**RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ**

**Magistrado Ponente**

**AEP00012-2018**

**Radicación N° 48110**

**Aprobado mediante Acta No. 010**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

###### VISTOS:

Procede la Sala Especial de Primera Instancia a decidir sobre los recursos de reposición y apelación, de forma subsidiaria, elevados por la Fiscalía General de la Nación y la defensa de ROBINSON SANABRIA BARACALDO, contra el auto del 24 de agosto de 2018 que declaró la nulidad de lo actuado y dispuso devolver la actuación a la Fiscalía Delegada ante la Corte, en el proceso que se le adelanta como presunto autor del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

###### ANTECEDENTES:

1. El 16 de febrero de 2016, ante un Magistrado con función de control de garantías del Tribunal Superior de Bogotá, la Fiscalía Tercera Delegada ante esta Corte formuló imputación a ROBINSON SANABRIA BARACALDO, como autor del delito de fraude procesal (artículo 453, C.P.), cargo que no fue aceptado.

2. En audiencia de formulación de acusación llevada a cabo el 12 de septiembre siguiente, el Fiscal delegado readecuó la imputación jurídica, manifestando que en lo sucesivo se procedería por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto tipificado en el artículo 416 del Código Penal.

3. Evacuadas las audiencias preparatoria y de juicio oral, se dio paso a la fase de alegatos finales, oportunidad en la que el Ministerio Público solicitó declarar la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la audiencia de formulación de imputación, con sustento en la causal contemplada en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004 (violación al debido proceso en aspectos sustanciales).

4. La Sala Especial, en auto del 24 de agosto de 2018, acogió los argumentos expuestos por la representante de la sociedad y dispuso la nulidad deprecada, al encontrar quebrantado el debido proceso en aspectos sustanciales.

Lo anterior, tras considerarque al readecuarse la imputación jurídica de la conducta al tipo de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto -delito querellable para la época de los hechos-, surgió la necesidad de acreditar las condiciones de procesabilidad exigidas por el legislador, requerimiento que no se cumplió, pues la resolución que se menciona como supletoria de la querella no fue incorporada como prueba documental, ni su contenido acreditado a través de otro medio de prueba conducente, a la par que tampoco se cumplió con el requisito de la conciliación preprocesal, exigible pese a la supuesta indisponibilidad del bien jurídico protegido (administración pública), por cuanto la conducta censurada afectó intereses funcionales o particulares de terceros, frente a los cuales, se tenía el deber de adelantar dicha diligencia.

La invalidez se extendió hasta la imputación y como consecuencia, la Sala dispuso devolver la actuación a la Fiscalía.

5. Inconformes con lo decidido, en audiencia celebrada el 4 de septiembre del año en curso, la Fiscalía General de la Nación y la defensa de ROBINSON SANABRIA BARACALDO, interpusieron y sustentaron el recurso de reposición objeto del presente pronunciamiento.

**RECURSOS:**

1. El delegado de la Fiscalía General de la Nación solicita se reponga la decisión y, de no ser así, se de trámite al recurso de apelación interpuesto como subsidiario, pues a su juicio, la decisión impugnada va más allá del caso concreto y abre unas opciones inaceptables.

En sustento, el impugnante indica que se está imponiendo a la Fiscalía un requisito imposible de cumplir, porque para cuando se produjo el cambio de adecuación típica en la audiencia de acusación, ya era físicamente imposible cumplir con el requisito de procesabilidad de la audiencia de conciliación, que necesariamente tuvo que haber tenido lugar antes de la imputación, sin que la Fiscalía tenga la potestad de anular procesos para retornar a la instrucción y adelantar una audiencia que, además, es inútil.

La decisión, añade, confunde dos conceptos tradicionalmente claros: el de sujeto pasivo del delito y el de otros eventuales perjudicados con la conducta punible. En tal virtud, señala que todo delito esencialmente debe tener un sujeto pasivo, titular del bien jurídico que tutela el tipo penal. Si bien puede haber perjudicados distintos (delitos pluriofensivos), siempre habrá un sujeto pasivo y es éste el titular del interés jurídico tutelado y querellante legítimo, cuando se exija este requisito, como se desprende de los artículos 71 de la Ley 906 de 2004 y 32 de la Ley 600 de 2000.

En este orden, asegura, la única manera de interpretar la exigencia de querella en los delitos de que trata el numeral 1 del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal (delitos que no tengan pena privativa de la libertad), es que se refiera a bienes jurídicos susceptibles de conciliar, porque la querella, como requisito de procesabilidad, tiene unos correlatos que le son esenciales: el desistimiento y la conciliación. Por tanto, se refiere a derechos disponibles.

Señala que por vía del criterio adoptado por la Sala, en la práctica quedarían descriminalizadas varias conductas del Código Penal, que no comportan pena privativa de la libertad, pero respecto de los cuales nunca va a haber querellante legítimo. Por ello, se pregunta quién va a ser el querellante legítimo en delitos como el de falsificación o uso fraudulento de sello oficial, circulación y uso de efectos oficiales o sellos falsificados, anulación de signo de efecto oficial, uso o circulación de sello anulado, falsedad para obtener prueba de hecho verdadero o falsedad personal, que afectan el bien jurídico colectivo de la fe pública, o cuando de delitos contra el orden económico y social se trata, como el ofrecimiento engañoso de productos o servicios, que es por esencia y estructura un delito masivo, la instigación a delinquir o el delito de pánico.

Así, se cuestiona quién es el titular de ese interés jurídico colectivo, quién el sujeto pasivo que acudirá a la conciliación preprocesal y qué objeto tendría esa audiencia, si en estos delitos no hay nada que negociar. Por ello, considera absurda la exigencia, pues, no se puede pretender que el Procurador General se ponga a la tarea de decidir, cada que se encuentre una de las conductas mencionadas, si va a querellar o si la misma va a quedar impune. Concluye que en esta clase de delitos no hay querellante legítimo y, por tanto, tampoco tiene sentido celebrar una audiencia de conciliación, porque no involucran un derecho disponible.

Según aduce, la querella y la conciliación previa constituyen un requisito formal, que se vuelve sustancial solo cuando involucra un derecho disponible y hay, por tanto, objeto válido para la conciliación. Pero cuando el bien jurídico no es disponible, asunto de la esencia de la conciliación, carece ésta de objeto. De manera que, concluye, cuando no hay nada que conciliar y el titular del bien jurídico es la sociedad, no puede utilizarse esta formalidad como excusa para impedir el ejercicio de la acción penal, pues en la práctica, comporta despenalizar la conducta, ya que no hay quien querelle ni participe en la audiencia.

Por último, afirma que el delito de abuso de autoridad tiene un titular, que lo define su ubicación en el Código Penal. Por consiguiente, aunque existan otros querellantes habilitados, la acción penal tiene que adelantarse, porque allí no hay posibilidad de exigir querellante legítimo, ya que el titular del interés protegido es el Estado y se desconoce quién lo representa para estos efectos, o cómo se define quién funge como querellante legítimo.

2. La defensa, por su parte, solicita reponer la decisión en el sentido de declarar, además de la invalidez de lo actuado a partir de la imputación, la caducidad de la querella y, en consecuencia, la extinción de la acción penal. Lo anterior, por considerar que, para este momento, ya ha caducado el derecho a querellar. En consecuencia, considera que devolver las diligencias a la Fiscalía, para que sea esta quien se pronuncie sobre la suficiencia de la querella, cuando está demostrado que no se cumplió en su momento con dicho requisito, comporta una demora innecesaria de la actuación procesal que va en detrimento de los derechos de su prohijado, quien fue destituido del cargo que ejercía a causa de esta actuación.

En caso de no prosperar su pretensión, solicita se conceda subsidiariamente el recurso de apelación.

**NO RECURRENTES:**

1. La representante del Ministerio Público solicita se mantenga la decisión adoptada por la Sala Especial.

Frente al recurso interpuesto por la Fiscalía General de la Nación, censura la actitud del impugnante, en tanto considera que, una vez readecuada la conducta en la audiencia de acusación, tuvo tiempo suficiente para corregir el yerro e introducir la resolución suscrita por el Fiscal General de la Nación al juicio, pero no lo hizo. Además, señala, de la actuación emerge clara la existencia de terceros afectados, quienes tenían el derecho a presentar querella y a participar en el proceso.

Frente a los reparos de la Fiscalía por la referencia de la Sala al principio de oportunidad, aduce que según le entendió a la Corte, la reseña se hizo con ocasión del argumento de la indisponibilidad del bien jurídico protegido, respecto del cual se consideró en el auto impugnado que los delitos contra la administración pública no son absolutos, al punto que en varios resulta aplicable dicho principio como mecanismo de terminación anticipada, por lo que no se puede concluir tajantemente que frente a estos no es admisible la negociación.

De otro lado, asegura que si la ley otorga la facultad de querellar al Ministerio Público, hay que buscar mecanismos para hacer efectivo ese mandato, asunto que comporta otro tipo de discusión. Pero no habilitar a la Fiscalía a continuar la actuación, pese a que la querella no se interpuso oportunamente, solo porque se trata de un delito contra la administración pública. Ello restringe el derecho de favorabilidad que le asiste al procesado, pues comporta una interpretación restrictiva de la norma.

Concluye que si la querella no se interpuso oportunamente, caducó y por ende, se extinguió la acción penal. Si eso ocurrió desde el momento en que la Fiscalía cambió la imputación jurídica, no se explica por qué continuó con la actuación, cuando lo procedente era el archivo de las diligencias.

En cuanto a los reparos sobre la carencia de objeto de una conciliación, indica que la audiencia de conciliación preprocesal tiene como fin llegar a acuerdos que conduzcan al archivo de las diligencias, que es a lo que hoy conduce la caducidad de la querella.

Frente a la impugnación propuesta por la defensa, considera que la autoridad a la cual le compete declarar la caducidad de la querella y disponer del archivo es a la Fiscalía, asunto que no va contra los derechos del procesado, porque extinguida como se encuentra la acción, a la Fiscalía solo le queda declararlo, orden que no requiere mayor tiempo.

2. El apoderado del procesado, en relación con el recurso interpuesto por la Fiscalía, pregona equivocada la posición del delegado Fiscal en torno a la naturaleza indisponible del bien jurídico protegido. Con dicho fin, aduce que todo delito ocasiona un daño público y un daño privado, por manera que fatalmente, en todo delito hay un sujeto pasivo o víctima, que es el querellante legítimo. Así, en aquellos delitos que afectan intereses colectivos, el representante de la sociedad es el Ministerio Público, razón por la cual no puede afirmarse que estos delitos carecen de querellante.

Por ello, afirma, si la conducta no ocasiona un daño público, obvio no hay sujeto pasivo ni querellante, pues así considerada no comporta un delito. Si el legislador considera determinada conducta delictuosa, es porque ocasiona un daño público. Añade que la teoría de la querella parte de que hay ciertos delitos en los que el legislador considera que el daño privado es de mayor entidad que el público, por lo que solo pueden investigarse si así lo solicita la víctima, y cuando se afectan intereses colectivos como los mencionados por la Fiscalía, innegablemente, si no hay un directamente perjudicado, corresponde al Ministerio Público querellar.

3. El delegado de la Fiscalía, en relación con el recurso interpuesto por la defensa, se limita a afirmar que, si se devuelve el proceso, el único camino que le queda es solicitar la preclusión o el archivo del expediente.

**CONSIDERACIONES:**

La Sala Especial no repondrá la decisión y, en consecuencia, concederá los recursos de apelación interpuestos como subsidiarios por las partes, con sustento en los argumentos que se pasan a exponer.

**1. Del recurso interpuesto por la Fiscalía General de la Nación.**

La dogmática jurídica tradicional limita la concepción de víctima a categorías tales como sujeto pasivo de la conducta punible o titular del bien jurídico protegido, considerado éste como aquel individuo que se ve directamente lesionado en sus derechos a consecuencia de una conducta punible.

Tal noción, sin embargo, ha sido replanteada con el desarrollo de la victimología, que, a la par con la evolución del derecho internacional de los derechos humanos y el advenimiento del Estado Social de Derecho, han supuesto un cambio de óptica del concepto clásico de víctima y de los derechos que le asisten. Así, entonces, ya no se aprecia ésta desde un punto de vista exclusivamente individual, como sujeto sobre el cual recae la conducta censurada, sino en un sentido amplio, comprensivo de otras personas -naturales o jurídicas-, que sufren daño a consecuencia de la infracción penal.

En Colombia, a partir de la Constitución Política de 1991 y como consecuencia de la adopción del modelo social y democrático de Estado, se elevó la concepción de víctima a categoría constitucional, otorgándole a la Fiscalía General de la Nación la obligación de asistencia y protección de sus intereses en el proceso penal (artículo 250). Lo anterior, en consonancia con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, y que apuntan a un concepto comprensivo y más amplio que el de sujeto pasivo tradicional.

Así, la tendencia en el derecho internacional es a considerar víctima a toda persona que sufra un daño a consecuencia del delito. Una primera aproximación al concepto moderno de víctima está contemplado en la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985, conforme la cual, *“se entenderá por víctimas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que prescribe el abuso del poder”*.

Concepto que, además, no ha sido ajeno a la legislación nacional, en tanto fue incluido en su moderna acepción en la Ley 906 de 2004, estatuto procesal que se ocupa profusamente de las víctimas del delito y las garantías que les asisten como interviniente especial del proceso penal, aclarando que se entiende por víctimas para efectos del código, *“las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto”* (artículo 132).

Por su parte, la copiosa jurisprudencia producida por la Corte Constitucional sobre el tema, ha determinado el alcance y naturaleza compleja de los derechos de las víctimas y perjudicados con el hecho punible. Así, en sentencia C-228 de 2002 fijó como regla relativa a la interpretación constitucional de preceptos de naturaleza procesal penal, que los mismos deben incluir una concepción amplia de los derechos de las víctimas, comprensiva de las garantías a la verdad, justicia y reparación integral, fundada en el principio de dignidad y el derecho a *“participar en las decisiones que los afecten y a obtener tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos”*, disponiendo que para acreditar la condición de víctima *“se requiere que haya un daño real, concreto y específico, cualquiera que sea su naturaleza”.*

En el mismo sentido, en sentencia C-516 de 2007, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley 906 de 2004, la Corte indicó que *“en materia penal la idea de víctima directa se suele identificar con el sujeto pasivo de la conducta delictiva, o con la persona titular del bien jurídico que la norma tutela”*, noción que califica de *“contraria a la concepción amplia de los derechos de las víctimas que ha adoptado la jurisprudencia de esta Corporación”,* en tanto todo hecho delictivo trasciende la esfera de afectación del sujeto pasivo, ocasionando perjuicios individuales o colectivos ciertos, reales y concretos a otros sujetos de derecho, igualmente titulares de todas las prerrogativas que se derivan de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral.

En cuanto tiene que ver con la naturaleza de los bienes jurídicos, es necesario afirmar, al igual que sucede con el concepto de víctima, que la separación tradicional entre intereses individuales y colectivos ha sido superada, en la medida en que el sistema social democrático ha impuesto una concepción de Estado sistemático, que demanda intervención cuando de satisfacer las necesidades de sus asociados se trata y que, por lo mismo, se aleja de la clásica función negativa del Estado liberal democrático.

En este orden de ideas, siendo el derecho penal una manifestación de la relación tripartita entre individuo, sociedad y Estado, es dable predicar que los bienes jurídicos, como manifestación de aquellos intereses que demandan protección en el sistema, trascienden sin excepción a una referencia meramente individual.

Así, hay bienes jurídicos relativos a las bases de la existencia, como la vida, la salud individual o la libertad, que regulan las llamadas relaciones microsociales, a la par que hay bienes jurídicos concernientes al funcionamiento del sistema, que inciden en las relaciones macrosociales, como la seguridad, fe pública, medio ambiente, los cuales están al servicio de aquellos que constituyen la base del sistema e implican una actividad de intervención estatal en las disfunciones de éste.

Por ende, la protección de los intereses jurídicos relativos al funcionamiento del sistema se justifica en la medida en que salvaguardan los bienes que se encuentran en la base de existencia del mismo y no en sí mismos considerados (Estado totalitario)[[1]](#footnote-1).

En tal virtud, las conductas proscritas por el ordenamiento jurídico tienen como fin proteger el desarrollo real y efectivo de las condiciones mínimas de existencia, los mecanismos de interrelación entre individuos o los dispositivos de control por parte del Estado, todos ellos al servicio de las bases de subsistencia del sistema. De esta manera, no hay conducta punible si la misma no se predica de un individuo que ve afectados sus intereses individuales, o el goce real y efectivo de estos, y las relaciones que mantiene con otros miembros de la sociedad o directamente con el Estado.

Con fundamento en las anteriores precisiones, disiente respetuosamente la Sala de los argumentos expuestos por el Fiscal delegado, en tanto no es cierto, como aduce en defensa de sus intereses, que la decisión impugnada confunde los conceptos de sujeto pasivo y víctima. Contrario a ello, el proveído en cuestión recoge el concepto integral de víctima consagrado en el artículo 132 de la Ley 906 de 2004 y acogido en la jurisprudencia nacional en los términos ya descritos.

Sumado a lo anterior, la interpretación de la Fiscalía no se compadece con el postulado defendido por la Sala, en tanto la existencia de otros perjudicados o víctimas de la conducta punible no excluye la de sujeto pasivo, titular del interés jurídico o querellante legítimo, como parece entenderlo el ente acusador.

Contrario a ello, el asunto ya ha sido objeto de estudio por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que al pronunciarse sobre el querellante legítimo en el delito de intervención en política, sostuvo:

*“El artículo 74 ibídem, modificado por el artículo 108 de la Ley 1453 de 2011, en su versión original y ahora, exige para iniciar la acción penal como condición de procesabilidad, querella para los delitos que no tienen señalada pena privativa de la libertad, como aquí sucede, en donde el punible de intervención en política trae aparejadas únicamente penas de multa y pérdida del empleo o cargo público.*

*En este caso, por corresponder el delito de intervención a un delito pluriofensivo, en el que la administración pública se erige preponderantemente como víctima, de conformidad con el literal “e” del artículo 3 del Decreto 2547 de 1989, le pertenecía a los Tribunales de Garantías Electorales y a los Tribunales Seccionales de Garantías o de Vigilancia, la atribución de poner en conocimiento de las autoridades judiciales competentes, ‘las conductas que eventualmente sean constitutivas de alguno de los delitos tipificados en el Código Penal para la vigencia de los derechos políticos y el libre ejercicio del sufragio’. Pero como la conducta pudo poner en riesgo derechos de los demás aspirantes a la gobernación del aludido departamento pertenecientes al movimiento político atrás mencionado, también estaban legitimados para ello”.* (CSJ AP, 3 Abr. 2012, Rad. 38529).

En este orden, es incuestionable que el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto está enlistado dentro de los punibles que atentan contra la administración pública y, por lo mismo, que su prohibición responde a la necesidad de protección de un interés institucional o público: proteger a los individuos del abuso del poder de quien, investido de autoridad en razón del cargo público que detenta, se aparta del cometido social de la función pública para realizar un acto arbitrario e injusto que, se reafirma, lesiona a una o varias personas -naturales o jurídicas- en el ejercicio de sus derechos.

Ello no quiere decir que, en el caso concreto, no exista querellante legítimo, en razón a que el titular del interés jurídico tutelado es la administración pública. Todo lo contrario, la concepción comprensiva de víctima comporta que, en su momento, fueron varias personas las legitimadas para activar el ejercicio de la acción penal, sin que obre en la actuación prueba de que alguna de ellas manifestó inequívocamente la voluntad de hacerlo.

Tal postulado es igualmente predicable del listado de delitos que, en sentir de la Fiscalía, quedarían despenalizados en aplicación de la tesis de la Sala Especial. Conductas como la falsificación o uso fraudulento de sello oficial, la circulación o uso de efectos oficiales o sellos falsificados, el uso o circulación de sello anulado, la falsedad personal, la falsedad para obtener prueba de hecho verdadero, el ofrecimiento engañoso de productos o servicios -por mencionar solo algunas de las referidas por el agente Fiscal-, todas involucran intereses personales o funcionales de quienes reportan un daño a consecuencia de la conducta prohibida, verbi gracia, quien es suplantado, o frente a quien se hace valer el sello falso o anulado, o respecto de quien se usa la prueba falsa de hecho verdadero, o quien fue engañado para adquirir productos o servicios.

De ahí que, lejos de constituir una descriminalización de facto de las conductas que, asegura la Fiscalía, carecen de querellante legítimo, lo que propugna la Sala, amparada en la jurisprudencia constitucional y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, es que son varias las personas que, dado el caso, están facultadas para fungir como tales. Basta con que una cualquiera de ellas así lo manifieste, para que nazca la obligación de ser citadas a audiencia de conciliación preprocesal, tal y como lo exige el artículo 522 de la Ley 906 de 2004. Desde luego, generalmente la administración de justicia conoce de las conductas delictuosas enunciadas en virtud de la queja (querella) de víctimas individuales por haber sufrido algún daño, pero el legislador ha reforzado la protección, cuando habilita al Ministerio Público para querellar en casos penales de afectación del interés público o colectivo, precisamente en congruencia con la facultad constitucional otorgada en ese sentido al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados o agentes, según lo dispone el artículo 277 numerales 3 y 4 de la Carta Política.

Ahora, sobre el objeto de dicha diligencia de conciliación, pues el mismo consiste, precisamente, en la facultad de disponer si a la víctima le asiste o no el interés de activar el aparato jurisdiccional. Tal aserto no es invento de la Sala, así se desprende de la interpretación literal y sistemática de los actos legislativos 03 de 2002 y 06 de 2011, mediante los cuales se modifica el artículo 250 Superior.

Así, el artículo 2º del Acto Legislativo 03 de 2002 establece que *“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías (…)”.*

Este texto normativo fue modificado, a su turno, por el artículo 2º del Acto Legislativo 06 de 2011, mediante el cual se adiciona al artículo 250 Constitucional el parágrafo 2º, conforme con el cual, *“atendiendo* *la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación”*.

En desarrollo de dicho principio, el sistema penal acusatorio contempla mecanismos concretos de justicia restaurativa, en los cuales la víctima participa activa y conjuntamente con el sujeto agente en la adopción de medidas de reparación del daño causado, aun en detrimento de la función simplemente retributiva de la sanción penal. Se cuenta además, con el principio de oportunidad, instrumento de racionalización de la política criminal del Estado, que opera, incluso, cuando involucra bienes jurídicos funcionales como la administración pública y la recta administración de justicia, o bienes jurídicos de naturaleza colectiva (numerales 9 y 13 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004).

Por consiguiente, la supuesta indisponibilidad del bien jurídico tutelado, no es criterio válido que permita a la Sala apartarse del claro mandato contenido en el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, cuando no ha sido contemplado por el legislador como supuesto de determinación de la querella como requisito de procesabilidad, ni de la exigencia de audiencia de conciliación preprocesal, posición que avala la jurisprudencia constitucional.

En efecto, ha precisado la Corte Constitucional que la querella no es un elemento del punible, sino que constituye un instrumento de la política criminal del Estado, que se justifica en aquellos eventos en que la defensa del interés público de judicialización de un delito, es de menor intensidad que el interés individual que involucra, por lo que resulta razonable su disponibilidad por el titular, atendiendo su mayor o menor gravedad.

Ahora bien, la determinación de los delitos que requieren querella de parte no depende de la naturaleza de la conducta punible, del sujeto pasivo o del interés jurídico protegido, pues, como se dijera en precedencia, la querella *“no es una figura que surge del delito, sino de la potestad de valoración de la política criminal del Estado”* y su determinación *“corresponde a la ley, pues hace parte de la libertad de configuración legislativa para regular el debido proceso penal”* (CC C-425 de 2008).

Ante este panorama, la *“única interpretación posible”* del numeral 1º del artículo 74 de la Ley 906 de 2004[[2]](#footnote-2) que pretende la Fiscalía, resulta inaceptable, pues comporta un criterio contrario al diáfano mandato que contiene y que en su momento, determinó que el legislador considerara que todo delito sancionado con pena no privativa de la libertad fuere querellable. Los diversos cambios normativos que ha sufrido el citado artículo solo refuerzan esta posición, en tanto de ser investigable de oficio en el sistema procesal de la Ley 600 de 2000 -por no estar enlistado dentro del catálogo de delitos querellables contemplado en su artículo 35-, el abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto pasó a ser querellable en virtud de la Ley 906 de 2004, hasta la expedición de la Ley 1826 de 2017, que en su artículo 5º lo despojó de dicha condición, sin que de manera alguna pueda afirmarse que la conducta prohibida haya cambiado sus elementos normativos o su naturaleza.

En tal sentido, deviene insostenible la premisa de que, en el presente asunto, la actuación deba continuarse porque la querella y la conciliación preprocesal constituyen un requisito exclusivamente formal cuando quiera que se trata de un derecho indisponible. Ello supone una interpretación restrictiva, desconocedora del principio de favorabilidad del procesado, del principio *pro homine* que debe regir la labor hermenéutica y que comportaría –en últimas- dar primacía al interés de persecución penal adelantada sin el lleno de los requisitos legales por el ente acusador, en detrimento de las garantías constitucionales y legales del acusado.

Por otro lado, insiste el Fiscal delegado que se le está imponiendo un requisito imposible de cumplir, por cuanto para el momento de modificar la adecuación típica en la audiencia de acusación ya no podía cumplir con el requisito de procesabilidad.

Pues bien, al respecto, considera la Sala, en armonía con los argumentos expuestos por el Ministerio Público, que debió la Fiscalía prever las consecuencias jurídicas que la variación de la imputación jurídica comportaba para la actuación. Para ello no requería la nulidad de lo actuado, le bastaba con retirar el escrito de acusación y readecuar el trámite a las exigencias de procesabilidad de la acción, verificando la suficiencia de la resolución que –adujo- suplía el requisito de la querella de parte y adelantando la audiencia de conciliación preprocesal.

Pese a ello, omitió la Fiscalía tal proceder, con el tozudo argumento de que en el delito de abuso de autoridad no se puede exigir querellante legítimo, ni audiencia de conciliación en la que éste pueda disponer del ejercicio de la acción penal, posición que la Sala no puede avalar, en tanto impone al acusado una carga inaceptable: asumir las consecuencias de una imputación errada y del desarrollo de una investigación penal oficiosa por parte de la Fiscalía, sin estar habilitada para ello.

**2. Del recurso interpuesto por la defensa del procesado.**

La Sala tampoco repondrá la decisión en el sentido de declarar la extinción de la acción penal por caducidad de la querella. Lo anterior, por cuanto considera que dentro del sistema acusatorio instaurado por la Ley 906 de 2004, la labor del juez está limitada en punto de sus facultades oficiosas, razón por la cual constituye un sistema rogado en el que todo pronunciamiento de naturaleza jurisdiccional debe estar precedido de la pretensión que, en dicho sentido, haya elevado el interesado en el momento procesal oportuno.

En efecto, el artículo 78 de la Ley 906 de 2004, consagra que ante la consolidación de una cualquiera de las causales de extinción de la acción penal, la Fiscalía General de la Nación debe solicitar ante el juez de conocimiento la *preclusión de la investigación*, en audiencia en la cual tiene la carga de sustentar su petición y exhibir los elementos de prueba que acrediten la causal invocada.

Ahora, la solicitud de la defensa en torno a la extinción de la acción penal, elevada con ocasión de la sustentación de los recursos de reposición y apelación subsidiaria, no puede tenerse, de manera alguna, como una solicitud formal de preclusión, pues no está legitimada la parte para ello. Si bien el artículo 78 del estatuto procesal penal autoriza a la defensa y al Ministerio Público a solicitar la preclusión, tal posibilidad está restringida a la etapa de juzgamiento, oportunidad procesal que desapareció al retrotraerse la actuación a la fase instructiva en virtud de la nulidad aquí dispuesta y respecto de la cual no se realizó reparo alguno por la defensa.

En sentencia C-591 de 2005, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del citado artículo, la Corte Constitucional indicó que *“las conocidas doctrinariamente como ‘causales objetivas de extinción de la acción penal’, mediante las cuales cesa por completo, con efectos de cosa juzgada, el ejercicio de cualquier actividad estatal investigativa del supuesto delito, no siempre son de fácil constatación empírica y con frecuencia se presentan controversias sobre la ocurrencia o no de alguna de ellas”*, tal y como sucede en el caso de la querella, respecto de la cual puede presentarse debate en torno al cómputo de la caducidad.

De ahí que, se afirma en el fallo de constitucionalidad, *“en los casos previstos para la extinción de la acción, se tata de la toma de una medida preclusiva, acto de contenido jurisdiccional asignado por la Constitución, numeral 5 artículo 250, al juez de conocimiento por solicitud del Fiscal”*. Así, en tanto asunto de naturaleza sustancial que involucra la imposibilidad del Estado para imponer su potestad sancionatoria, *“la decisión sobre la extinción de la acción penal, con efectos de cosa juzgada, es de competencia exclusiva del juez de conocimiento, para lo cual el correspondiente fiscal solicitará la preclusión*”.

Por ello, se insiste en el fallo aludido, *“en los casos de ocurrencia de una causal de extinción de la acción, le corresponde a la Fiscalía solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la investigación, salvo el caso de la aplicación del principio de oportunidad, que tiene unas reglas particulares definidas en el artículo 250 de la Constitución, que asignó su control de legalidad al juez de control de garantías y definió para el efecto unas reglas especiales en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004”.* (Énfasis fuera de texto).

En el mismo sentido, se ha pronunciado la Sala de Casación Penal de esta Corte, al referir que *“en el sistema penal acusatorio diseñado por los artículos 250 de la Carta y 200 de la Ley 906/2004, pertenece a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio de la acción penal y la continuación de la indagación e investigación de los hechos con particularidades delictivas llegados a su discernimiento, cuando asistan suficientes motivos y circunstancias fácticas demostrativas de su probable existencia, quedando despojada, por regla general de funciones jurisdiccionales. Es su deber, entonces, pedir al juez de conocimiento la preclusión de la investigación si no hay mérito para acusar y acude una de las causales del artículo 332 ibidem”*. (CSJ AP 3 Abr. 2012, Rad. 38529).

En tal virtud, a efectos de que cese para el Estado la potestad de persecución penal, se requiere que la judicatura así lo declare, mediante providencia que disponga la preclusión a consecuencia de la consolidación de la causal extintiva, determinación que debe adoptarse en audiencia pública, con observancia del derecho de postulación y contradicción de las partes e intervinientes.

Lo anterior, además, por cuanto *“la fuerza de cosa juzgada que entraña la preclusión, como decisión que pone fin al ejercicio de la acción penal de manera anticipada, 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 investigativo*” (CSJ AP368-2018, Rad. 51049).

En el presente asunto, acorde con los argumentos que en su momento expuso el ente acusador, el requisito formal de la querella se cumplió con la expedición de una resolución por el entonces Fiscal General de la Nación, instrumento que no tuvo la Sala la oportunidad de estudiar a fin de determinar si reúne los requisitos de contenido (artículo 69, Ley 906 de 2004) y de oportunidad (artículo 73, ídem), pues no fue introducido al juicio oral, ni su existencia probada mediante cualquier otro medio de convicción.

De ahí que la Sala decidiera declarar la nulidad a partir de la audiencia de imputación, con el fin de que la Fiscalía revise la suficiencia del acto que supuestamente cumple el requisito de la querella de parte, asunto sobre el que no podía pronunciarse la Sala por carecer del sustento probatorio para ello.

Tal postura, no afecta de manera desmedida los derechos que le asisten al procesado a que se defina su situación jurídica prontamente y sin dilaciones injustificadas, en tanto ella no comporta un plazo irrazonable o una carga excesiva para sus intereses. Por el contrario, si del análisis de los presupuestos de procesabilidad advierte la Fiscalía la imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal, deberá proceder, según lo demanda el artículo 331 del Código de Procedimiento Penal, a radicar la solicitud de preclusión respectiva. En caso contrario, deberá reanudar la actuación con el cumplimiento del requisito de la audiencia de conciliación preprocesal omitida, antes de radicar nuevamente la solicitud de imputación.

**3. De la procedencia del recurso de apelación.**

Como ya tuviera la posibilidad de pronunciarse en decisión AEP00009-2018, radicado 51532, para la Sala, el recurso de apelación procede contra todos los autos proferidos por ella en los asuntos que son de su competencia.

Así, pese a que los artículos 1º y 2º del Acto Legislativo 01 de 2018, se refieren exclusivamente al recurso de apelación contra las sentencias proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y al derecho a impugnar la primera condena, el numeral 6 del artículo 3º de la misma disposición, le asignó a la Corte la atribución de *“resolver, a través de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia”*.

Acorde con el citado aparte normativo, se evidencia que *“la pretensión del legislador en ejercicio del poder constituyente, fue acompasar el ordenamiento superior interno a los compromisos internacionales sobre derechos humanos adquiridos por Colombia, en relación con la posibilidad del procesado de discutir ante un juez distinto la juridicidad y acierto de la sentencia condenatoria proferida en su contra”[[3]](#footnote-3)*, a la par que atribuyó a la Sala de Casación Penal de la Corte, la competencia para resolver los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia.

En consecuencia, para la Sala, el Acto Legislativo 01 de 2018 reconoció no solo el derecho de impugnación de la sentencia de condena, sino la segunda instancia para todas las decisiones –autos interlocutorios y sentencias-, proferidas por la Corte en los juicios de su competencia.

Adicionalmente, porque *“el Acto Legislativo No. 01 de 2018 fue promulgado en armonía con las garantías y derechos fundamentales contenidas en la Carta Política, de tal forma que la interpretación constitucional sistemática de éstos con el querer del legislador en la normatividad en comento, es la que lleva a la Sala a puntualizar que además del derecho de impugnación o de doble conformidad por parte del procesado, el recurso de apelación, como una manifestación del principio de la doble instancia, procede en esta actuación para las sentencias, bien absolutorias o condenatorias y también para las providencias interlocutorias que se profieran en la fase de juzgamiento de los procesos penales contra aforados constitucionales”[[4]](#footnote-4)*.

En este orden, sin desconocer que la materialización de la segunda instancia contra decisiones diversas a la sentencia, es materia que aún debe ser objeto de reglamentación por el legislador ordinario, como quiera que *“la base normativa es la propia Constitución Política, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004, serán dichos instrumentos los cuerpos normativos a considerar en orden a establecer la procedencia, oportunidad, legitimidad y forma de interposición de los recursos contra los autos interlocutorios y las sentencias que la Sala profiera en el curso de los procesos contra aforados constitucionales, en tanto se legisla específicamente sobre esta materia”*.

Por otra parte, no obstante que la Ley 906 de 2004 no regula la situación de la interposición de los recursos de reposición y apelación, el primero como principal y el segundo subsidiariamente, como sí lo hace la Ley 600 de 2000 (artículo 194), de todas maneras la figura es procedente en el sistema acusatorio, si se aplican por vía de integración (artículo 25 de la Ley 906 de 2004) tanto la Ley 600 de 2000, como los artículos 322 numeral 2º y 352 inciso 2º del Código General del Proceso y del Código de Procedimiento Civil, respectivamente.

**4. De la debida sustentación de los recursos.**

El artículo 178 de la Ley 906 de 2004 (modificado por el artículo 90 de la Ley 1395 de 2010), dispone que el recurso de apelación contra autos se interpondrá, sustentará y correrá traslado a los no impugnantes en la respectiva audiencia y, de ser debidamente sustentado, se concederá ante el superior, en el efecto previsto en el artículo 177 de la misma codificación.

En cuanto tiene que ver con la debida sustentación, la Sala de Casación Penal tiene dicho que *“el recurso de apelación impone a la parte impugnante la carga argumentativa de demostrar el yerro en que incurrió el juzgador en la decisión recurrida, labor en la cual le es exigible que haga manifiestos los argumentos de hecho y de derecho por los cuales estima errada la postura del funcionario de primera instancia. (…) con el propósito de sustentar en debida forma el recurso no basta con manifestar de manera abstracta la inconformidad con el fallo o insistir en los argumentos expuestos en etapas previas de la actuación. Por el contrario, se requiere atacar los fundamentos de la providencia recurrida, pues solo de esta manera es posible para la segunda instancia abordar el ejercicio dialéctico respecto de su acierto y legalidad”* (CSJ AP4870-2017, Rad. 50560).

En el presente asunto, los argumentos expuestos por los aquí impugnantes cumplieron con la carga exigida, en tanto exhibieron las razones de inconformidad con el auto censurado, por manera que constituyen un verdadero ejercicio de contradicción a lo decidido por la Sala.

En consecuencia, se concederán, en el efecto suspensivo, los recursos de apelación interpuestos subsidiariamente por el delegado de la Fiscalía General de la Nación y la defensa de ROBINSON SANABRIA BARACALDO, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 177 de la Ley 906 de 2004.

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

**R E S U E L V E:**

**1. NO REPONER** el auto del 24 de agosto de 2018, mediante el cual se declaró la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la audiencia de imputación adelantada en relación con ROBINSON SANABRIA BARACALDO.

**2. CONCEDER**,en el efecto suspensivo,los recursos de apelación interpuestos como subsidiarios por la Fiscalía General de la Nación y por la defensa del procesado.

Esta determinación queda notificada en estrados.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ**

**Magistrado**

**ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS**

**Magistrado**

ADRIANA HERNÁNDEZ AGUILAR

Secretaria

1. Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Ed. Ariel, S.A. Barcelona, 1986. Pág. 4 y s.s. [↑](#footnote-ref-1)
2. Conforme con la modificación introducida por el artículo 108 de la Ley 1453 de 2011, vigente para la época de los hechos. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ AEP00009-2018, Rad. 51532 [↑](#footnote-ref-3)
4. Cita ut supra. [↑](#footnote-ref-4)