



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00248-2016-01189
Procesado: Mauricio Olivera González
Delitos: Prevaricato por acción
Asunto: Apelación auto de preclusión
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 071

Medellín, cinco de junio dos mil dieciocho (2018)

1. VISTOS

Conoce la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de víctimas en contra del auto emitido el 16 de abril de 2018, por medio del cual la Juez 15 Penal del Circuito de Medellín decretó la preclusión de la investigación en favor del señor *Mauricio Olivera González*, por el delito de prevaricato por acción.

ANTECEDENTES

1. DE LOS HECHOS DENUNCIADOS

El señor José Argemiro Moreno Montoya denunció al Dr. Mauricio Olivera González, Representante Legal de Colpensiones, como probable responsable del delito de prevaricato, por cuanto habría proferido en los años 2015 y 2016 dos decisiones en materia pensional, una en primera y otra en segunda instancia, que estimó la denunciante contraria a la ley,

pues a su juicio, el reconocimiento de su pensión debe ser producto de la aplicación de la ley 33 de 1985 y no de la ley 100 de 1993.

Posteriormente, se aclaró que el gerente no firmó las providencias estimadas prevaricadoras, sino dos funcionarios adscritos a Colpensiones.

2. SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

Solicita la Fiscalía la preclusión de la investigación adelantada en contra de Mauricio Olivera González, como Representante Legal de Colpensiones, por el delito de prevaricato por acción, conforme lo faculta el artículo 332 numeral 4 del Código Procesal Penal por atipicidad de la conducta atribuida, al considerar que de la denuncia no es posible entrever de manera clara, puntual y fehaciente por qué la negativa de un derecho pensional constituye el delito de prevaricato por acción.

Asegura el Fiscal que para que se configure el delito de prevaricato por acción contemplado en el artículo 413 del Código Penal, se requiere que el servidor público emita una resolución, dictamen o concepto contrario a la ley y en este caso, no se vislumbra que con la resolución GNR38425 del 18 de febrero de 2015, a través de la cual se negó el reconocimiento de la pensión de vejez se hubiera incurrido en esta conducta, como quiera que acorde con la prueba allegada, se concluyó que Jorge Argemiro Moreno a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, tenía 35 años de edad y contaba con 569 semanas cotizadas (1,1 años y 22 días), por lo que no era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la mentada ley modificada por la ley 797 de 2003.

De igual modo, alega el Fiscal que tampoco se incurrió en delito alguno al haberse confirmado la negativa de la pensión a través de la resolución UVTB47899 del 9 de junio de 2015, con la que se resolvió el

recurso de apelación interpuesto por la apoderada del señor Jorge Argemiro, al corroborar que Moreno Montoya no contaba con la edad y el tiempo necesario para acceder al reconocimiento de la pensión, como lo dispone la ley 100 de 1993 modificada por la 797 de 2003; desestimando el argumento de la recurrente de que para determinar la procedencia de la jubilación para servidores públicos del orden nacional, departamental y municipal aplica, sin distinción, el cumplimiento de 20 años de servicio continuos o discontinuos y 55 años de edad sea hombre o mujer, como lo establece la ley 33 del 23 de febrero de 1985, sin necesidad de dar aplicación a las leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y el decreto 758 de 1990.

Entiende el Fiscal que estamos en presencia de dos posiciones antagónicas: i) la planteada por la abogada de Moreno Montoya, que solicita el reconocimiento de la pensión en aplicación de la ley 33 de 1985 y ii) la de Colpensiones, que niega el derecho por no reunirse las previsiones de la ley 100 de 1993 modificada por la 797 de 2003. No obstante, estima la Fiscalía que cada caso es particular y la posición jurídica de COLPENSIONES está soportada en que la solución del asunto puesto en su consideración debe regirse por una determinada ley. En tal sentido, si el peticionario discrepa de la argumentación y decisión de la entidad, porque a su juicio la legislación aplicable es otra, no es viable considerar que la negación del reconocimiento del derecho sea una decisión manifiestamente contraria a la ley, pues estamos en presencia de un debate jurídico laboral y no es viable utilizar el proceso penal para simplificar el camino para lograr el reconocimiento de un derecho que está a cargo de la jurisdicción laboral y por ende, estima la Fiscalía no es posible atribuir la conducta punible al demandado, en tanto no existe una actividad arbitraria o deliberada al aplicar la ley. Alude como soporte de su pretensión la sentencia C-335 de 2008.

Adicionalmente, manifiesta el Fiscal que el Dr. Mauricio Olivera González, no fue quien resolvió en primera y segunda instancia la negación del derecho.

3. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Accedió el juez de primera instancia a la pretensión de la Fiscalía de precluir la investigación que se viene adelantando por el delito de prevaricato por acción por atipicidad de la conducta, como quiera, que en la denuncia penal formulada por el señor José Argemiro Moreno Montoya en contra del señor Mauricio Olivera González como representante legal de COLPENSIONES el 5 de febrero de 2016, se esgrimió como pretensión que le fuera reconocida la pensión de jubilación, así como la retroactividad, asunto que no es de competencia de la jurisdicción penal, quien no tiene a su cargo el reconocimiento de derechos pensionales.

Entendió además el juez, que el conflicto surge en relación a la norma aplicable para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, asunto que, de igual modo, es de competencia de la jurisdicción laboral y mal haría el juez penal al entrar a analizar y decidir que efectivamente se negó la pensión, sin un argumento jurídico.

Estimó el funcionario de primera instancia, que en aplicación de la sentencia del 2 de mayo de 2003, con ponencia del Magistrado Yesid Ramírez, en la que se dijo que: *"la tipificación legislativa del delito de prevaricato, está referida a la emisión de una providencia manifiestamente contraria a la ley"*, para que se configure el delito de prevaricato por acción en cabeza de Olivera González, es necesaria la manifestación dolosa de la conducta, pues no es posible que todas las providencias respecto de las cuales quepa discusión sobre su contrariedad con la ley, pueda atribuirse el delito de prevaricato por acción.

Así mismo, resaltó que las resoluciones a través de las cuales se negó la pensión de vejez no fueron suscritas por el señor Mauricio Olivera González y por ende, en su criterio, de llegar a demostrarse que las decisiones son contrarias a la ley y caprichosas, una vez se pronuncie el juez laboral en relación con ellas, podría iniciarse una acción penal en contra de quienes suscribieron las diligencias, por cuanto no es viable hacerlo respecto a quien ninguna acción tuvo en las mismas.

Así las cosas, estimó el juez que de los elementos con vocación de prueba allegado, no puede concluirse que la persona denunciada profirió un acto administrativo que dé lugar a tipificar un delito de prevaricato por acción, pues además, no aparece demostrado que hubo un proceder grosero o irrespetuoso de la norma por parte de quien suscribió las diligencias, procediendo a decretar la preclusión de la investigación.

4. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN DEL REPRESENTANTE DE LA VÍCTIMA

El representante legal de la víctima, como único recurrente, manifestó su inconformidad con la decisión de primera instancia, al considerar que no debió precluirse la investigación que, por el delito de prevaricato por acción, se adelanta en contra de Mauricio Olivera González, para lo cual hace las siguientes acotaciones:

- i) Reconoce que Mauricio Olivera no es la persona que cometió el delito y fue por esto que hizo llegar a la Fiscalía oficio aclaratorio, en el que se puso de presente el error al respecto y se indicó que son las personas que suscribieron los actos administrativos quienes incurrieron en la conducta punible.

- ii) Los funcionarios denunciados tenían conocimiento que la norma aplicable era la prevista en el acto legislativo 01 de 2005, en orden a conceder la pensión de vejez al señor José Argemiro, tal como ha sido considerado en diversas decisiones; pero de manera voluntaria decidieron no aplicarla.
- iii) Hubo un error respecto a lo que se pretendió con la denuncia penal, como quiera que el señor José Argemiro no intenta el reconocimiento de la pensión a través de la jurisdicción penal, mas sí que se declare que hubo un prevaricato por acción de los funcionarios que emitieron las resoluciones con las que se le negó la pensión de vejez a Moreno Montoya.

6. INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

6.1 Fiscalía.

La Fiscalía como no recurrente¹, solicita se declare desierto el recurso de apelación interpuesto por la representante de víctimas, al estimar que la sustentación del recurso se contrajo a insistir en los argumentos expuestos de manera inicial, a la vez que la resolución del presente asunto compete a la jurisdicción laboral, como lo consideró el juez de instancia.

6.2 Del Ministerio Público

El Delegado del Ministerio Público², de igual modo, consideró que la representante de víctimas no debatió los argumentos expuestos por el juez para decretar la preclusión de la investigación. No obstante, solicitó que en caso de conocerse el recurso, sea confirmada la decisión de primera instancia, en tanto el juez fundamentó de manera correcta

¹ Minuto 48:51, intervención del fiscal como no recurrente

² Minuto 49:56, intervención del Delegado del Ministerio Público

que en las resoluciones con las que se niega la pensión de vejez no es ostensible el desconocimiento al ordenamiento jurídico, que impide concluir que se tipifica la conducta descrita en el artículo 413 del Código Penal, como quiera que la procedencia o no del reconocimiento de la pensión de vejez no ha sido un tema pacífico frente al tema del régimen de transición, siendo un asunto que compete dirimirlo al juez laboral.

7. LAS CONSIDERACIONES

Deberíamos Inicialmente ocuparnos de determinar si existe una indebida sustentación del recurso de apelación por parte de la representante de víctimas, como lo proponen la Fiscalía y el Delegado del Ministerio Público; no obstante, oficiosamente se percibe que previamente es menester definir si la vía procesal a la que se acudió es la adecuada, pues de no ser así se afecta la estructura procesal con trascendencia, ya que se le otorgaría el carácter de cosa juzgada a un asunto que apenas podría ser objeto de archivo.

En efecto, prioritario resulta verificar si era la preclusión la vía adecuada para ventilar el asunto planteado, dado que cuando no media imputación, coexiste la posibilidad de precluir la investigación o archivarla, conforme a lo establecido en el artículo 79 del Código Procesal Penal Acusatorio. De este modo, conviene examinar los presupuestos de procedencia de una u otra figura, pues la vía apropiada no depende del arbitrio del solicitante, sino de lo que imponga el derecho.

Según el enfoque constitucional de la sentencia C-1154 de 2005, en los casos en que la Fiscalía, sin haber efectuado imputación, constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan la caracterización de la conducta como delito, o no indiquen la existencia del hecho indagado, siempre que estos aspectos correspondan a la tipicidad objetiva de la hipótesis delictiva, podrá disponer el archivo; el que se deberá ordenar

motivadamente y comunicada al denunciante y al Ministerio Público para el ejercicio de sus derechos y funciones.

Pero no comprometida la tipicidad objetiva, la senda adecuada cuando no se estime procedente acusar o incluso imputar, es la preclusión. Al respecto conviene recordar que la supuesta intersección de las figuras del archivo y la preclusión de la investigación fue esclarecida desde el auto de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 5 de julio de 2007, con ponencia del Dr. Yesid Ramírez Bastidas, Rd. 2007-00019, dándosele a cada uno un específico ámbito de aplicación. Así:

“La aparente intersección de las figuras consagradas en los artículos 79 y 332-4 de la Ley 906 de 2004, referidas a las facultades otorgadas a la Fiscalía General de la Nación de archivar las diligencias y de solicitar al juez de conocimiento la preclusión —entre otras causales—, por atipicidad del hecho investigado, intersección que se hizo más notoria a raíz de la decisión del Tribunal Constitucional de hacer equivaler el aparte normativo “motivos o circunstancias fácticas” (art. 79) con la tipicidad objetiva, impone a la Sala precisar el contenido y alcance de tales instituciones.

El artículo 332 de la Ley 906 de 2004 señala que el fiscal solicitará la preclusión de la investigación en los siguientes casos:

(...)4. Atipicidad del hecho investigado.

(...) Así pues, una de las causales, la cuarta, tiene que ver con la atipicidad del hecho investigado, punto en el que aparentemente pueden coincidir las causales de preclusión de la investigación con la facultad oficiosa y autónoma que recae en la Fiscalía para ordenar el archivo de las diligencias en los términos del artículo 79 de la Ley 906 de 2004.

1. El artículo 79 de la Ley 906 de 2004

...El siguiente es el tenor del texto legal:

ARTÍCULO 79. ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS. Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación.

Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal”.

Por consiguiente, el asunto que se puso en conocimiento del juez penal del circuito con funciones de conocimiento en primera instancia y que ahora debería la Sala resolver en apelación, es un asunto que no concernía tramitarla como preclusión, en tanto la base de la alegación de la Fiscalía es echar de menos la tipicidad objetiva de la infracción, esto es, la manifiesta contrariedad de la resolución, dictamen o concepto con la ley. Si bien se trata de un elemento normativo, este hace parte del tipo objetivo pues constituye la médula de la acción descrita como punible por el artículo 413 del Código Penal³.

Entonces, si esa era la convicción jurídica de la Fiscalía, debió proceder de manera autónoma a decretar el archivo del que trata el artículo 175 ibídem, como quiera que vencido el término para imputar no encontró reunidos los elementos del tipo penal de prevaricato por acción de que trata el artículo 413 del Código Penal y por supuesto no era de competencia del juez de conocimiento decidir sobre el asunto, pues no existe imputación y la cuestión que plantea el solicitante bien pudo tramitarse por esa vía, en cuanto no era necesario proferir una decisión con la fuerza de cosa juzgada.

Ha previsto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que si realizada una valoración objetiva del supuesto fáctico que se pretende atribuir, se establece que no es posible determinar que se está en presencia de una conducta punible, lo procedente es el archivo.

³ En la sentencia del 18 de abril de 2018, Radicado 50132 con ponencia del Magistrado Fernando Alberto Castro Caballero, se dijo que la exigencia de que sea manifiestamente contraria a derecho es un requisito objetivo de la conducta.

Al respecto refirió en providencia del 21 septiembre 2011, Rad. No. 37205, lo siguiente:

“Se concluye del texto citado que la orden de archivo emitida por el fiscal sólo es admisible cuando tras hacer una valoración objetiva de los motivos y circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito se encuentra que el hecho indagado no comporta un injusto penal. Esta interpretación dada a la norma procesal penal fue complementada por esta Sala en auto de 5 de julio de 2007 en donde se puntualizaron algunos supuestos en los que la Fiscalía podía aplicar el artículo 79, así como otros en donde no resulta admisible el archivo de las diligencias, precisión necesaria debido a la asimilación que hizo la Corte Constitucional del término “motivos y circunstancias fácticas” con el concepto de tipicidad objetiva. (...).

Se debe extraer de lo anterior que en todas aquellas oportunidades en donde exista discusión sobre aspectos subjetivos de la tipicidad, quien deberá resolver la misma será el juez penal a través de la preclusión, la aprobación del principio de oportunidad o la realización del juicio oral y no el fiscal a través del archivo de las diligencias, institución que se limita a los eventos en que las circunstancias fácticas permitan concluir la inexistencia del delito”

Desde luego que los supuestos esgrimidos por la Fiscalía respecto a la atipicidad de la conducta que pretendía atribuir a Mauricio Olivera lo obligaban a archivar el caso y no a pedir la preclusión, pues así le agregue elementos subjetivos como la carencia de dolo, lo básico, conforme a lo ya expuesto, es que lo resuelto por COLPENSIONES no se considera abiertamente contrario a la ley.

Por estas razones, no era procedente ingresar en el fondo del asunto por cuanto existen razones de orden procesal que obligan a invalidar la actuación desde la audiencia de preclusión, por cuanto no era la vía adecuada como viene de decirse, a lo cual se procederá.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

Declarar la nulidad de la audiencia de preclusión celebrada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Contra esta decisión, la que queda notificada en estrado al momento de su lectura, no procede recurso al agotarse la instancia.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO
MAGISTRADA