a la determinación de la Superintendencia. La parte actora interpuso los recursos de reposición y apelación.

El 12 de noviembre de 2013, dicho juzgado no repuso sus decisiones y concedió en el efecto devolutivo los recursos de alzada, los cual correspondió a la doctora BÁRBARA LILIANA TALERO ORTÍZ, como Magistrada de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, quien a través

de los autos números 185 y 186 de diciembre 11 del mismo año, los admitió.

Pero, el 12 de marzo de 2014, la funcionaria profirió los autos 75 y 76 dejando sin «*valor y efecto*» sus determinaciones anteriores, considerando que el rechazo de la demanda por falta de competencia no era susceptible de recurso de apelación, conforme lo establecido por los artículos 85 y 148 del Código de Procedimiento Civil. Pronunciamientos que a juicio del denunciante resultaron ostensibles y manifiestamente contrarios a derecho, además de arbitrarios e injustos, dirigidos a favorecer a la parte ejecutada.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1.- La Fiscalía

El Fiscal Once Delegado ante la Corte, luego de expresar que esta Sala es competente para conocer la solicitud de preclusión elevada con fundamento en la causal 4° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 y, realizar un breve resumen de los hechos jurídicamente relevantes, sustentó la petición de la siguiente manera:

Restringió el problema jurídico a que la Magistrada TALERO ORTÍZ, actuó en forma contraria a la ley al proferir las decisiones cuestionadas, porque desde el punto de vista de la tipicidad objetiva, de acuerdo con lo normado por el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, son contrarias a derecho, pues el auto que niega total o parcialmente el

mandamiento ejecutivo es apelable en el efecto suspensivo. Ahora, como el titular del citado despacho judicial dispuso la denegación del mandamiento ejecutivo en ambos procesos, contra esa decisión procedía la alzada, que al promoverse debía resolverla así determinara enviar las actuaciones por competencia a un juez de menor jerarquía.

No obstante, solicita la preclusión por atipicidad subjetiva por falta de dolo. En efecto, sostiene que el concepto manifiestamente contrario a la ley debe responder a un actuar caprichoso, malintencionado o arbitrario del servidor público, por lo tanto, para establecer si es prevaricador debe estar acompañado de un querer y voluntad orientados en la dirección señalada. Por el contrario, considera, el accionar de la Magistrada TALERO ORTIZ no tuvo la intención de desconocer la ley, pues las decisiones estuvieron precedidas de la interpretación que le dio a la postura del *a quo*, quien decidió remitir las demandas por falta de competencia a un juez inferior.

Afirma que el dicho de la indiciada en su interrogatorio y el contexto en que se emitieron las decisiones de primer grado, determinan que su posición de entender que se trataba de un problema de competencia no es descabellada pues las mismas contienen, aunque en segundo plano, ese fenómeno. Además, que tal criterio también fue compartido por su compañero de Sala, doctor Felipe Francisco Borda Caicedo, quien en dos determinaciones en un proceso diferente donde convergen las mismas partes involucradas en los conocidos por TALERO ORTÍZ, actuó en idéntico sentido.

De otro lado, añade, frente a la manifestación de Wilson Ríos Daraviña, representante legal de la sociedad Pesqueros S.A.S., sobre la presunta intención de la indiciada de favorecer a los ejecutados, como el denunciante no pudo ser ubicado no fue corroborada. Además, que con el relato de la procesada y las entrevistas a los doctores Adriano Calero González, asesor externo de Roldán y Compañía LTDA. para temas de derecho laboral y Mario Germán Iguarán Arana, cuya firma fue contratada por la misma empresa para asuntos relacionados con derecho penal; se determinó la inexistencia de algún grado de amistad o cercanía entre la Magistrada y funcionarios de la Superintendencia de Sociedades y/o las empresas demandadas.

Así mismo, señala, con los autos no se favorece a alguna de las partes del litigio, pues al no aceptarse la apelación la decisión que debía cumplirse era la de fijar la competencia en un Juez de menor categoría, además, contaron con un soporte normativo adecuado y un sustento jurisprudencial pertinente, sin que se perciba motivación distinta a la consideración o interpretación individual de la servidora.

Aduce, que haber concedido el recurso de súplica ante la improcedencia del de reposición interpuesto por el apoderado de la demandante contra la negativa de tramitar la apelación, descarta cualquier interés mal sano pues dicho acto conllevó a que el 6 de junio de 2014 su homóloga María Patricia Balanta Medina revocara los autos cuestionados, por cuanto la Superintendencia de Sociedades había decretado la suspensión de los efectos de los contratos de arrendamiento que soportaban la ejecución.

Por lo anterior fue que la indiciada mediante decisiones del 1° de julio de 2014 conoció de las apelaciones, revocó los autos proferidos por el Juez Segundo Civil del Circuito de Buenaventura y suspendió el trámite de las demandas a raíz de los procesos ejecutivos incoados por la sociedad Pesqueros S.A.S.

En estas condiciones, asevera, no es posible atribuir a la Magistrada TALERO ORTIZ la comisión de la conducta punible de prevaricato por acción por atipicidad subjetiva, por lo tanto, lo procedente es solicitar la preclusión de la investigación por el hecho investigado.

2.- La representante del Ministerio Público

Avala la pretensión de la Fiscalía en el sentido que las decisiones no son manifiestamente contrarias a la ley, ni está acreditado el dolo exigible.

En su criterio, lo resuelto por la indiciada se ajusta a la Ley porque aunque inicialmente admitió el recurso de apelación luego corrigió al revocar la decisión con los autos cuestionados, decretando la inadmisión de la alzada.

Lo anterior por cuanto, sostiene, analizando la motivación de los proveídos, si la decisión del Juez Civil del Circuito se centró en la falta de competencia no podía entonces asumir el conocimiento de las actuaciones a través del recurso vertical, porque de hacerlo supondría en el fondo un pronunciamiento sobre un conflicto de competencia que no podría el Tribunal

Superior de Buga dirimir. Por ello coadyuva la solicitud y solicita se resuelva favorablemente la pretensión.

3.- Apoderado de la Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial.

No presenta oposición a la solicitud de preclusión. Argumenta que pese a que las providencias son objetivamente contrarias a derecho, no existe prueba que demuestre el conocimiento y el querer transgredir las normas procesales por la procesada porque la disposición censurada también era posible, en la medida que los autos impugnados en los trámites civiles igualmente disponían la remisión de las actuaciones por falta de competencia al juez civil municipal reparto.

4.- Defensa técnica.

Coadyuva la solicitud de preclusión por atipicidad fundada en que: (i) el hecho que dos funcionarios adopten decisiones diferentes sobre un mismo asunto no significa que se trate de un desacierto o ilegalidad de una u otra; (ii) la denuncia tiene un alto nivel especulativo carente de sustento fáctico; (iii) no se causó perjuicio alguno; y, (iv) las decisiones se encuentran ajustadas a derecho.

Menciona que de la misma forma a como lo dispuso la Sala de Casación Penal el 23 de febrero de 2016 dentro del radicado 23901, las decisiones proferidas por dos o más funcionarios sobre un mismo asunto, distintas entre sí, no se puede considerar a una como la mejor opción o la única legal y posible, y menos implica un desacierto o una ilegalidad de la

otra u otras que le sean contrarias, pues de aceptarse se afectarían los principios de independencia, imparcialidad y autonomía de los jueces. Las diferencias de criterio respecto de un determinado punto del derecho, especialmente frente a materias que por su complejidad o ambigüedad admiten diversas interpretaciones no son prevaricadoras.

Califica la denuncia como especulativa y carente de sustento probatorio, porque no existe prueba de una posible amistad o compromiso entre su procurada y la parte demandada para adoptar la decisión cuestionada, de hecho el fundamento de la decisión se encuentra ampliamente explicado en los autos cuestionados.

Finalmente, resalta, con las determinaciones tampoco se causó perjuicio alguno pues las mismas eran susceptibles del recurso de queja, el cual fue concedido a pesar de promoverse el de reposición que resultaba improcedente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- De la competencia.

La Sala es competente para decidir sobre la solicitud de preclusión con arreglo a lo prescrito por el artículo 3° del Acto Legislativo No. 001 de 2018, modificatorio del artículo 235.5 de la Constitución Política.

En efecto, el fuero de juzgamiento es una garantía que obliga a un procesamiento especial radicado en determinados

operadores jurídicos y se goza desde el momento en que se asume el cargo, esto es, basta con solo comprobar la vinculación con el cargo para que los funcionarios judiciales especiales adelanten la investigación y juzgamiento¹.

En lo que respecta a la doctora BÁRBARA LILIANA TALERO ORTIZ, se acreditó que labora como Magistrada de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Buga desde el 13 de enero de 2009, y como actualmente desempeña ese cargo es evidente que esta Sala es la competente para conocer de la solicitud de preclusión.

2.- Derechos y garantías de las víctimas.

A tenor de lo previsto por los artículos 11 literales d) y g) y 136 numeral 10 de la Ley 906 de 2004, la víctima del delito como garantía de acceso a la administración de justicia tiene derecho a ser escuchada, a aportar pruebas y a que se le informe sobre las decisiones relativas a la persecución penal. A este respecto con el fin de lograr que el derecho a la información se cumpla a cabalidad, compete al Fiscal enterarla oportunamente de los elementos pertinentes para en caso de acusación o preclusión, hacer el seguimiento a la actuación a adelantar.

En el presente evento el delegado de la Fiscalía declaró que en virtud a que la sociedad Pesqueros S.A.S. actualmente se encuentra liquidada y cancelada su matrícula mercantil, amén de que la labor investigativa para ubicar a quien fungió como representante legal y liquidador no tuvo resultados

¹ CSJ SCP, auto de 11 de julio de 2012. Rad. 39218.

positivos, nombró de oficio como apoderado al doctor Carlos Julio Guerrero Carrillo, a quien le fueron enviadas las comunicaciones respectivas, no obstante, la Sala no le reconoció la calidad de víctima ya que debido a la desaparición jurídica de la sociedad, ésta perdió su capacidad como sujeto de derechos.

La Rama Judicial y la Delegada del Ministerio Público también fueron informadas de la solicitud de preclusión, de la fecha de celebración de la audiencia y se les pusieron a disposición los elementos materiales probatorios sustento de la petición.

3.- De la preclusión.

Con arreglo a lo dispuesto por los artículos 331 a 335 del Estatuto Procesal Penal de 2004, la preclusión de la investigación puede ser declarada por el juez de conocimiento en cualquier etapa procesal a instancias de la Fiscalía, incluso antes de la formulación de la imputación, cuando encuentre acreditada una de las hipótesis contempladas en el artículo 332 ejusdem.

El análisis y fundamentación presentados por el Fiscal para este propósito deben ser específicos y detallados, atendiendo no sólo los elementos fácticos y jurídicos que configuran la causal de preclusión invocada, sino los que integran el tipo penal respecto del cual se pretende la terminación anticipada del proceso, de modo que sea posible deducir con certeza la necesidad de extinguir la acción penal

con fuerza de cosa juzgada por ausencia de mérito para continuar con la persecución penal².

Ciertamente, la solicitud de preclusión de investigación comporta para quien acude a ella, recolectar los elementos materiales probatorios y la evidencia física respectiva para probar la causal aducida, es decir, que se trate de una proposición jurídica completa a disposición de la judicatura para verificar la solidez de su estructuración.

En ese sentido, la Corporación tiene sentado que la normativa interna exige que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera cierta o, lo que es igual, que respecto de la misma no exista duda o posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo³.

Si los elementos materiales de prueba cimientan una causal de preclusión eminentemente objetiva –numeral 1 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004⁴–, que reenvía al artículo 77 *ibidem*⁵, ello trae como consecuencia la extinción de la acción penal porque impide continuar con el diligenciamiento.

En términos de la Sala de Casación Penal⁶, la decisión de preclusión es competencia del juez de conocimiento, pues corresponde al ejercicio de la función jurisdiccional de la cual fue despojada la Fiscalía General de la Nación en el esquema

² CSJ SCP, 25 de enero de 2017. Rad. 49196.

³ CSJ SCP, 31 de enero de 2018, Rad. 51049; CSJ AP, 24 jun. 2008, Rad. 29344; CSJ AP, 27 sept. 2010, Rad. 34177; y CSJ AP, 24 jul. 2013, Rad. 41604.

⁴ ARTÍCULO 332. CAUSALES. “El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos: 1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal. [...]”

⁵ ARTÍCULO 77. EXTINCIÓN. “La acción penal se extingue por muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querella, desistimiento, y en los demás casos contemplados por la ley”.

⁶ Cfr. CSJ. AP1399-2021, rad. 54522 de 21 de abril de 2021.

procesal oral acusatorio, además, implica la materialización del derecho a la justicia cuando dispone la cesación de la acción penal, concluyendo así un conflicto sometido al conocimiento del aparato judicial de forma definitiva con igual fuerza de cosa juzgada que la sentencia, haciendo efectiva la inocencia del indiciado.

Es presupuesto para la preclusión de la investigación acreditar en grado de certeza la causal invocada, pues tal decisión implica la extinción de la acción penal y, por consecuencia, la culminación del proceso en forma anticipada e irreversible.

La Sala de Casación Penal en radicado 43797 de 18 de junio de 2014, señaló:

“Acerca de la preclusión y sus efectos, la jurisprudencia y la doctrina de manera unánime han pregonado que es imprescindible la demostración plena de la causal invocada, de modo que si perviven dudas sobre su comprobación, el funcionario judicial está compelido a continuar el trámite.

Sobre el particular, esto dijo la Sala en sentencia del 25 de mayo de 2005, radicado 22855:

Significa lo anterior que la alternativa de poner fin al proceso por esta vía supone la existencia de prueba de tal entidad que determine de manera concluyente la ausencia de interés del Estado en agotar toda la actuación procesal prevista por el legislador para ejercer la acción penal, dando paso a un mecanismo extraordinario por virtud del cual pueda cesar de manera legal la persecución penal”⁷

En todo caso, la petición de preclusión debe soportarse en evidencias y elementos materiales de prueba allegados en el

⁷ En este mismo sentido: Cfr. CSJ. Rad. 29344 de 24 de junio 2008; CSJ AP. Rad. 34177 de 27 septiembre de 2010; y CSJ. Rad. 41604, AP de 24 de julio 2013, entre otros.

curso de la actividad investigativa, que lleven el convencimiento del juzgador sobre la estructuración de la causal que se invoca.

Como la solicitud de preclusión de la investigación es una exteriorización del derecho de postulación de la parte que la invoca, no puede el juez resolver la pretensión por causal distinta a la propuesta, pues esto vulneraría el principio de imparcialidad judicial. Excepcionalmente, por economía procesal, resulta viable decretar la preclusión cuando habiéndose esgrimido una determinada causal, la argumentación y fundamentación probatoria se dirija hacia otra⁸.

Atendiendo la petición del Fiscal Delegado la Sala comenzará por determinar (i) el marco jurídico conceptual de la conducta punible atribuida a la indiciada, para a partir de allí realizar (ii) el análisis correspondiente a la causal de preclusión invocada.

3.1. Del delito de prevaricato por acción:

Es definido y sancionado por el artículo 413 del Código Penal, el cual, atendiendo la fecha de ocurrencia de los hechos, fue modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, incrementando la pena:

“ARTICULO 413. PREVARICATO POR ACCION. 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

⁸ Cfr. CSJ. AP1880-2018. Rad. 52169.

inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses”.

Sus ingredientes constitutivos son: (i) un sujeto activo calificado; (ii) quien haya proferido resolución, dictamen o concepto, (iii) manifiestamente contrario a la ley.

No basta que la decisión sea formalmente ilegal por razones sustanciales, de procedimiento o de competencia. Requiere que la disparidad del acto con las normas que lo regulen no admita justificación razonable alguna⁹.

En cuanto al ingrediente normativo, esto es, que la decisión sea manifiestamente contraria a la ley, la Sala de Casación Penal viene sosteniendo que ello ocurre cuando la contradicción entre lo exigido por la ley y lo resuelto es notoria, grosera o de tal grado que aparezca de bulto con el solo cotejo con la norma que debía aplicar¹⁰. Es decir, no puede ser el producto de elocuentes y refinadas interpretaciones, complejos razonamientos o confusas elucubraciones.

Lo manifiesto debe entenderse como lo descubierto, patente, claro, perceptible sin ningún esfuerzo, que no deje dudas o incertidumbres, lo verdadero y seguro. Se descartan las decisiones donde existe disputa sobre su acierto o legalidad, diferencias de criterio, interpretaciones o equivocaciones desposeídas del propósito de transgredir la ley, pues la Corporación ha comprendido que la simple contrariedad del acto cuestionado con la ley no basta, pues demanda una

⁹ CSJ SP5332-2019, rad. 53445.

¹⁰ CSJ SP20073-2017, rad. 41198.

irrefutable oposición entre lo resuelto y lo que se debió decidir¹¹.

El examen de la contradicción debe efectuarse a través de un discernimiento de comprobación ex ante, en el cual el funcionario debe examinar las circunstancias concretas en que el sujeto activo adoptó la determinación, lo que efectivamente hizo teniendo en cuenta los medios y conocimientos con que contaba, sin dejar de lado que también se debe demostrar que conocía la norma y pese a ello, contando con posibilidades reales para su aplicación, la eludió intencionalmente para hacer sobresalir su propio capricho sobre la voluntad de la ley.¹²

La Sala de Casación Penal, en sentencia CSJ SP707-2019, 6 de mar. 2019, rad. 51916, sostuvo:

“El desvelamiento del carácter viciado de la decisión, de su ostensible negación del ordenamiento jurídico, implica, además, la labor de verificar de modo necesario las condiciones y circunstancias concretas que se dieron cuando el funcionario adoptó la decisión, o aquellas que resultaron determinantes para su adopción, en conjunción con los elementos de juicio que tuvo a la mano a la hora de dictar la providencia. (CSJ AP, 24 sep. 2014, Rad. 40737).

Resulta imperioso, conforme a esa directriz, que el análisis para descubrir la contradicción de lo decidido con la ley se adelante mediante un juicio ex ante. A ese efecto el juzgador debe ubicarse en el momento mismo en el cual emitió el servidor público la resolución, el dictamen o el concepto para entrar a examinar el conjunto de las circunstancias que conoció y afrontó en ese instante. Por manera que deviene improcedente y también injusto inferir ese elemento del prevaricato en un juicio de verificación ex post, sin los referentes que habrían sido incidentes y determinantes, o hasta desconocidos, al momento de la realización de la conducta”.

¹¹ *Ibidem*.

¹² CSJ. S.P., 1 jun. 20017, Rad. 46165 y 2 may. 2001, Rad. 13683.

En cuanto al elemento subjetivo el punible solo es atribuible a título de dolo.

La Sala de Casación Penal en criterio compartido por ésta, en relación con decisiones proferidas por funcionarios judiciales, además de acreditar el dolo demanda la constatación de una finalidad corrupta mediante prueba directa o inferencias razonables:

“La finalidad corrupta se verifica cuando la decisión ilegal es proferida con el propósito consciente de favorecer ilícitamente a un tercero, o como consecuencia de un pago, dádiva o promesa, o en conexión con un ilícito subyacente que determina al funcionario a apartarse del orden jurídico, pero también cuando éste último, de manera arbitraria, caprichosa o injusta resuelve autónomamente adjudicar en contra del derecho aplicable o las pruebas a cuya valoración está compelido, así en esa conducta no concurra el ánimo protervo de beneficiar ilícitamente a otra persona¹³”.

Es un delito de mera conducta, por lo tanto, basta con que se profiera una resolución, concepto o dictamen manifiestamente contrario a la ley, así no se presente su ejecutoría o cumplimiento¹⁴.

El bien jurídico tutelado es la administración pública cuyo titular es el Estado y su finalidad es salvaguardar su buen nombre, en atención a que las atribuciones desarrolladas por los servidores públicos deben cumplirse de acuerdo con los principios de transparencia, moralidad y probidad contenidos en el artículo 209 superior. La lesión se produce al momento en que el acto contrario a la ley se produce y entra al mundo jurídico.

¹³ CSJ SP1657-2018, rad. 52545.

¹⁴ CSJ AEP00038-2018, rad, 51970.

3.2. Caso concreto

El problema jurídico se centra en que BÁRBARA LILIANA TALERO ORTIZ, en su condición de Magistrada de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, dentro de los procesos ejecutivos radicados números 76-109-31-03-002-2013-00123-00 [97-11] y 76-109-31-03-002-2013-00124-00 [98-11], promovidos por la sociedad Pesqueros S.A.S. contra la Compañía Roldán y Cia Ltda. y la empresa Rolog S.A., a través de los autos números 75 y 76 de marzo 12 de 2014, supuestamente en contravía de lo dispuesto por el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, que consagra la procedencia del recurso de alzada contra el auto que niegue total o parcialmente el mandamiento ejecutivo, se abstuvo de resolver la apelación instaurada por la parte demandante contra los proveídos números 502 y 503 de octubre 22 de 2013 proferidos por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Buenaventura, con los cuales se denegaron los mandamientos de pago solicitados y se ordenó el envío de las diligencias por competencia a un juez de menor jerarquía.

La cualificación del sujeto activo es incontrovertible ya que se allegó la documentación que acredita que desde el 13 de enero de 2009, TALERO ORTIZ es Magistrada de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Ahora, aunque la Fiscalía elevó su solicitud de preclusión con fundamento en la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 por atipicidad subjetiva, su argumentación permite concluir que también se basó en la atipicidad objetiva al no

encontrar inicialmente que las decisiones sean manifiestamente contrarias a la ley.

Desde esta perspectiva, la Sala entrará a verificar, en primer lugar, si está demostrada la tipicidad objetiva, de no ser así se adentrará en el análisis del tipo subjetivo.

Esta metodología para nada vulnera el debido proceso, la imparcialidad, la contradicción y el derecho de defensa de las partes e intervinientes, por tratarse de la misma causal invocada y discutida por las partes, además, la providencia solo se referirá a los argumentos facticos, jurídicos y probatorios debatidos dentro del trámite¹⁵.

Esta Corporación de antaño ha destacado que dada la generalidad de la causal 4ª, que no distingue entre las dos aristas que componen el tipo penal –objetiva y subjetiva, ambas pueden ser alegadas como soporte de preclusión¹⁶. Además, en reciente pronunciamiento la Sala de Casación Penal aceptó que el Juez de Conocimiento se aparte de la invocada por el Delegado de la Fiscalía, siempre y cuando el análisis del asunto así se lo permita:

“El Fiscal solicitó la preclusión de la investigación con fundamento en que la conducta atribuida al Juez [...] es atípica desde el punto de vista del tipo subjetivo, [...]”.

“Pues bien, objetivamente no se tipifica el delito, ya que si bien a pesar de haberse dado la orden de libertad por parte del funcionario que decidió acerca de la liberación condicional en favor del detenido, y que por ende el juez comisionado debía cumplir con la expedición de la orden pertinente previa suscripción del compromiso, es claro que al no hacerlo prolongó la

¹⁵ CSJ AP2768-2021, 7 jul. 2021, Rad. 56236.

¹⁶ CSJ AP789-2020, 4 mar. 2020, Rad. 56391, entre otras.

privación de la libertad del sentenciado, pero no de manera ilícita según se verá a continuación. [...]

En esas condiciones, de ninguna manera puede considerarse ilícito el proceder del juez comisionado, luego en tal caso la conducta es atípica desde el punto de vista objetivo, advirtiéndose que por tratarse de un despacho comisorio, el funcionario comisionado no tenía a su disposición el expediente para extraer los datos que identificaran al procesado. Cuando tuvo la información inmediatamente decretó la libertad.

En tal virtud, la Sala revocará la providencia impugnada y en su lugar dispondrá la preclusión de la investigación y consecuentemente la cesación del procedimiento seguido en contra del indicado por el delito de prolongación ilícita de la privación de la libertad”¹⁷.

3.2.1. Pues bien, la norma supuestamente contrariada con las decisiones está contenida en el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, que regula la notificación del mandamiento ejecutivo y su apelación:

“ARTÍCULO 505. El mandamiento ejecutivo se notificará en la forma indicada en los artículos 315 a 320 y 330.

El mandamiento ejecutivo no es apelable; el auto que lo niegue total o parcialmente, lo será en el efecto suspensivo; y el que por vía de reposición lo revoque, en el diferido.

Cuando se revoque el mandamiento ejecutivo se condenará al ejecutante en costas y perjuicios”.

La indiciada con base en dicho precepto legal el 11 de diciembre de 2013 admitió el recurso de apelación, en los siguientes términos:

“ADMITASE en el efecto **SUSPENSIVO** el recurso de **APELACIÓN** propuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra el auto interlocutorio No. 502 del 22 de octubre de 2013 proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Buenaventura (Valle), a través del cual se negó el mandamiento de pago en la forma solicitada en la demanda, a la vez que se ordenó la remisión del expediente por competencia (cuantía) a

¹⁷ CSJ AP4270-2019, 25 sep. 2019, rad. 52682, entre otras.

los Juzgados Civiles Municipales (REPARTO). Lo anterior de conformidad con el inciso 2° del artículo 505, de la mano con el numeral 4° del artículo 14 de la Ley 1395 de 2010, que modificó el artículo 351 del C. de P. C.

Córrase traslado por el término legal de tres (3) días a la parte recurrente para que sustente el recurso, al tenor del artículo 359 del C. de P. C”.

En idénticos términos se pronunció respecto al auto 503 de la misma fecha, proferido por el Juez Segundo Civil del Circuito de Buenaventura, en el radicado 2013-00124.

Decisiones que, se reitera, dejó sin valor con los proveídos que se le cuestionan, argumentando que ante la declaratoria de incompetencia para conocer de los procesos el a quo debió remitir la actuación a quien consideraba competente, determinación que no es susceptible de apelación; así argumentó:

*“Dentro de la oportunidad para proferir la respectiva decisión en el proceso de la referencia, advierte este despacho que ello no es posible, debido a que se debe declarar sin valor y efecto el **auto No. 186 adiado 11 de diciembre de 2013**, proferido por la suscrita, mediante el cual se admitió en el efecto suspensivo el recurso de apelación propuesto por el apoderado judicial del demandante, contra el auto proferido el 22 de octubre de 2013 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Buenaventura (V), a través del cual se negó el mandamiento de pago solicitado y a la vez se ordenó la remisión del expediente por competencia (cuantía) a los Juzgados Civiles Municipales (Reparto), dentro del proceso ejecutivo instaurado por la sociedad PESQUEROS S.A.S contra las Sociedades ROLDAN Y CIA LTDA y ROLOG S.A.*

Lo anterior por cuanto el auto mediante el cual se rechaza una demanda por falta de competencia no es susceptible de alzada de conformidad con lo establecido en el inciso cuarto del artículo 85 del Código de Procedimiento y el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil, donde taxativamente señala que siempre que el juez declare su incompetencia para conocer de un proceso, ordenará remitirlo al que estime competente dentro de la misma jurisdicción y enfatiza que tal determinación es inapelable.

En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia del 17 de enero de 2013, al aclarar: [...]

*Luego, producido el rechazo de la demanda **por falta de competencia**, como aquí acaeció, la orden debía cumplirse indefectiblemente porque tal determinación por mandato legal y aclaración jurisprudencias es inapelable.*

*Así las cosas, consecuente con los mandatos legales y jurisprudenciales citados se dejará sin valor y efecto el **auto No. 185 adiado el 11 de diciembre de 2013**, para en su lugar declarar inadmisibile el recurso de apelación interpuesto.*¹⁸ [Negrillas y subrayas del texto].

Con estos argumentos resolvió inadmitir las alzas y ordenó devolver las diligencias al Despacho de origen.

Los artículos 85 y 148 del Código de Procedimiento Civil, que sirvieron de sustento a las decisiones rezan:

“ARTÍCULO 85. INADMISIBILIDAD Y RECHAZO DE PLANO DE LA DEMANDA. El juez declarará inadmisibile la demanda: [...]

El juez rechazará de plano la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia, o exista término de caducidad para instaurarla, si de aquella o sus anexos aparece que el término está vencido.

Si el rechazo se debe a falta de competencia o jurisdicción, el juez la enviará con sus anexos al que considere competente; en los demás casos, al rechazar la demanda se ordenará devolver los anexos, sin necesidad de desglose.

La apelación del auto que rechaza la demanda comprende la de aquel que negó su admisión, y se concederá en el efecto suspensivo”.

“ARTÍCULO 148. TRAMITE. Siempre que el juez declare su incompetencia para conocer de un proceso, ordenará remitirlo al que estime competente dentro de la misma jurisdicción. Cuando el juez que reciba el expediente se declare a su vez incompetente, solicitará que el conflicto se decida por la autoridad judicial que corresponda, a la que enviará la actuación. Estas decisiones serán inapelables. [...].”

¹⁸ Decisión proferida dentro del ejecutivo radicado 2013-00123.

Además, se apoyó en la sentencia de tutela del 17 de enero de 2013, proferida por la Sala de Casación Civil de esta Corporación, destacando los siguientes apartes:

“2. En el caso sub examine, el reproche constitucional se dirige, en esencia, contra dos decisiones, a saber: i) el auto a través del cual el juez civil se declaró incompetente; y ii) el proveído mediante el cual el juez laboral rechazó la demanda por no haber sido subsanada.

2.1. No cabe duda de que la primera de esas decisiones no es susceptible de apelación, pues la resolución de esa impugnación supondría en el fondo un pronunciamiento prematuro sobre un eventual conflicto de competencia que, por lo demás, el superior funcional del juez civil no está llamado a dirimir.

*Es por ello por lo que el inciso 4º del artículo 85 de la ley procesal, al disponer el control previo que debe hacer el juez frente a los requisitos formales para la admisión de la demanda, establece el siguiente mandato: “Si el rechazo se debe a falta de competencia o jurisdicción, el juez **la enviará** con sus anexos al que considere competente...”*

El imperativo que se subraya indica, sin lugar a dudas, que esa orden debe cumplirse de modo indefectible, sin que sea dado a las partes controvertirla mediante la interposición de recursos.

*En el mismo orden, el artículo 148 ejusdem señala: “siempre que el juez declare su incompetencia para conocer de un proceso, ordenará remitirlo al que estime competente dentro de la misma jurisdicción (...) **Estas decisiones serán inapelables**”.* (Resaltado de la Sala)

*En armonía con el citado precepto, el numeral 8º del artículo 99 del referido ordenamiento dispone: “cuando se declare probada la excepción de falta de competencia, en el mismo auto, **el cual no es apelable**, el juez ordenará remitir el expediente al que considere competente...”* (Subrayas de la Sala)

Las anteriores decisiones tienen su razón de ser porque de llegar a admitirse la procedencia de la apelación contra el auto que declara la falta de competencia, se estaría obligando al superior a dirimir un conflicto de competencia que debe ser planteado por el juez a quien se envía la actuación y se niega a conocer del proceso; y al tiempo se estaría invadiendo la órbita de acción del órgano a quien el artículo 18 de la Ley 270 de 1996 le asigna la facultad para desatar el conflicto, que para el caso en cuestión sería el respectivo Tribunal Superior en Sala Mixta.

Resulta, entonces, incuestionable que cuando el numeral 1º del artículo 351 otorga el recurso de apelación al auto que rechaza la demanda no se está refiriendo a la situación particular de que el rechazo se deba a falta de competencia, pues para este último evento existe un trámite especial regulado por las normas que acaban de comentarse.

En similar sentido, hay que entender que cuando el artículo 147 consagra el recurso de apelación contra el proveído que decreta la nulidad de todo el proceso o de una parte del mismo, no incluye el auto de declaración de incompetencia distinta de la funcional, pues esta última decisión solo se puede proferir si ha sido alegada como excepción previa, y el trámite de las excepciones –se reitera- expresamente señala que la misma es inapelable.

De ahí que frente a una supuesta arbitrariedad del funcionario judicial en la decisión que se viene comentando, no resulte exigible el agotamiento de los recursos ordinarios, pues esa determinación no es susceptible de alzada, tal como lo ha sostenido esta Corporación en reciente pronunciamiento: “... lo resuelto por el Tribunal comporta, en rigor jurídico, la declaratoria de incompetencia y una decisión en ese particular temperamento, por mandato expreso del artículo 1º, in fine, del artículo 148 ejusdem, es de carácter inapelable.” [Negrillas y subrayas del texto]

La anterior argumentación descarta la supuesta contrariedad manifiesta entre lo decidido y lo regulado por el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, pues no obstante oponerse a dicho mandato jurídico, la investigada tras un razonado entendimiento, análisis y ponderación de las reglas del Código de Procedimiento Civil sobre la declaratoria de incompetencia¹⁹, los conflictos de competencia entre los jueces²⁰ y la declaratoria de prosperidad de la excepción previa por este mismo motivo²¹, adoptó la decisión que consideró ajustada a derecho, soportándose en decisiones de la Corte Suprema de Justicia vigentes para ese momento.

¹⁹ Artículo 85 Ibidem.

²⁰ Artículo 148 Ibidem.

²¹ Numeral 8º artículo 99 Ibidem. “cuando se declare probada la excepción de falta de competencia, en el mismo auto, el cual no es apelable, el juez ordenará remitir el expediente al que considere competente [...]”

En ese orden, no asoma abiertamente contrario a la ley que en las providencias, atendiendo la declaratoria de incompetencia del a quo, con estribo en los aludidos artículos 85 y 148 del Código de Procedimiento Civil y el precedente jurisprudencial, la indiciada diera prelación a esta determinación sobre la negación del mandamiento de pago, entendiendo que de no actuar así estaría decidiendo un conflicto de competencia aún no propuesto y que no estaba llamada a dirimir, tal como lo definió esta Corporación por su Sala Especializada en el precedente señalado.

Además, la Sala de Casación Civil²² tiene dicho que el administrador de justicia al momento de acometer el estudio preliminar de un asunto, debe valorar las reglas referentes a la jurisdicción y competencia para adoptar la determinación correspondiente y, de conformidad con el citado artículo 148 del Código de Procedimiento Civil, si advierte su incompetencia debe remitir las actuaciones a quien la tiene y no negar el mandamiento de pago, como ocurrió en este caso, pues ello conllevó a la interposición del recurso de apelación.

Sobre el particular, la Sala de Casación Civil, en proveído CSJ AC6840-2014, 11 nov. 2014, Rad. 11001-02-03-000-2014-02331-00, sostuvo:

“Se advierte, por otra parte, que los factores de competencia determinan el juez al que el ordenamiento jurídico le ha atribuido el conocimiento de un asunto en particular, y que a los efectos de resolver el conflicto que motiva el presente pronunciamiento, las normas generales que regulan la materia son las encargadas de darle solución. Por ello debe

²² CSJ AC6840-2014, 11 nov. 2014, Rad. 11001-02-03-000-2014-02331-00, entre otros.

recordarse que al momento de acometer el estudio preliminar sobre el conocimiento del asunto que se le ha encomendado, el administrador de justicia tiene la carga de valorar las reglas que consagra el Código de Procedimiento Civil, y en particular las contenidas en el Título II, Libro Primero, las cuales le han de orientar para que adopte la determinación de rigor en torno de su propia competencia”.

Además, el criterio de la indiciada también era compartido por su compañero de Sala, doctor Felipe Francisco Borda Caicedo, quien sostuvo que con algunos días de diferencia a la fecha de las decisiones cuestionadas, inadmitió un recurso de apelación en el proceso ejecutivo n.º 76-109-31-03-003-2013-00126-01-02, en donde actuaban las mismas partes, interpuesto contra el auto del 21 de noviembre de 2013, con el cual el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura, declaró la nulidad de todo lo actuado como consecuencia de la prosperidad de la excepción previa de falta de competencia, impetrada por la parte pasiva de la acción civil.

En dicho proveído el funcionario determinó que el *a quo* incurrió en una impropiedad al declarar la nulidad, pues al considerar que carecía de competencia funcional debió disponer la revocatoria del mandamiento de pago, decisión que de conformidad con el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, en su contra no procedía la apelación²³.

Tesis avalada por la Sala de Casación Civil en la sentencia de tutela CSJ STC1149-2015 de febrero 12 de 2015, en la cual consideró razonable que un Tribunal Superior declarara denegado el recurso de apelación concedido por su inferior jerárquico, contra la decisión que decretó la nulidad de lo

²³ Artículo 509: «El auto que revoque el mandamiento ejecutivo es apelable en el efecto diferido, salvo en el caso de haberse declarado la excepción de falta de competencia, que no es apelable».

actuado por incompetencia:

“el tribunal, citando el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil, y aludiendo a un pronunciamiento de esta Corporación como del Alto Tribunal Constitucional, señaló que «en el caso bajo estudio, mediante el auto impugnado, el juez de primera instancia decretó la nulidad de lo actuado desde el auto que admitió la demanda, al considerar que no era competente para conocer del presente proceso por configurarse la causal de nulidad del numeral 1 y 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil de falta de jurisdicción y falta de competencia funcional, por tratarse de un tema de competencia de los jueces de familia, según el artículo 5 del decreto 2272 de 1989, conocen de los procesos contenciosos que versen sobre el régimen económico del matrimonio y derechos sucesorales»

En ese orden advirtió: «Como consecuencia de lo anterior el juez declaró la nulidad de todo lo actuado y ordenó enviar el proceso a la oficina judicial para que fuera repartido entre los jueces de familia, negando el recurso de apelación que interpusiera en forma subsidiaria la parte demandante, contra el auto anterior. Sin embargo, solo es competente el suscrito magistrado para pronunciarse sobre la apelabilidad del auto que decretó la nulidad como consecuencia de haber declarado su incompetencia para seguir conociendo del asunto».

Por lo anterior, estimó que «teniendo en cuenta las normas citadas y el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, el auto objeto de impugnación pese a ser apelable por tratarse de aquellos que decretan la nulidad total o parcial, se convierte en inapelable por haber declarado el a quo su incompetencia para conocer el proceso», dado que «al admitirse la impugnación de este auto, se estaría obligando al operador judicial a pronunciarse de manera prematura sobre un conflicto de competencia que tiene su trámite propio consagrado en el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil y el cual debe agotarse remitiendo el expediente al juez que considere competente y si es procedente que se cree el conflicto de competencia, provocarlo, para que de esta manera se decida quién es el juez competente y no buscar un pronunciamiento sobre competencia por vía de apelación».

Por lo tanto, concluyó que «cuando se trate de un auto que decreta la nulidad como consecuencia de haber declarado su incompetencia, se convierte en una providencia inapelable, razón por la que no era procedente conceder el recurso de apelación, tal y como lo decidió el juez de conocimiento en auto del 25 de julio de 2014».

Queda claro, por consiguiente, que no fue por desconocimiento de la ley sustancial, por vicios en el procedimiento, por defecto fáctico, ni por ninguna otra actuación caprichosa que el Tribunal como juez de segunda

instancia adoptó la decisión cuestionada, pues los motivos que adujo en su determinación constituyen una interpretación judicial perfectamente válida y razonable, por lo que no se avizora la configuración de ninguno de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y, por tanto, no se advierte violación al debido proceso del tutelante”.

Si bien lo decidido en este precedente no corresponde a un caso idéntico al examinado, se encuentra dentro de los eventos que a juicio de la Sala de Casación Civil de esta Corporación²⁴, no procede el recurso de apelación por la existencia de una declaratoria de incompetencia, y permiten sostener que en el presente caso el actuar de la indiciada correspondió a una interpretación válida y razonable de las normas que aplicó, pues lo contrario supondría un pronunciamiento prematuro sobre un posible conflicto de competencia.

Ahora, realizada la búsqueda correspondiente se estableció que para esa época no existía precedente en la Sala de Casación Civil, excepto las sentencias de tutela citadas, lo que descarta aun más que las decisiones sean manifiestamente contrarias a la ley, pues tratándose de temas controversiales, la indiciada interpretó el marco jurídico aplicable con apoyo en la jurisprudencia vigente para ese entonces.

Adicionalmente, para esa época la jurisprudencia sobre los conflictos de competencia era clara en cuanto a que el asunto debía ser enviado al juez considerado competente, quien de no estar de acuerdo lo trababa y enviaba el trámite al superior jerárquico para que lo resolviera, sin proceder ningún recurso, desde luego.

²⁴ CSJ Sala de Casación Civil, Sentencia de tutela del 17 de enero de 2013.

Que la doctora María Patricia Balanta Medina, compañera de Sala de TALERO ORTIZ, al desatar el recurso de súplica decidiera revocar los autos números 75 y 76 de marzo 12 de 2014, no convierten las decisiones en manifiestamente contraria a la ley, como quiera que de manera clara expresó que fue producto de argumentos que trasciende la discusión sobre la procedencia o no del recurso vertical que impedía la continuidad de los trámites, esto es, la pérdida transitoria de eficacia de los contratos que sirvieron de base para la ejecución, debido a la medida cautelar dispuesta por el Delegado para Asuntos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, dentro de los procesos de nulidad promovidos por la parte demandada; es decir, la revocatoria se soportó en motivos distintos a los calificados como ilegales.

De igual forma, que otros Magistrados integrantes de la Sala Civil Familia del Tribunal del Buga, entre ellos la doctora Balanta Medina, sean de la tesis de dar trámite al recurso de alzada, tampoco denota el desconocimiento abierto o manifiesto del artículo 505. Basta recordar que esta Corporación de tiempo atrás ha sostenido que en el prevaricato por acción no encuadran las providencias que resulte del examen complejo de las distintas disposiciones que regulen el asunto propuesto ante el funcionario, respecto de las cuales exista la posibilidad de interpretaciones discordantes, por cuanto en el prevaricato el juicio no es de acierto sino de legalidad²⁵.

²⁵ CSJ SP14999-2014, reiterada con el auto AP5279-2018, 5 dic. 2018, Rad. 52549, y recientemente con el AP2521-2021, 23 jun. 2021, Rad. 53660.

En decisión de 23-II-2006, en el Rad. 23901, sostuvo:

“no caben en ella las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su enorme complejidad o por su misma ambigüedad admiten diversas interpretaciones u opiniones, pues no puede ignorarse que en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución.

Como tampoco la disparidad o controversia en la apreciación de los medios de convicción puede ser erigida en motivo de contrariedad, mientras su valoración no desconozca de manera grave y manifiesta las reglas que nutren la sana crítica, pues no debe olvidarse que la persuasión racional elemento esencial de ella permite al juzgador una libertad relativa en esa labor, contraria e inexistente en un sistema de tarifa legal”.²⁶

Así las cosas, como las decisiones se sustentaron en una interpretación válida y razonable de las normas aplicables, con soporte en la jurisprudencia disponible en ese momento, pese a las críticas que puedan hacerse a ellas, que sus planteamientos se compartan o no, estas circunstancias demuestran que no son manifiestamente contrarias a la ley, y por lo tanto, atípicas objetivamente.

En consecuencia, se precluirá la presente indagación con fundamento en la causal esbozada por el representante del ente acusador, esto es, la prevista en el numeral 4° del artículo 332 del Código Procesal Penal (Ley 906 de 2004), pero desde el punto de vista del aspecto objetivo, lo cual hace innecesario que la Sala se adentre en el análisis del tipo subjetivo²⁷.

²⁶ Reiterado en las providencias CSJ SP 28 feb. 2007, Rad. 22185; SP 18 jun. 2008, Rad. 29382; SP 22 ago. 2008, Rad. 29913; SP 3 jun. 2009, Rad. 31118; SP 26 may. 2010, Rad. 32363; SP 31 ago. 2012, Rad. 35153; SP 10 abr. 2013, Rad. 39456; SP 26 feb. 2014, Rad. 42775; SP 21 may. 2014, Rad. 42275; SP707-2019, 6 mar. 2019, Rad. 51916, entre otras providencias.

²⁷ CSJ AEP00019-2019, 11 feb. 2019, Rad. 52305 y AEP00021-2019, 12 feb. 2019, Rad. 50.965.

Por lo expuesto, la Sala Especial de Juzgamiento de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

PRIMERO. - PRECLUIR la indagación que por el punible de prevaricato por acción adelanta la Fiscalía Once Delegada ante la Corte Suprema de Justicia en disfavor de BÁRBARA LILIANA TALERO ORTIZ, por las razones expuestas en la parte motiva.

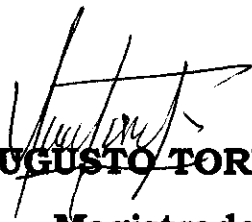
SEGUNDO. - NOTIFICAR en estrados esta decisión, y **ADVERTIR** que contra ella proceden los recursos de reposición y apelación.

TERCERO. - ARCHIVAR la actuación, una vez quede en firme esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado


BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrado



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado



RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario