El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente.

El contenido total y fiel debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto – 2ª instancia – 27 de octubre de 2017

Proceso: Penal – Accede solicitud de preclusión de la investigación

Radicación Nro. : 660016000036201504429

Procesado: WOLFGANG OTTO GARTNER GALVIS

Magistrado Sustanciador: MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Tema:**  **PROFIERE PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.** [L]a actuación incidental adelantada por el Dr. WOLFGANG OTTO GARNER GALVIS, como lo que posteriormente decidió mediante auto adiado el 28 de julio del 2.015, en ningún momento es contraria al debido proceso por encontrarse ajustada a derecho, lo que a su vez incidiría para que no tengan presencia uno de los elementos normativos que integran el delito de prevaricación: *“Que la decisión sea manifiestamente contraria a derecho”.* Por lo que ante la ausencia de dicho elemento que es esencial para la adecuación típica del delito de prevaricato, se debe considerar como atípica la conducta punible endilgada al indiciado por incurrir en la presunta comisión del delito de marras. A modo de corolario, la Sala es de la opinión que le asiste la razón a la petición de preclusión impetrada por la Fiscalía Delegada ante esta Corporación, y por ende esta Colegiatura procederá a proferir la correspondiente preclusión de la indagación adelantada en contra del Dr. WOLFGANG OTTO GARNER GALVIS, en lo que tiene que ver a los señalamientos efectuados en su contra por incurrir en la presunta comisión del delito de prevaricato por acción.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Aprobado por acta # 1153 del 26 de octubre de 2017. H: 1:30 p.m.

Pereira, veintisiete (27) de octubre de dos mil diecisiete (2.017).

Hora: 08:42 a.m.

Indiciado: WOLFGANG OTTO GARTNER GALVIS

Delito: Prevaricato por Acción

Rad. # 660016000036201504429

Asunto: Resuelve solicitud de preclusión.

Decisión: Profiere preclusión de la investigación.

**VISTOS:**

Procede la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver sobre la procedencia de la solicitud de preclusión impetrada por la Fiscalía 3ª Delegada ante esta Corporación dentro de la indagación adelantada en contra del **Dr. WOLFGANG OTTO GARNER GALVIS**, quien ha sido sindicado de incurrir en la presunta comisión del delito de prevaricato por acción.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura fueron denunciados en las calendas del 4 de agosto del 2.015 por el Letrado AUGUSTO JARAMILLO HOYOS, quien sindicó a la Dr. WOLFGANG OTTO GARTNER GALVIS de haber incurrido en la presunta comisión del delito de prevaricato por acción, ya que en su calidad de titular del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, en las calendas del 28 de julio del 2.015 profirió una decisión, tachada por el quejoso de prevaricadora por ser atentatoria del debido proceso, en la cual resolvió un extemporáneo incidente de nulidad procesal propuesto por la parte demandada dentro de un proceso ordinario laboral, radicado con el # 2.013-091, adelantado por ALBA LUCIA AMAYA en contra de FABIO EVELIO TORO ZAPATA.

En dicha denuncia, asevera el quejoso que actuando en representación de la Sra. ALBA LUCIA AMAYA impetró una demanda laboral ordinaria en contra de FABIO EVELIO TORO ZAPATA, pero como quiera que se desconocía el domicilio del demandado, procedió a solicitar su emplazamiento con la consecuencia designación de un curador *Ad litem* para que lo representara en el devenir del proceso.

Expone el denunciante que en el cargo de curador *Ad litem* fue nombrada la togada MARINA GAONA JURADO, quien contestó la demanda el 30 de septiembre del 2.013 sin proponer ningún de excepciones en las cuales se cuestione el proceso de notificación del auto admisorio del libelo, pero extrañamente en las calendas del 22 de enero del 2.014 le solicitó al Juzgado que iniciara un tardío incidente de nulidad procesal por una supuesta indebida notificación del auto admisorio de la demanda.

Dicho incidente de nulidad se dio inicio por parte del Juzgado el 27 de marzo del 2.015, fecha que inicialmente fue programada para la celebración de una audiencia de conciliación, y posteriormente fue resuelto el 28 de julio del 2.015 en una decisión en la cual se aceptaron las pretensiones de la incidentalista y en consecuencia se decretó la nulidad de la actuación a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda.

Asevera el denunciante que la providencia con la cual se resolvió el incidente de nulidad procesal: *“es un fallo histórico como para enmarcar”,* por desconocer el debido proceso y ser contrario a derecho, debido a que el incidente fue propuesto por fuera de las oportunidades legales, a lo que se le debe adicionar que en el devenir del trámite procesal existían evidencias que demostraban que el Juez denunciado de manera parcializada profirió esa decisión, ya que estuvo coludido con la Letrada que representaba los intereses de la parte demandada, porque las peticiones que deprecó para oponerse al trámite del incidente fueron desatendidas sin razón ni causa alguna por parte del Juez ahora denunciado e inusitadamente se apadrinaron las injustificadas ausencias de la apoderada del demandado a las diferentes audiencias programadas por el Juzgado.

**IDENTIFICACIÓN DEL INDICIADO:**

Se trata del Dr. WOLFGANG OTTO GARTNER GALVIS, identificado con la C.C. # 10.101.195 expedida en Pereira, quien mediante Resolución # 264 del 27 de noviembre del 2.008, proferida por la vicepresidencia del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, fue nombrado en el cargo de Juez Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, cargo del cual tomó posesión el 25 de febrero del 2.009.

**LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN:**

La solicitud de preclusión impetrada por la Fiscalía 3ª Delegada ante esta Corporación está fundamentada en la causal consagrada en el # 4º del articulo 332 C.P.P. la cual está relacionada con la atipicidad de los hechos investigados.

**LA AUDIENCIA DE PRECLUSIÓN:**

**- Intervención del Fiscal Delegado:**

Al inicio de su intervención, el Fiscal Delegado procedió a hacer una sinopsis de los hechos objeto de la denuncia impetrada por el abogado AUGUSTO JARAMILLO HOYOS en contra del Dr. WOLFGANG OTTO GARTNER GALVIS, por sus supuestos comportamientos contrarios a derecho que llevó a cabo en su calidad de Juez de la Republica durante el devenir de un incidente de nulidad procesal propuesto por la parte demandada dentro de un proceso ordinario laboral deprecado por ALBA LUCIA AMAYA en contra de FABIO EVELIO TORO ZAPATA.

De igual forma el representante del Ente Acusador, después de hacer un recuento de lo acontecido en el proceso como de lo decidido por el Juez denunciado en el incidente de nulidad procesal deprecado por la demandada, en donde accedió a las pretensiones de la incidentalista, decisión está que fue objeto de un recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, que fue desatado en contra de los intereses del apelante por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de este Distrito Judicial mediante providencia del 22 de septiembre del 2.015, llegó a la conclusión consistente que la supuesta conducta prevaricadora endilgada en contra del Dr. WOLFGANG OTTO GARTNER GALVIS debía ser considerada como atípica porque actuó atinadamente y conforme a derecho, ya que en el trámite del incidente de nulidad se logró demostrar que la demandante ALBA LUCIA AMAYA podía saber del sitio en donde se ubicaba el demandado FABIO EVELIO TORO ZAPATA, debido a que con Él sostenía un regular y fluido contacto, lo cual no informó en la demanda, generándose de esa forma una violación del derecho a la defensa, la que dio a partir del momento en el que el demandado fue vinculado al proceso mediante emplazamiento en vez de que se le notificara de manera personal del auto admisorio de la demanda.

Con base en los anteriores argumentos, concluyó el representante del Ente Fiscal que la Sala debía acceder a la solicitud de preclusión depreca, porque en su sentir se logró demostrar que es atípica, por atipicidad objetiva, la conducta supuestamente punible endilgada al Dr. WOLFGANG OTTO GARTNER GALVIS, ya que la decisión cuestionada por el denunciante en momento alguno resultó ser contraria al ordenamiento jurídico y en consecuencia no se encasillaba en los parámetros del delito de prevaricato por acción.

**- Intervención del Ministerio Público:**

Durante su intervención, el Procurador Judicial decidió acompañar a la Fiscalía en su petición de preclusión, porque en efecto el Juez denunciado no incurrió en el delito de prevaricato ni existen evidencias que demuestren que no actuó imparcialmente, ya que lo único que hizo fue cumplir con el deber que le asistía de sanear el proceso al aplicar en debida forma las disposiciones del código procesal laboral y del código de procedimiento civil, que lo autorizaban para declarar la nulidad de la actuación procesal, si se tenía en cuenta que durante el trámite del incidente de nulidad se demostró que la demandante podía tener conocimiento del domicilio del demandado y ocultó esa información, generando que la notificación del demando se diera por edicto emplazatorio y no de manera personal.

**- Intervención del Denunciante:**

El quejoso expresó su inconformidad con la petición de preclusión impetrada por parte de la Fiscalía, porque en su opinión el Juez denunciado con su proceder si incurrió en el delito de prevaricato por acción por darle tramite a un incidente de nulidad propuesta por fuera de las oportunidades de ley, si se tenía en cuenta que cuando la apoderada del demandado contestó la demanda no dijo nada al respecto ni propuso excepciones en tal sentido, pero después, de manera inaudita, procedió a impetrar el incidente de nulidad procesal, el cual insólitamente fue tramitado y decidido por el Dr. WOLFGANG OTTO GARTNER de manera contraria a derecho.

De igual forma el denunciante adujó que actuaron de buena fe, porque desconocían el domicilio del demandado, y que solo se vinieron a enterar de tal situación cuando la Letrada presentó un mandato signado por el demandado con su correspondiente apostillado ante un consulado de nuestro país en el extranjero.

**- Intervención de la Defensa:**

La Defensa le manifestó a la Sala que coadyuvaba la petición de preclusión deprecada por la Fiscalía, porque en efecto la decisión redargüida de prevaricadora en momento alguno contradecía la realidad jurídica, tanto es así que la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, al resolver la alzada interpuesta por el demandante decidió confirmar el proveído confutado.

De igual forma, al hacer del uso de la palabra, el Dr. WOLFGANG OTTO GARTNER expuso que lo único que hizo fue actuar de manera garantista y conforme a derecho, y que el motivo de la denuncia no es otro diferente que la animosidad que el abogado denunciante ha profesado en su contra como resultado de la inconformidad surgida por lo resuelto y decidido en el proceso laboral que dio origen a la denuncia.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

La Sala es la competente para resolver la presente solicitud de Preclusión de la Investigación, acorde con lo establecido en el numeral 2º del artículo 34 C.P.P. igualmente no se avizora ningún tipo de irregularidad o mácula que pueda viciar de nulidad la presente actuación.

**- Problema Jurídico:**

De lo acontecido durante el desarrollo de la audiencia de preclusión, considera esta Colegiatura que como problema jurídico nos ha sido propuesto el siguiente:

¿Los comportamientos denunciados por el quejoso en contra del indiciado WOLFGANG OTTO GARNER GALVIS, de haber incurrido en la presunta comisión del delito de prevaricato por acción, deben ser catalogados como atípicos por no contrariar los mismos de manera manifiesta el ordenamiento jurídico, lo que a su vez se adecuaría en la causal de preclusión consagrada en el # 4º del articulo 332 C.P.P.?

**- Solución:**

Teniendo en cuenta la causal de preclusión deprecada por el Ente Acusador, que correspondería a la de la atipicidad del delito, la cual se encuentra consagrada en el # 4º del articulo 332 C.P.P. aunado con la naturaleza de la conducta punible presuntamente endilgada en contra del indiciado WOLFGANG OTTO GARNER GALVIS, que concerniría a la del reato de prevaricato por acción, considera la Sala que a fin de determinar si le asiste o no la razón a la petición de preclusión deprecada por la Fiscalía, como prolegómeno se torna necesario efectuar un breve y somero estudio de las características típicas del delito de prevaricato por acción, las que luego serán confrontadas con el acervo probatorio, para esa forma determinar si en efecto en el presente asunto nos encontramos o no en presencia del fenómeno de la atipicidad objetiva, que eventualmente, en caso de ser positivo dicho interrogante, conllevaría al éxito de las pretensiones perseguidas por la Fiscalía y coadyuvada tanto por la Defensa como por el Ministerio Publico.

Sobre la naturaleza jurídica y las características del delito de prevaricato por acción, bien vale la pena traer a colación lo que la Corte ha dicho sobre ese reato:

“De acuerdo con lo previsto en el artículo 413 del Código Penal de 2000, incurre en el delito de prevaricato por acción “…*El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley*…”.

Estudiados los elementos normativos del mencionado comportamiento punible, se observa que, en primer lugar, se requiere que el autor ostente la calidad de servidor público para el momento de los hechos, exigencia que en esta oportunidad se encuentra plenamente acreditada, toda vez que el doctor **Mena Castillo** se desempeñaba como Juez Laboral del Circuito en la ciudad de Quibdó para el momento de la comisión de la conducta típica que se le atribuye.

Se precisa además que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, lo cual implica el alejamiento palmario entre lo resuelto por el funcionario y lo mandado por la norma positiva en un específico evento, de manera que la contradicción entre lo dispuesto por la ley y lo decidido por el servidor público, se muestre de bulto con la sola comparación de la norma que debía aplicarse.

Tal exigencia permite concluir que no es suficiente con la simple contrariedad entre el acto jurídico y la ley, sino que dicha disparidad debe ser notoria o evidente, de manera tal que surja ostensible, sin necesidad de acudir a complejas interpretaciones y en consecuencia, no todas las decisiones contrarias al ordenamiento jurídico constituyen delito de prevaricato por esa sola condición, sino que es necesario acreditar que la divergencia en cuestión es de tal gravedad y magnitud, que ponga en evidencia el afán de hacer prevalecer el capricho o el interés particular del funcionario en contra de lo previsto en la ley, ya que “…*una cosa es equivocarse en la aplicación de la ley y otra muy distinta utilizarla para desconocer su contenido y alcances con propósitos que le son ajenos…”.*

(::::)

Ya lo ha dicho la Corte, como en la referida descripción típica el legislador incluyó un elemento normativo que califica la conducta, el juicio de tipicidad correspondiente no se limita a la simple y llana constatación objetiva entre lo que la ley manda o prohíbe y lo que con base en ella se decidió, sino que involucra una labor más compleja, en tanto supone efectuar un juicio de valor a partir del cual ha de establecerse si la ilegalidad denunciada resiste el calificativo de ostensible, por lo cual, como es apenas natural, quedan excluidas de esta tipicidad aquellas decisiones que puedan ofrecerse discutibles en sus fundamentos pero en todo caso razonadas, como también las que por versar sobre preceptos legales complejos, oscuros o ambiguos, admiten diversas posibilidades interpretativas por manera que no se revelan manifiestamente contrarias a la ley…”[[1]](#footnote-1).

Aunado a lo anterior, es necesario acotar que la conducta prevaricadora puede provenir de dos fuentes completamente diferentes: a) Una de estirpe sustantiva, que ocurre cuando la decisión es manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico ya sea porque no se aplicaron o no se tuvieron en cuenta las normas vigentes que crean derechos u obligaciones, o porque las mismas fueron aplicadas de manera indebida o incorrecta, o interpretadas erróneamente; b) Otra de naturaleza probatoria, en el cual el Juzgador de Instancias incurre en manifiestos y groseros yerros al momento de la apreciación del acervo probatorio, emitiendo de esa forma un fallo que es abiertamente adverso a la realidad probatoria.

Tomando lo antes expuesto como marco teórico-conceptual que nos permita resolver el problema jurídico propuesto a la Sala, como punto de partida la Colegiatura tendrá como hechos ciertos e indiscutibles, por estar plenamente acreditados con los medios de conocimiento aducidos por el Fiscal Delegado, los siguientes:

* Efectivamente ante el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, el Letrado AUGUSTO JARAMILLO HOYOS, actuando en representación de la Sra. ALBA LUCIA AMAYA, en las calendas del 5 de julio del 2.013, presentó una demanda ordinaria laboral en contra de FABIO EVELIO TORO ZAPATA, en la que reclamaba el reconocimiento de unas acreencias laborales que ascendían aproximadamente a la suma de treinta millones de pesos. De igual forma en dicho libelo el demandante adujo desconocer el domicilio del demandado, por lo que se tornaba necesario su notificación mediante la figura del emplazamiento, como lo ordena en tal sentido lo establecido en el artículo 318 C.P.C.
* La demanda deprecada por el Togado AUGUSTO JARAMILLO HOYOS fue admitida por el Juzgado mediante auto del 9 de agosto del 2.013, en el cual se designó a la abogada MARINA GAONA JURADO como curadora *ad litem,* y ante las manifestaciones del demandante de desconocer el domicilio del demandado, se procedió a ordenar su correspondiente emplazamiento[[2]](#footnote-2).
* El 30 de septiembre del 2.013 la curadora *ad litem* respondió la demanda, y en su respuesta se opuso a los hechos y a las pretensiones del demandante, e igualmente propuso como excepción previa la falta de requisitos formales de la demanda, y tres excepciones de fondo que denominó: la ausencia de legitimación en la causa por activa y por pasiva; la inexistencia de la obligación demandada y el cobro de lo no debido.
* Agotada la fase de notificación del auto admisorio de la demanda y su contestación, el Juzgado a partir del auto que data del 16 de octubre del 2.013, ordenó en diferentes oportunidades la celebración de la audiencia que trata el articulo 77 C.P.L. pero dichas audiencias no se llevaron a cabo debido a que se presentaron una serie de vicisitudes que conspiraron en contra de su realización.
* En las calendas del 22 de enero del 2.014, la letrada MARINA GAONA JURADO presentó un memorial en el cual solicitaba el inicio de un incidente de nulidad procesal, basado en el argumento consistente en que el proceso tuvo ocurrencia una indebida notificación del auto admisorio de la demanda, debido a que de ciertas indagaciones adelantadas por Ella, así como del contenido de varios hechos del libelo, se infería que la demandante tenia contacto con el demandado por razón de inmueble habitado por Ella, el cual el demandado le exigía que lo desocupara.
* Por auto del 23 de enero del 2.014, el Juzgado ordenó que se le diera traslado al demandante del incidente propuesto por la demandada, y luego mediante auto del 22 de abril del 2.015 ordenó la práctica de las pruebas solicitadas por las partes[[3]](#footnote-3). Una vez agotadas las pruebas, en audiencia celebrada el 28 de julio del 2.015, el Juzgado accedió a las pretensiones de la incidentalista, y en consecuencia procedió a decretar la nulidad de la actuación a partir de la diligencia de notificación de la demanda, con base en el argumento consistente en que era factible que la demandante supiera el sitio o lugar en donde residía el demandando, para que esa forma, acorde con los avances tecnológicos del momento, se pudiera llevar a cabo la notificación personal del auto admisorio del libelo.
* En contra de la providencia que resolvió el incidente, el demandante interpuso un recurso de apelación, el cual fue desatado por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de este Distrito Judicial mediante providencia del 22 de septiembre del 2.015, en la cual en esencia se confirmó el auto confutado.

De todo lo antes expuesto, se podrá concluir que en la actuación está plenamente acreditado que en efecto el Dr. WOLFGANG OTTO GARNER GALVIS, en su calidad de titular del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, en las calendas del 28 de julio del 2.015 profirió una providencia, en la cual, acorde con la causal consagrada en el # 9º del articulo 140 C.P.C. decidió anular la actuación procesal, a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, debido a que se notificó de manera incorrecta dicha providencia al demandado, ya que como consecuencia del regular contacto que tenía la demandante con el demandado, lo cual no fue informado en el libelo, existía la posibilidad de que Ella, o sea la demandante, supiera como contactar u ubicar al demandado, para que de esa forma, por intermedio de los avances tecnológicos del momento, se le pudiera enterar de manera personal y directa del contenido de la demanda.

Es de resaltar que la decisión anulatoria tomada por el Dr. WOLFGANG OTTO GARNER GALVIS ha sido catalogada por el denunciante de contrariar el ordenamiento jurídico por avasallar el debido proceso, debido a que el quejoso es de la opinión que el Dr. GARNER GALVIS de manera arbitraria decidió tramitar un incidente de nulidad procesal que fue propuesto por la apoderada del demandado de manera tardía y extemporánea, ya que al momento de contestar la demanda no dijo nada al respecto. Por lo tanto, acorde con el contenido de los reclamos expresados por el quejoso, la Sala válidamente puede colegir que el eje central de los mismos esencialmente giraba en torno a la determinación del denunciando de tramitar un incidente de nulidad procesal, el que en sentir del denunciante fue propuesto por fuera de las oportunidades legales, pues se guardó silencio en la contratación de la demanda, razón por la que no debió haber sido tramitado ni resuelto por el Juez denunciado.

Frente a lo anterior, la Sala dirá que no le asiste la razón al quejoso, y para llevar a dicha conclusión solo basta con hacer un análisis de las disposiciones consagradas en los artículos 135, 136 y 142 del C.P.C.[[4]](#footnote-4) de las que se tiene que los incidentes son cuestiones accesorias al proceso, lo cuales deben ser propuestos en el devenir de la actuación procesal acorde con los motivos existentes al momento en el que los mismos tengan ocurrencia, lo cual quiere decir que el momento de los hechos que originan la existencia del incidente, son los que marcan la pauta para su proposición en el proceso. Pero es de anotar que en materia procesal laboral, como consecuencia del principio de la oralidad que lo rige, según las voces del artículo 37 C.P.L. se circunscribió el momento para la proposición de incidentes *“en la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, a menos de que se trate de hechos ocurridos con posterioridad…..”*.

Luego, si confrontamos lo anterior con el acervo probatorio, en especial de todo lo que la togada MARINA GAONA JURADO dijo en un entrevista, vemos que las pruebas habidas en la actuación nos señalan que los motivos que dieron génesis al incidente surgieron después que la curadora a*d litem* había sido notificada del auto admisorio de la demanda, ya que Ella llevó a cabo una serie de indagaciones para averiguar por el paradero del demandado FABIO EVELIO TORO ZAPATA, y se enteró por intermedio del administrador de la finca *“El Refugio”,* ANTONIO RESTREPO MONTOYA, que la demandante tenía un regular contacto con el demandado, lo que a su vez también se infería de varios de los hechos de la demanda, y que en consecuencia podía saber en dónde ubicarlo.

Por lo tanto, si los motivos que dieron origen al incidente de nulidad propuesto por la apoderada del demandante prácticamente surgieron después de las averiguaciones que la curadora *ad litem* llevó a cabo una vez se surtió la notificación del auto admisorio de la demanda, acorde con lo expuesto en los párrafos anteriores, ello quiere decir que el incidente de nulidad podría ser propuesto después de la notificación de la demanda y hasta la audiencia de saneamiento de que trata el articulo 37 C.P.L. lo que en efecto sucedió en el caso *subexamine*, ya que el incidente se impetró por la apoderada del demandado antes del inicio de la audiencia de marras, y con posterioridad se debatió sobre la procedencia del mismo cuando esa vista pública, después de muchas vicisitudes, se llevó a cabo el 27 de marzo del 2.015.

Lo antes expuesto nos estaría indicando que son equivocados los reparos formulados por el denunciante para tildar de contrario a derecho, por vulnerar el debido proceso, las actuaciones adelantadas por el Juez denunciado, porque el incidente de nulidad procesal se propuso en el estadio procesal pertinente, y en momento alguno fue deprecado de manera tardía o extemporánea como erradamente lo afirma el quejoso.

Además de lo anterior, en contra de los reclamos formulados por el denunciante conspirarían las disposiciones consagradas en los artículos 92 C.P.C. y 31 C.P.L. que regulan los requisitos que debe cumplir la contestación de la demanda, entre los cuales en momento alguno figura los relacionados con la proposición de incidentes, lo que se debe a la naturaleza que es propia de los incidentes procesales, los que por regular cuestiones accesorias al proceso, sería lógico que las mismas deban ser propuestas después que este nazca al mundo jurídico, lo cual solo acontecería una vez que se haya trabado la *litis* entre las partes en conflicto.

Ahora bien, como bien se infiere de lo reclamado por el quejoso, se podría decir que lo acontecido en el presente asunto, o sea la indebida notificación del auto admisorio del libelo, puede ser reclamado mediante la proposición de la excepción previa de inepta demanda, bajo el supuesto consistente en que la demanda no cumplía con el requisito formal de la enunciación del domicilio del demandado; pero tal tesis, no puede ser de recibo ante las notorias diferencias habidas entre los fines perseguidos por las excepciones previas y las nulidades procesales, ya que mientras que con las excepciones previas en esencia se procura es que se convaliden los defectos formales en los que eventualmente se incurrió en la demanda, a su vez las nulidades procesales fungen como una medida excepcional de saneamiento el proceso cuya finalidad es la de purgar una serie de irregularidades sustanciales que hayan socavado las bases estructurales del debido proceso o que hayan conculcado los derechos y garantías de las partes.

Siendo por lo tanto para la Sala correcto el uso por parte de la demandada del incidente nulidad como la herramienta procesal idónea para sanear la irregularidad acontecida con la indebida notificación del auto admisorio de la demanda, debido a que dicha providencia se erige como uno de los cimientos esenciales en los cuales se soporta el proceso, de cuya validez se derivan todas las demás actuaciones que se han de llevar a cabo en el devenir del trámite de la actuación procesal. A lo que se le debe sumar que como consecuencia de una indebida o incorrecta notificación de dicho provisto, lo que en verdad aconteció en el proceso laboral que originó la denuncia impetrada en contra del Dr. WOLFGANG OTTO GARNER GALVIS, se le estaría vulnerando al demandado el derecho a la defensa.

Finalmente, se dice por parte del quejoso que lo decidido en el incidente es producto de una especie de manguala o de colusión habida entre el Dr. WOLFGANG OTTO GARNER GALVIS y la abogada MARINA GAONA JURADO, lo que para la Sala no es correcto, siendo algo propio de una falacia argumentativa que no se conduele para nada de la realidad procesal, la que nos enseña que en la actuación no existe prueba alguna que acredite que el denunciado se haya coludido con la letrada que representaba los intereses del demandado, y más por el contrario de la actuación procesal se contrae que lo único que hizo el denunciado ante la proposición del incidente, en el que en esencia se hacía ver que por parte de la demandante se estaban perpetrando unos presuntos actos deshonestos de deslealtad procesal[[5]](#footnote-5), fue la de acatar los mandatos del # 3º del articulo 37 C.P.C. *[[6]](#footnote-6)* los cuales lo obligaban a hacer uso de las medidas necesarias para: *“prevenir, remediar y sancionar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad y probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal…..”.*

Siendo así las cosas, concluye la Colegiatura que la actuación incidental adelantada por el Dr. WOLFGANG OTTO GARNER GALVIS, como lo que posteriormente decidió mediante auto adiado el 28 de julio del 2.015, en ningún momento es contraria al debido proceso por encontrarse ajustada a derecho, lo que a su vez incidiría para que no tengan presencia uno de los elementos normativos que integran el delito de prevaricación: *“Que la decisión sea manifiestamente contraria a derecho”.* Por lo que ante la ausencia de dicho elemento que es esencial para la adecuación típica del delito de prevaricato, se debe considerar como atípica la conducta punible endilgada al indiciado por incurrir en la presunta comisión del delito de marras.

A modo de corolario, la Sala es de la opinión que le asiste la razón a la petición de preclusión impetrada por la Fiscalía Delegada ante esta Corporación, y por ende esta Colegiatura procederá a proferir la correspondiente preclusión de la indagación adelantada en contra del Dr. WOLFGANG OTTO GARNER GALVIS, en lo que tiene que ver a los señalamientos efectuados en su contra por incurrir en la presunta comisión del delito de prevaricato por acción.

En mérito de todo lo antes enunciado, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **ACCEDER** a la solicitud de preclusión impetrada por la Fiscalía Delegada 3ª de la Unidad de Fiscalías Delegada ante esta Corporación, y en consecuencia se ordena precluir la indagación adelantada en contra del **Dr. WOLFGANG OTTO GARNER GALVIS**, en lo que tiene que ver con los señalamientos efectuados en su contra por incurrir en la presunta comisión del delito de prevaricato por acción.

**SEGUNDO:** Las partes quedan notificadas en estrado y en contra de la presente decisión proceden los recursos de ley, los cuales deberán ser interpuestos y sustentados dentro de las oportunidades legales.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia 2ª Instancia del 18 de Junio de 2.014. Rad. # 41108. M.P. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO. [↑](#footnote-ref-1)
2. Es de anotar que inicialmente, ante la existencia de unos yerros formales en el libelo, el Juzgado mediante auto del 23 de julio del 2.013 inadmitió la demanda, concediéndole al demandante un plazo de 5 días para que la corrigiera. [↑](#footnote-ref-2)
3. Es de anotar que previamente el 27 de marzo del 2.015 se celebró una audiencia en la cual se debatió y se decidió todo lo relacionado con las oposiciones presentadas por el demandante al inicio de trámite incidental. [↑](#footnote-ref-3)
4. Que era la normatividad aplicable para ese momento en atención a que para ese entonces aún no había entrado en vigencia el Código General del Proceso. [↑](#footnote-ref-4)
5. Lo cual resultó ser cierto, porque en el incidente se demostró que la demandante podía saber el sitio en donde se podría ubicar al demandando, y que tal circunstancia protervamente no fue consignada en la demanda. [↑](#footnote-ref-5)
6. Norma esta que en la actualidad se encuentra en el # 3º del articulo 42 C.G.P. la cual es aplicable al procedimiento laboral según el principio de la integración. [↑](#footnote-ref-6)