El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto – 16 de enero de 2017

Radicación Nro. : 660016000036 2015 01204 01

Procesados: JAMV Y MAAB

Proceso: Penal – Confirma decisión que negó la preclusión de la investigación

Magistrado Sustanciador: JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

**Temas: ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA / IMPOSIBILIDAD DE DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA / NIEGA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.** “El delegado fiscal y quienes apoyan su pedimento parecieran entender que la negativa de preclusión equivale a una sentencia condenatoria, puesto que hacen referencia a la ausencia de elementos probatorios para que pueda dictarse una decisión de responsabilidad, cuando aquí de lo que se trata es de no dejar de lado una investigación de unos hechos que claramente se encuadran dentro de un proceder típico consagrado en el ordenamiento penal como punible. En ningún momento se dijo en el análisis realizado por la funcionaria ni en el que hace esta Sala, que al determinarse que sí se cometió o se presentó una conducta penal, automáticamente se infiera que ésta fue realizada por los procesados JAMV y MAAB, pues eso es precisamente lo que debe investigarse para que no quede en la impunidad el ilícito. No puede decirse, pues no se cuenta con ningún elemento que así lo acredite, que éstos tuvieron que ver con la elaboración del título valor contrario a derecho, pero sí se sabe que al menos uno de ellos estuvo involucrado en la presentación de la demanda ejecutiva que tuvo como resultado la adjudicación del porcentaje de un inmueble. Y al efecto se indica en la declaración extrajuicio del señor JALS, que éstos sí tuvieron que ver con el proceder indebido en torno a su confección. En esas condiciones comparte la Colegiatura lo concluido por la funcionaria de primera instancia, en cuanto a que realmente no estamos frente una conducta atípica, y en ese sentido se confirmará la negativa de preclusión. (…) [L]a Fiscalía se sostiene que únicamente se cuenta con dos declaraciones extraprocesales rendidas por los señores JALS y SASQ, y solo el primero de ellos señala a los togados procesados como quienes lo asesoraron para elaborar las letras de cambio que dieron origen al proceso ejecutivo, las cuales no hay forma de ratificar toda vez que JALS se ha negado a rendir interrogatorio, y muy seguramente no declararía en juicio; aunado a que el señor SASQ falleció el año próximo pasado. Adicionalmente refiere que si bien se cuenta con lo manifestado por la denunciante, ésta no fue testigo de los hechos denunciados y refirió que no hay otras personas que los hubiesen presenciado. De igual manera sostuvo el representante del ente fiscal que los togados indiciados rindieron su versión sobre lo sucedido, en la cual dan claridad acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar anteriores y posteriores al proceso ejecutivo, todo lo cual no fue objeto de valoración por la juez de primer nivel y por lo mismo no se indicó cuál es el motivo para no darles credibilidad. En ese sentido aprecia la Colegiatura que el debate no puede limitarse al hecho de si se le da credibilidad a una parte o a la otra, es decir, a la denunciante con los elementos que allegó con su denuncia, o a los implicados con las exculpaciones que en ese sentido expresaron, porque en esta etapa de la actuación lo que debe procurarse es determinar si es posible obtener elementos que demuestren la participación que se dice ellos tuvieron. (…) Acorde con lo brevemente expuesto, considera la Colegiatura que tampoco la causal estudiada se presenta en este caso; por tanto, se confirmará en su integridad la decisión adoptada por la juez de primer nivel.”.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, dieciséis (16) de enero de dos mil diecisiete (2017)

 ACTA DE APROBACIÓN Nº 009

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Enero 17 de 2017, 9:28 a.m. |
| Procesados:  | JAMV y MAAB |
| Cédula de ciudadanía: | 79´158.647 de Bogotá D.C., 4´515.190 de Pereira (Rda.) |
| Delito: | Fraude procesal |
| Bien jurídico tutelado: | Eficaz y recta impartición de justicia |
| Procedencia: | Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por el representante de la Fiscalía contra el auto de octubre 14 de 2016, mediante el cual se negó la preclusión solicitada. SE CONFIRMA |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira se pronuncia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Dan cuenta los registros, que mediante denuncia penal presentada por la señora NOELBA LUCÍA RENDÓN FLÓREZ se dio a conocer que con base en dos letras de cambio en las que figuraba como deudor el señor JALS, excompañero sentimental de ésta, cuya obligación era inexistente, se llevó a cabo proceso ejecutivo en el Juzgado Primero Civil Municipal de Ejecución de esta ciudad, que terminó con la adjudicación del 50% al abogado MAAB.

Al efecto allegó dos declaraciones extraprocesales rendidas ante el Notario Quinto de esta ciudad, en las que JALS y SASQ, presunto acreedor, indicaron que la citada deuda nunca existió.

1.2.- Luego de adelantar las labores investigativas pertinentes, el representante de la Fiscalía presentó solicitud de preclusión a favor de JAMV y MAAB, la cual correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Rda.), despacho ante el que hizo la sustentación con fundamento en los siguientes argumentos:

La petición se soporta en lo establecido en las causales 4 -atipicidad del hecho- y 6 -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia- del artículo 332 C.P.P., toda vez que el ilícito que se endilga a los indiciados apenas aparece insinuado en la denuncia por la señora NOELBA LUCÍA RINCÓN FLÓREZ, pero no se tienen elementos suficientes para corroborar lo manifestado por ella, por lo que no podría llevarse a cabo una acusación, y mucho menos llegar al juicio oral.

La vinculación de los abogados JAMV y MAAB surgió de lo manifestado por JALS en declaración extraprocesal en la que indicó que dichos togados le aconsejaron que hiciera firmar dos letras de cambio por valor de $40´000.000 cada una, para iniciar el proceso ejecutivo, pero JALS no quiso rendir un interrogatorio de parte, el cual era necesario para establecer las circunstancias de tiempo modo y lugar en las que pudo haberse presentado el supuesto fraude procesal, puesto que sus manifestaciones generan duda en relación con la conducta de los referidos profesionales del derecho, ya que no se advierte en el comportamiento de éstos las maniobras fraudulentas que se requieren para la configuración del ilícito, que hayan inducido en error al juez para obtener un pronunciamiento favorable, o la defraudación del patrimonio de la señora NOELBA LUCÍA RINCÓN FLÓREZ o del mismo JALS.

Tampoco fue posible obtener la declaración del ciudadano SASQ, de quien se tiene conocimiento que falleció, y las afirmaciones de éste en la declaración extraprocesal también dan lugar a incertidumbre porque solo se limitó a decir que esos títulos valores no tenían un soporte real, pero en ningún momento indicó que lo señalado por JALS fuera cierto; situación que llama fuertemente la atención, porque se supone que sus manifestaciones y las de JALS tenían el propósito de desmentir la base del cobro ejecutivo.

Los indiciados sí dieron su versión al respecto, y particularmente MAAB afirmó, entre otras cosas, que el señor SASQ acudió a sus servicios para el cobro ejecutivo de dos letras de cambio, títulos valores que recibió en propiedad, y pactaron que él se quedaría con el 50% del recaudo.

De lo narrado en la denuncia y en la ampliación de la misma, se puede extraer que no hubo otros testigos de los hechos, lo que ratifica la ausencia de medios probatorios, puesto que solo se cuenta con la prueba de referencia de la señora NOELBA LUCÍA RINCÓN SUÁREZ, y lo dicho extraprocesalmente por el señor JALS.

1.3.- El representante de la víctima se opuso a dicha solicitud, por cuanto considera que la Fiscalía sí cuenta con los elementos suficientes para realizar una formulación de imputación contra los señores JAMV y MAAB.

De lo manifestado en las declaraciones extraproceso rendidas por los señores JALS y SASQ, se advierte que los dos indiciados pueden haber incurrido no solo en la conducta de fraude procesal sino además en la de falso testimonio.

En la carpeta de la Fiscalía reposa un certificado de tradición del bien inmueble inmerso en este trámite, en el que figura como anotación N° 31 sentencia del Juzgado Primero de Ejecución Civil Municipal, y se indica que el último propietario es MAAB, uno de los indiciados, es decir, la conducta establecida en el artículo 453 se dio no solo respecto del juez sino también respecto del registrador.

El señor JALS está en la obligación de asistir al juicio y ratificar lo que manifestó ante el Notario Quinto, y de no hacerlo dicha declaración se tendrá como prueba, y además se contaría con los testimonios de la señora NOELBA LUCÍA RINCÓN FLÓREZ y JUAN DAVID LONDOÑO RINCÓN hijo de ésta y JALS.

1.4.- El defensor coadyuvó la solicitud del ente fiscal, por cuanto se reúnen las causales invocadas, y en ese sentido indicó:

En ningún momento se estructura el tipo penal de fraude procesal endilgado a sus representados, por cuanto no existe medio de prueba que indique que éstos actuaron en forma dolosa para perpetrar ese ilícito o contrariar el ordenamiento penal, sino que su labor obedeció al mandato que les fue conferido, y como bien lo dijo la Fiscalía, no hay ningún testigo presencial de la negociación jurídica entre sus patrocinados y el señor JALS.

1.5.- La funcionaria de primer nivel consideró que no le asiste razón en su petición al ente acusador y negó la preclusión invocada. Al efecto sostuvo:

En lo atinente a la atipicidad del hecho, el mismo reúne los requisitos establecidos por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal de Justicia en sentencia de junio 24 de 2015 radicado 39703, por cuanto se usó un medio fraudulento constituido por las letras de cambio, las cuales sirvieron para adelantar proceso ejecutivo singular que tuvo resultado favorable, de lo que se infiere que sí se indujo en error a un servidor público a través del mismo, el cual era idóneo, por lo que cumplió con el propósito de obtener sentencia favorable por parte del juzgado.

Respecto de la causal de imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, luego de revisar los elementos de conocimiento con los que cuenta la Fiscalía, disiente de la valoración que se hizo en ese sentido, por cuanto se encuentra establecido que para llegar a una preclusión de la investigación por dicha causal, debe recaudarse todo el material probatorio que le permita descartar las tesis o teorías posibles respecto de un hecho concreto, tal como lo ha considerado el máximo órgano de la jurisdicción penal -auto mayo 25 de 2015 rad. 44751-, lo cual en el presente caso no se ha hecho.

El ente acusador se conforma con los interrogatorios de las personas indiciadas, y le resta valor a lo afirmado por la denunciante, sin ningún fundamento para ello, pese a que dicha ciudadana ha sido insistente durante toda la actuación para que se le escuche.

Se cuenta con dos declaraciones rendidas ante notario bajo la gravedad del juramento, en una de las cuales se sostiene que JALS fue a buscar el apoyo profesional de dos abogados, y en esa oficina recibió el consejo de cómo podía llegar por un medio diferente al resultado que pretendía, y si bien no quiso rendir el interrogatorio en uso del derecho que le asiste, es un testigo con el que cuenta la Fiscalía. Es cierto que al tratarse de prueba de referencia tiene un valor menguado, y debe acompañarse de otras pruebas, pero no por ello puede considerarse que no tiene ningún peso probatorio.

Pese a que la defensa sostiene que no entiende por qué están ligados a la investigación sus dos representados, máxime que no está acreditado que el abogado JAMV tuviera que ver con el proceso ejecutivo, recuérdese que el señor JALS refirió de manera clara que ambos togados lo aconsejaron sobre cómo adelantar el trámite, y los dos profesionales trabajan en la misma oficina, y mientras JAMV atendió el proceso que JALS le pidió adelantar para levantar el patrimonio de familia, lo cual se logró en diciembre de 2013, su compañero a los pocos días hizo el registro de la medida cautelar a su favor y en contra de aquél.

1.6.- Inconforme con la decisión adoptada, el delegado del ente acusador la impugnó, y procedió a sustentar su inconformidad en el acto.

2.- Debate

**2.1.-** Fiscalía -recurrente-

Solicitó revocar la determinación adoptada por la juez de primer nivel, y en consecuencia se acceda a la preclusión invocada. En ese sentido expuso:

Lo referente a la atipicidad objetiva se deriva de que el comportamiento de los dos profesionales del derecho implicados no aparece enmarcado en la conducta punible de fraude procesal, puesto que en realidad no hay un elemento que indique que los dos indiciados indujeron al juez civil para obtener la adjudicación del 50% de un bien que le correspondía al señor JALS.

Nadie más aparte de JALS dice que éstos profesionales urdieron esa tramoya para presentar el cobro ante la jurisdicción civil, es más, si el Dr. **JAMV** hubiese querido burlar los intereses patrimoniales de estas personas, le habría bastado con que le hubiese firmado una letra a él para proceder a ejecutarlo, por lo que no es comprensible que realizara todos esos trámites para finalmente incurrir en el delito de fraude procesal.

Hay una imposibilidad fáctica y jurídica de derribar la presunción de inocencia al no poder arrimar un elemento contundente siquiera para formular imputación, y menos aún para la acusación, y si bien la Fiscalía tiene el deber constitucional y funcional de conseguir los elementos para ello, cuando no los obtiene, no está obligada a sostener ante los jueces de conocimiento una imputación que va ser infructuosa o fallida.

La Fiscalía solo cuenta con los interrogatorios de los dos indiciados, pero la decisión de primera instancia no hace referencia a los mismos, ni hizo ninguna apreciación sobre lo dicho por estos dos profesionales del derecho, reconocidos en el ámbito judicial, y ni siquiera indicó cuál es la razón para desechar sus argumentaciones.

Solicita se haga un examen de confrontación entre lo que dicen los dos togados y lo manifestado por la denunciante, y debe recordarse que ésta en la última entrevista afirmó que no hubo más testigos, por lo que no hay manera de conseguir deponentes directos que hubiesen presenciado dicha negociación fraudulenta que trajo como consecuencia la elaboración de los dos títulos valores que se llevaron a la ejecución civil.

**2.2.-** Representante de la víctima –no recurrente-

Solicitó se confirme la decisión adoptada por la juez de instancia, ya que hizo un análisis adecuado y ponderado de los argumentos expuestos en su oportunidad por él, ajustado a la legislación penal.

Considera tal como lo dijo funcionaria de primer nivel, que la Fiscalía tiene mucho por hacer en la investigación, la cual apenas se encuentra en etapa de indagación, e incluso tiene elementos para llegar a juicio, como lo son los testimonios de la denunciante NOELBA FLÓREZ RINCÓN, a cuyas exposiciones le ha restado valor probatorio, y quien está dispuesta a ir hasta las últimas instancias por cuanto está afectado el 50% de su patrimonio, con base en lo dicho por su exesposo bajo la gravedad de juramento ante un notario, manifestaciones apoyadas también en lo indicado por el señor SASQ, amigo de infancia de éste. Así mismo, cuenta con el testimonio de JUAN DAVID LONDOÑO RINCÓN, hijo tanto de la afectada y del señor JALS.

Al parecer sí se han estructurado los elementos del tipo penal denunciado, contenidos en el artículo 453 del Código Penal, que consiste en que por cualquier medio fraudulento, que en este caso son las letras de cambio, se indujo en error a un servidor público, en el evento un juez de la República, para que ordenara el embargo del 50% del bien inmueble referenciado, lo cual causó un efecto jurídico, tanto así que en el expediente reposa el certificado de tradición del mismo.

Si bien el señor JALS guardó silencio en el interrogatorio, ello es un derecho que le asiste, y ante un eventual juicio oral este ciudadano tendrá que indicar por qué hizo dichas afirmaciones ante el señor Notario Quinto de Pereira.

**2.3.-** El defensor de los indicados solicita revocar la decisión y en su lugar se acceda a la preclusión deprecada por el señor Fiscal, de acuerdo con lo siguiente:

Los elementos probatorios con los que cuenta la Fiscalía resultan insuficientes para fundamentar una investigación que termine con una sentencia condenatoria, puesto que de conformidad con los mismos no se estructura el tipo penal por el que fue instaurada la denuncia penal.

El a quo desconoció la división del tipo, pues si bien no se discute que se podría dar la estructura como tal del delito de fraude procesal, el aspecto subjetivo de dicho ilícito, el cual no fue analizado por la juez de primer nivel, no se advierte de los elementos con los que cuenta la Fiscalía, ya que no se puede deducir de ninguno de ellos que sus representados actuaron en forma dolosa, por unas meras declaraciones ante notario que no pueden corroborarse, puesto que la ofendida manifestó que no hubo testigos de esa negociación, y de ahí deviene la atipicidad de la conducta.

El ente fiscal ha intentado explicar que no contará jamás con ninguna otra prueba que corrobore que lo manifestado en esa declaración por el señor JALS efectivamente sea la verdad, ya que el hecho de que él ante un notario y ante la gravedad del juramento haya dicho que fue guiado por sus representados para hacer esas letras, no es suficiente para creerle, y no hay otra posibilidad de desvirtuar su presunción de inocencia, puesto que el delegado del órgano acusatorio luego de su exhaustiva investigación concluyó que no puede obtener los mismos.

En lo que tiene que ver con la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, la juez no tuvo en cuenta los interrogatorios de sus representados, en los cuales ellos dan cuenta de cuál fue el negocio jurídico, mismo que es legal, y con base en ello y en las letras de cambio, el Dr. **MAAB** procedió al cobro ante la jurisdicción civil y obtuvo la decisión que correspondía, sin inducir en ningún momento en error al funcionario judicial.

El señor JALS por el hecho de haber rendido una declaración ante notario no está en la obligación de dar en juicio las explicaciones pertinentes al respecto, puesto que tiene la condición de indiciado, y de hacerlo vendría prácticamente a confesar que el determinó a su compañero SASQ a realizar estas letras, y en esas condiciones la Fiscalía únicamente se quedaría con una prueba de referencia, con la cual no se puede llegar a una sentencia condenatoria.

**2.4.-** El indiciado **MAAB** indicó que coadyuva la solicitud de la Fiscalía, por lo que pide que sea revocada la decisión de la primera instancia. Como fundamentos de su requerimiento expuso:

Considera que la señora NOELBA FLÓREZ RINCÓN no tiene la calidad de víctima dentro del proceso, por lo que fue un acto irregular que se le permitiera su intervención, de conformidad con la cual ve limitado su derecho de defensa, contradicción y debido proceso, por lo que pide no reconocerla como tal, por cuanto el artículo 132 C.P.P. señala que son víctimas todas las personas que hayan sufrido algún daño, y si bien la señora FLÓREZ RINCÓN desde el año 2011 ha alegado su condición de propietaria del otro 50% del bien inmerso en este asunto, varias decisiones judiciales le han indicado que no es así, y por el hecho de ser denunciante no puede considerarse como afectada, máxime que ya no es la compañera sentimental del señor JALS y la sociedad patrimonial de hecho que existía entre ellos se disolvió.

La investigación está fundada en dos declaraciones extraproceso que presentaron los señores JALS y SASQS, las cuales no fueron ratificadas, una porque el señor JALS decidió guardar silencio cuando fue requerido por la Fiscalía, y la otra porque el señor SASQ fue citado en múltiples oportunidades pero no se presentó, y se sabe que falleció en el último año.

Lo referido por el señor JALS es que ellos en su condición de abogados le dijeron que firmara dos letras, sin explicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y en ningún momento se demostró que éste sea interdicto; por el contrario, se acreditó con una certificación que es comerciante desde 1995, y por tanto sabe las obligaciones derivadas de un título valor. Adicionalmente, debe tenerse en consideración que dicho ciudadano es un deudor, y por ello no hablaría bien de su acreedor.

SASQ por su parte manifestó que firmó dos letras con el señor JALS, y que las mismas son inexistentes, pero en ningún momento señaló que él falsificó las firmas, alteró el título, o lo forzó a endosárselas, es decir, no hace relación a ningún hecho delictivo que pueda implicarlo, entonces no se ha indicado en qué medio fraudulento intervino. Además de ello, **JAMV** se vio imposibilitado por ética profesional para presentar la acción contra el señor JALS por cuanto ya le había hecho unas asesorías.

No tiene por qué averiguar si las obligaciones que son llevadas por sus clientes realmente existen, puesto que se presume la buena fe, y el señor SASQ no quería aparecer como demandante porque conocía a la señora NOELBA, aunque ésta aseguró que no es así, pese a que se acreditó la amistad de éste con su exesposo, lo que muestra que su afirmación es contradictoria.

2.5.- El indiciado JAMV coadyuva la petición del ente Fiscal, y por ello solicita que se revoque la decisión adoptada por la juez a quo. Como fundamento de su petición argumenta:

Si se toma en cuenta el contenido de las declaraciones extrajuicio como material único probatorio, en el cual se debe ahondar, el señor JALS plantea un escenario que es incluso absurdo, por cuanto acudió a su oficina para que se levantara una afectación del patrimonio y se realizara un proceso divisorio, y supuestamente ellos de manera inmediata le dijeron que firmara dos letras de cambio a favor de su amigo SASQ, y las endosara, cuando él es empresario, conoce los títulos valores, y no es interdicto.

Debe analizarse que el señor JALS le firmó una letra a un tal señor SASQ, que se ha demostrado que era su amigo entrañable, entonces cómo es posible que la señora NOELBA no lo conozca al haber sido la compañera sentimental de JALS, de lo que se infiere que es una artimaña iniciada por ellos mismos.

La señora juez le dio más importancia a esa declaración extrajuicio, que resulta ser abrupta, que a los interrogatorios rendidos por él y su compañero, en los que se hace un relato cronológico de la situación.

2.- Para resolver, se considera

**2.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906/04 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395/10-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la Fiscalía-.

**2.2.-** **Problema jurídico planteado**

El asunto que concita la atención de la Sala se contrae básicamente a establecer el grado de acierto de la decisión emitida por la primera instancia, mediante la cual se negó la preclusión solicitada a favor de los indiciados JAMV y MAAB, al considerar que no se encuentra acreditada ninguna de las causales invocadas por el representante de la Fiscalía.

**2.3.- Solución a la controversia**

De la situación fáctica mencionada con antelación, se observa que la decisión adoptada por la funcionaria judicial de primera instancia de no precluir a favor de los investigados JAMV y MAAB el proceso que en contra de éstos se adelanta por la conducta punible de fraude procesal, es cuestionada por el representante de la Fiscalía, quien a su vez es coadyuvado por el defensor, y por los togados indiciados.

Antes de incursionar en el fondo del asunto, pese a que el profesional indicado MAAB no tiene la condición de recurrente, la Colegiatura procederá a dilucidar lo atinente a su inconformidad referente a que la señora NOELBA FLÓREZ RINCÓN sea considerada como víctima en la actuación, y por tanto su intervención dentro del asunto, en su criterio, constituye un atentado contra sus derechos de defensa y contradicción.

Al respecto debe precisarse, que si bien la calidad de víctima se reconoce formalmente en la audiencia de formulación de acusación, desde el inicio de la actuación, incluso en la indagación preliminar, es necesario que se permita su intervención. Por ello es acertado el proceder tanto de la Fiscalía como de la juez de instancia al permitir que la señora NOELBA FLÓREZ RINCÓN se haga presente en las audiencias referentes a la preclusión, e intervenga mediante el apoderado judicial que designó para que represente sus intereses.

Al respecto se ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“[…]De allí que si a la víctima le asiste el derecho a estar informada en todo tiempo sobre el resultado de las investigaciones, a que se le escuche y se le facilite la labor de aportar pruebas, a que se le ilustre y asista para ejercer sus derechos, **con mayor énfasis ha de concluirse que tiene derecho de hacerse presente y ser escuchada en aquellas audiencias en que la Fiscalía pone en consideración del Juez su intención de declinar su obligación de presentar acusación contra el imputado, bien porque pretenda la aplicación del principio de oportunidad, ora porque ha llegado al convencimiento de que concurre una causal de preclusión de la investigación, eventos ambos en que la presencia de la víctima se torna indispensable**, pues en firme una de tales decisiones cesa con efectos de cosa juzgada material la persecución penal en contra del imputado por los hechos que la han originado -*artículos 329 y 334-“.[[1]](#footnote-1)*

Ahora, el profesional indiciado desde su particular punto de vista estima que por el mero hecho de ser denunciante no puede ser considerada como víctima, menos aun cuando se demostró que la parte del bien que fue objeto de la medida cautelar que finalmente terminó con la adjudicación a su nombre, no le pertenece sino que correspondía al señor JALS con quien ésta ya no tenía ninguna relación al momento de tramitarse el proceso.

En criterio de la Sala pueden constituirse como víctimas las personas que se sientan afectadas con la conducta, como es el caso de la señora FLÓREZ RINCÓN, de quien se ha demostrado al menos sumariamente que tiene un interés en el bien que se vio afectado por el presunto delito de fraude procesal, al punto que fue ella quien acudió a denunciar ese ilícito; luego entonces, no puede desestimarse su condición solo por el hecho de que el bien no figurara únicamente a su nombre, o porque en otros procesos judiciales no hayan sido aceptados los argumentos con lo que intentó demostrar que esa propiedad le pertenecía en su totalidad, puesto que incluso, al ser propietaria solo del 50% del predio, lo que ocurra con el mismo la afecta, y en este caso se han planteado unas razones adicionales por las que ella se siente perjudicada con el referido proceder ilícito.

Aclaro lo anterior, pasa la Sala a pronunciarse sobre lo que es objeto de censura en el recurso, y en ese sentido se tiene que la Fiscalía invocó la presente solicitud con fundamento en dos causales consagradas en el artículo 332, como son la atipicidad de la conducta y la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, cada una de las cuales amerita un análisis individual a efectos de determinar si realmente se acreditan en el asunto que es materia de estudio.

*Atipicidad de la conducta*

En lo atinente a ese punto, como bien lo señaló la juez de instancia según lo establecido en el artículo 43 C.P. y de acuerdo con lo consignado en la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal de junio 24 de 2015 radicado 39703, los elementos que configuran la conducta punible de fraude procesal se encuentran en los hechos que son materia de investigación, así: (i) el uso de unas letras de cambio en respaldo de una obligación que era inexistente, las cuales sirvieron, según se afirma, de medio fraudulento; (ii) la inducción en error a un servidor público a través de esos títulos valores, puesto que con fundamento en los mismos se llevó a cabo un proceso ejecutivo; (iii) con dicha actuación se tenía el propósito de obtener sentencia favorable a los intereses de los involucrados, en la que finalmente se logró la adjudicación del 50% de un bien que estaba en cabeza del supuesto deudor y su excompañera permanente, la cual necesariamente es contraria a la ley porque según se afirma se basó en documentos que no son soporte de una deuda real; y (iv) dichas letras de cambio tenían la capacidad de inducir en error al juez que conoció el asunto, como en efecto sucedió.

En esas condiciones, no puede dársele la razón al delegado de la Fiscalía y a los demás sujetos que coadyuvan su solicitud respecto de dicha causal, ya que el ilícito por el que se adelanta la indagación se encuentra acreditado objetivamente en cuanto los medios de conocimiento que se tienen en la carpeta permiten determinar que los títulos valores referidos no se hicieron como respaldo de una verdadera obligación monetaria, toda vez que la misma nunca existió según lo sostuvieron SASQ y JALS. Así mismo, que con fundamento en ellos se adelantó un proceso ejecutivo ante un juzgado civil de ejecución de esta ciudad que culminó con la emisión de una sentencia a favor del demandante.

Es cierto que no puede decirse lo mismo en lo atinente al requisito subjetivo que tiene que ver con la presencia del dolo de los indiciados a favor de los cuales se pide la preclusión, pero en este momento no es necesario definir ese aspecto que corresponde evaluar al juez de conocimiento al momento de establecer la eventual responsabilidad que les asista en los hechos.

El delegado fiscal y quienes apoyan su pedimento parecieran entender que la negativa de preclusión equivale a una sentencia condenatoria, puesto que hacen referencia a la ausencia de elementos probatorios para que pueda dictarse una decisión de responsabilidad, cuando aquí de lo que se trata es de no dejar de lado una investigación de unos hechos que claramente se encuadran dentro de un proceder típico consagrado en el ordenamiento penal como punible.

En ningún momento se dijo en el análisis realizado por la funcionaria ni en el que hace esta Sala, que al determinarse que sí se cometió o se presentó una conducta penal, automáticamente se infiera que ésta fue realizada por los procesados JAMV y MAAB, pues eso es precisamente lo que debe investigarse para que no quede en la impunidad el ilícito.

No puede decirse, pues no se cuenta con ningún elemento que así lo acredite, que éstos tuvieron que ver con la elaboración del título valor contrario a derecho, pero sí se sabe que al menos uno de ellos estuvo involucrado en la presentación de la demanda ejecutiva que tuvo como resultado la adjudicación del porcentaje de un inmueble. Y al efecto se indica en la declaración extrajuicio del señor JALS, que éstos si tuvieron que ver con el proceder indebido en torno a su confección.

En esas condiciones comparte la Colegiatura lo concluido por la funcionaria de primera instancia, en cuanto a que realmente no estamos frente una conducta atípica, y en ese sentido se confirmará la negativa de preclusión.

*Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia*

En lo referente a esta circunstancia se tiene que por parte de la Fiscalía se sostiene que únicamente se cuenta con dos declaraciones extraprocesales rendidas por los señores JALS y SASQ, y solo el primero de ellos señala a los togados procesados como quienes lo asesoraron para elaborar las letras de cambio que dieron origen al proceso ejecutivo, las cuales no hay forma de ratificar toda vez que JALS se ha negado a rendir interrogatorio, y muy seguramente no declararía en juicio; aunado a que el señor SASQ falleció el año próximo pasado. Adicionalmente refiere que si bien se cuenta con lo manifestado por la denunciante, ésta no fue testigo de los hechos denunciados y refirió que no hay otras personas que los hubiesen presenciado.

De igual manera sostuvo el representante del ente fiscal que los togados indiciados rindieron su versión sobre lo sucedido, en la cual dan claridad acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar anteriores y posteriores al proceso ejecutivo, todo lo cual no fue objeto de valoración por la juez de primer nivel y por lo mismo no se indicó cuál es el motivo para no darles credibilidad.

En ese sentido aprecia la Colegiatura que el debate no puede limitarse al hecho de si se le da credibilidad a una parte o a la otra, es decir, a la denunciante con los elementos que allegó con su denuncia, o a los implicados con las exculpaciones que en ese sentido expresaron, porque en esta etapa de la actuación lo que debe procurarse es determinar si es posible obtener elementos que demuestren la participación que se dice ellos tuvieron.

La Fiscalía se ha cerrado a la posibilidad de allegar otros medios de conocimiento, y se infiere que esa es la verdadera razón por la que solicita la preclusión. A consecuencia de lo cual y sin que se desconozca la ardua labor que debe realizar para lograr la obtención de ese medio de información, se advierte que la misma no se ha realizado en su totalidad, que es precisamente lo que se requiere para que pueda pregonarse sin lugar a equívocos que no hay manera de derribar la presunción de inocencia que les asiste a los abogados **JAMV** y **MAAB**; incluso, que no hay ni la más remota posibilidad de imputarles cargos y llamarlos posteriormente a un juicio.

Por supuesto que las manifestaciones realizadas por los togados indiciados son relevantes, pero con fundamento en las mismas la Fiscalía no puede parcializarse de manera tal que descarte los demás elementos con los que cuenta, los cuales fueron allegados con la denuncia, y su veracidad tampoco ha sido desvirtuada como para sostener que no hay manera de demostrar que éstos estuvieron implicados en el hecho.

Existe al menos la posibilidad que los profesionales en verdad pudieran estar enterados de la ilicitud de la letra de cambio que al parecer les fue entregada por el señor SASQ en presencia del señor JALS, y en todo caso, sí se tiene la certeza que **MAAB** se valió de ese documento para llevar a cabo una demanda ejecutiva que tuvo resultados favorables.

Como bien lo dijo la juez de primer nivel, es por lo menos extraño que si en dicha oficina uno de los togados había asesorado en otros asuntos a JALS, es decir, era su cliente, precisamente su compañero resultara ser quien lo demande ejecutivamente sin tener ningún reparo en ese sentido.

Todas esas circunstancias son las que debe tratar de aclarar el ente acusador con un mayor recaudo de elementos de prueba, lo cual hasta el momento no se ha hecho.

Acorde con lo brevemente expuesto, considera la Colegiatura que tampoco la causal estudiada se presenta en este caso; por tanto, se confirmará en su integridad la decisión adoptada por la juez de primer nivel.

Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Los Magistrados,

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

El Secretario de la Sala,

**WILSON FREDY LÓPEZ**

1. Sentencia de Tutela 20578 de mayo 25 de 2005. M.P. Marina Pulido de Barón. [↑](#footnote-ref-1)