**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA**

**RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ**

**Magistrado Ponente**

**AEP00053-2018**

**Radicación N° 51970**

**Aprobado mediante Acta No. 032**

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

***I. Asunto***

La Sala decide si concede o no los recursos de apelación interpuestos por el fiscal tercero delegado ante la Corte Suprema de Justicia y los defensores de los exgobernadores del departamento de Bolívar JOSÉ JULIÁN VÁSQUEZ BUELVAS y ALBERTO BERNAL JIMÉNEZ, contra la providencia del 30 de octubre del año que discurre.

***II. Antecedentes***

El 22 de enero de 2018, la Fiscalía General de la Nación solicita la preclusión de la indagación impulsada a JOSÉ JULIÁN VÁSQUEZ BUELVAS y a ALBERTO BERNAL JIMÉNEZ. En la audiencia del 1º de octubre de esa misma anualidad, señala que, si bien los indiciados expidieron, cada uno, en fechas diferentes, dos actos administrativos por medio de los cuales reconocieron una indemnización al señor Luis Alberto García Chacón, que ya había sido pagada desde los años 2001 y 2002, esa conducta era atípica, subjetivamente, por ausencia de dolo.

El fiscal tercero delegado ante esta Corporación fundamenta esa posición en los fallos emitidos por la Procuraduría General de la Nación y, si bien aduce que la investigación realizada por dicha entidad es muy “*completa*”, lo cierto es que no arrimó, a esta actuación penal, copias de aquella. En ese orden, considera que la modalidad culposa allí deducida es la que debe regir esta indagación, dadas las circunstancias de tiempo y modo en que se desarrollaron los hechos presuntamente constitutivos de los delitos de prevaricato por acción y peculado culposo.

En ese orden, solicita la preclusión, puesto que no existe prevaricato culposo, y el peculado culposo se encuentra prescrito.

***II. Decisión recurrida***

El 30 de octubre de 2018, esta Sala Especial de Primera Instancia deniega la solicitud de preclusión al considerar que la causal invocada por el ente fiscal no se encuentra probada más allá de toda duda razonable, conforme lo ha decantado la jurisprudencia penal.

La Sala fundamenta la decisión en la ausencia de una verdadera investigación que permita determinar que efectivamente las conductas presuntamente punibles se desarrollaron con culpa y no con conocimiento y voluntad de querer infringir la ley. Por eso, se dijo que el dolo es un elemento sobre el cual en muy pocas ocasiones se aglutina prueba directa, por tanto, el funcionario judicial debe recurrir a datos, elementos indirectos e inferencias que se derivan del contexto en que se presentaron los hechos, pero que, en este evento, no se ejecutaron, en tanto la Fiscalía “*ni siquiera ha emitido órdenes a la Policía Judicial, al menos no se observan en la carpeta, para que intente recoger las evidencias y elementos probatorios que contribuyan a establecer esas circunstancias*”[[1]](#footnote-1).

Se señala, igualmente, que no se encuentra establecida la ausencia del elemento subjetivo*[[2]](#footnote-2)*, en tanto “*subsisten una cantidad de cuestiones por definir que en los fallos de la Procuraduría no se advierten y, así se observaran, no puede soslayarse que, conforme con la jurisprudencia constitucional colombiana, la acción penal y la disciplinaria, a pesar de tener algunas similitudes, son independientes y cada una debe soportarse en sus propios elementos probatorios y evidencias físicas de cara a una valoración en conjunto, máxime en la actualidad cuando el modelo penal acusatorio así lo exige*”.

***III. Recursos interpuestos***

Inconformes con la decisión, el fiscal tercero delegado ante esta Corporación, así como los defensores de los indiciados, interpusieron el recurso de apelación con el propósito de que se revoque la providencia notificada y se decrete la preclusión.

***1. Por parte de la Fiscalía General de la Nación***

Asevera el fiscal que en este estadio no puede exigirse prueba plena, porque legalmente no las hay, sino elementos de conocimiento derivados de información legalmente obtenida, por lo que, en su sentir, no es cierto que el ente fiscal esté obligado a adelantar su propia investigación.

Su inconformidad, entonces, la radica en que la Sala no puede exigir que se realice doble investigación, dado que la efectuada, con mucho “*juicio*”, por la Procuraduría General de la Nación y concretada en los fallos disciplinarios, es suficiente para llevarlo al convencimiento, más allá de toda duda razonable, de la ausencia de imputación subjetiva.

Critica la providencia porque, en su sentir, nada tiene que ver con el aspecto subjetivo el que se desconozca los nombres de las personas que integraban el comité de vigilancia, puesto que con saber que eran empleados del Ministerio de Hacienda bastaba para “*pensar que es serio lo que están diciendo*”; y, además, porque las “*actividades sugeridas por la decisión*” tienen la capacidad de despejar las “*dudas inexistentes*” sobre el punto central del recurso que es la imputación subjetiva.

***2. El defensor de Alberto Bernal Jiménez***

Considera que la Sala no tuvo en cuenta algunos elementos relacionados con la dinámica de la administración pública, como la reestructuración de pasivos, la sentencia que ordenó el pago al señor García Chacón y el trámite ante los funcionarios especializados de la gobernación del departamento de Bolívar que demuestran el contexto particular que existía para el momento de suscribir la resolución censurada.

Así mismo, señala que la actuación de su representado siempre estuvo acompañada por el Ministerio de Hacienda, además, respaldada en las manifestaciones de la señora Lucía Villa, encargada de dicho Ministerio para el seguimiento al procedimiento de reestructuración.

Por otro lado, advierte que no puede soslayarse los principios de la presunción de inocencia y de confianza del indiciado en sus funcionarios, así como que la Fiscalía es la titular de la investigación, ente que, al encontrar la verdad, ha decidido solicitar la preclusión por ausencia de tipicidad subjetiva.

***3. La defensa de José Julián Vásquez Buelvas***

Solicita de la segunda instancia que se revoque la decisión y, en su lugar, se decrete la preclusión habida cuenta que, si bien el artículo 250 de la Constitución Política establece que la Fiscalía está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revisten características de delito; no es menos cierto que el numeral 5º, faculta al ente fiscal para solicitar la preclusión cuando no hubiere merito para acusar. Esa situación fue la que se presentó en este caso y, por eso, considera que no es “*del resorte*” de los magistrados corregir las actuaciones o decirle a la Fiscalía cómo debe hacer su trabajo.

En cuanto al delito de peculado culposo explica que, según la jurisprudencia, se debe atender la calificación realizada por la Fiscalía, la cual puede variarse por el juez, pero no de manera que afecte los intereses del procesado, como ocurre en este evento, pues el ente acusador ha imputado un peculado culposo y, se pretende variar a doloso, sin tener prueba demostrativa de ello.

***IV. Posición del Ministerio Público***

La procuradora tercera delegada para la Investigación y Juzgamiento Penal no interpuso recurso alguno, en la medida que comparte la decisión.

***V. Consideraciones***

El Acto Legislativo 01 de 2018, por medio del cual se modificaron los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política, en el artículo 3º, numeral 6º, establece como una de las funciones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la de resolver los recursos de apelación que “*se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia*…”.

Así, la dinámica propia del recurso de apelación, en este tipo de actuaciones, implica concederlo de manera inmediata, siempre que esté sustentado. No obstante, dada la naturaleza de la decisión y que la solicitud provino de la Fiscalía General de la Nación, esta Sala Especial decidió tomar un espacio para analizar los alcances de la apelación interpuesta por la defensa cuando no ha ejercitado -como no podía hacerlo- de manera directa el derecho de postulación. Ello, lógicamente con base en la jurisprudencia formulada por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal de esta Corporación.

La Fiscalía General de la Nación, es el ente, por excelencia, facultado para el ejercicio de la acción penal, conforme con el artículo 250 de la Carta, en armonía con lo dispuesto en los artículos 231 y 232 de la Ley 906 de 2004 y, en ese mismo sentido, está autorizada para solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la indagación o la investigación cuando advierta que no concurren los elementos necesarios para acusar.

En sentido diverso ocurre con la defensa, la cual se encuentra autorizada para demandar la preclusión, únicamente, en los siguientes eventos: (i) En la etapa de investigación, cuando se vencen los términos previstos en el artículo 175[[3]](#footnote-3) de la Ley 906 de 2004, esto es, para acusar o solicitar la preclusión, según lo establece el art. 294 *idem*[[4]](#footnote-4); y (ii) en la fase de juzgamiento, exclusivamente por las causales consagradas en los numerales 1º y 3º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, según lo expresa el parágrafo de esta norma:

*“Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o* ***la defensa****, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión”.*

A partir de lo anterior, a la defensa se le limita la posibilidad de interponer recursos en los eventos donde el legitimado para solicitar la preclusión es únicamente la Fiscalía General de la Nación, por conducto de uno de sus delegados.

Ello es así, porque si la propia ley procesal penal restringe a esa parte la posibilidad de pedir la preclusión solo en los dos eventos antes citados, mal se haría en habilitarla, a través de la impugnación, cuando la postulación estuvo en cabeza del ente acusador.

En relación con este punto, la Corte Constitucional, en sentencia C-648 de 2010, luego de realizar un análisis de la jurisprudencia sobre la preclusión[[5]](#footnote-5), la parte o interviniente que puede solicitarla[[6]](#footnote-6), las causales, la autoridad encargada de resolverla[[7]](#footnote-7), la etapa procesal y los efectos[[8]](#footnote-8), concluyó que, en la audiencia de preclusión, las víctimas pueden hacer uso de la palabra para oponerse a la petición del fiscal; para allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física. Por el contrario, el Ministerio Público y la defensa sólo están facultados para intervenir, “***pero carecen de facultades (…) de impugnación***”[[9]](#footnote-9).

Por su parte, la Sala de Casación Penal, ha indicado que “*la parte llamada a impugnar la negativa del juez a declarar la preclusión es la misma que se encuentra habilitada para hacer la petición, esto es, la Fiscalía. En ese contexto, los demás intervinientes deben estarse a los argumentos de aquella para, luego, actuar como no recurrentes, ya coadyuvando, ya oponiéndose a las pretensiones del ente acusador, en tanto en las fases de indagación e investigación la ley confirió exclusivamente a este la potestad de postular ese tipo de decisiones; de tal forma que de permitir impugnaciones a una parte diferente comportaría que se facultase a un interviniente diverso para realizar tales peticiones en contra del mandato legal”[[10]](#footnote-10).*

En ese mismo sentido, en auto AP2655, consideró que las providencias, como la que niega la preclusión solicitada por la Fiscalía, admiten el recurso y debe ser valorada “*de conformidad con el sistema de partes implementado en la Ley 906 del 2004, de donde resulta que ese medio de gravamen solamente puede ser propuesto por el sujeto procesal legitimado para hacer la solicitud, en tanto si por mandato legal solamente la Fiscalía puede hacer lo último y esta declina recurrir la negativa del juez, esto es, muestra conformidad con lo resuelto, mal podría permitirse que un interviniente diverso impugnase con la pretensión de que la segunda instancia disponga la preclusión, pues en tal supuesto lo que acontecería en la práctica sería la habilitación de ese recurrente para reclamar y lograr la preclusión, cuando ello solamente está permitido al “dueño” de la acción penal, que lo es la Fiscalía”[[11]](#footnote-11)*.

Y recientemente, en auto AP1880 de 9 de mayo de 2018, hizo alusión a las restricciones de la defensa para solicitar la preclusión:

“*En este sentido, advertida la Sala de la tarea de simple coadyuvancia atribuida a la defensa cuando se trata de la facultad que por ley se atribuye a la Fiscalía para solicitar en la etapa investigativa la preclusión de la acción penal, se ha entendido necesaria consecuencia lógico–jurídica de ello, que similar papel desempeñe en las posibilidades de impugnación, esto es, que al carecer de legitimidad en la pretensión, no puede oponerse de manera directa a la decisión denegatoria y, en consecuencia, su intervención en este caso depende de que la Fiscalía efectivamente controvierta lo resuelto por el A quo, en cuyo caso el traslado para el defensor opera en calidad de no impugnante, limitado por los argumentos del apelante, a fin de coadyuvarlos”[[12]](#footnote-12)*.

En este caso, la solicitud de preclusión fue invocada por el fiscal tercero delegado ante esta Corporación, al considerar que se estructuraba la causal prevista en el numeral 4° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004. Al negarse la petición, se activó el derecho a recurrir la providencia, en tanto se trata de una decisión prevista en el artículo 176[[13]](#footnote-13) de la citada normatividad. No obstante, en aplicación de la jurisprudencia vernácula antes señalada, no procede el recurso interpuesto por la bancada de la defensa, pero sus argumentos se entenderán como actividad propia de la coadyuvancia o simplemente accesoria del trámite[[14]](#footnote-14).

Dicho esto, la Sala concederá, en el efecto suspensivo (art. 177-2 Ley 906 de 2004), el recurso de apelación incoado y sustentado por el representante de la Fiscalía General de la Nación; empero, se denegará el interpuesto por la defensa, entendiéndose sus argumentos como coadyuvancia a los del ente acusador.

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

***Resuelve***

**Primero**: Conceder el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación, en relación con la negativa a la preclusión invocada, en el efecto suspensivo.

**Segundo**: Negar el recurso de apelación incoado por los defensores de los indiciados.

**Tercero:** Remítase la actuación a la Sala de Casación Penal de esta Corporación, para que se surta el recurso de apelación sustentado por el fiscal delegado.

La decisión queda comunicada en estrados.

**Cúmplase.**

**JORGE EMILIO CALDAS VERA**

**Magistrado**

**RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ**

**Magistrado**

**ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS**

**Magistrado**

**ADRIANA HERNÁNDEZ AGUILAR**

**Secretaria**

1. Página 30 de la providencia. [↑](#footnote-ref-1)
2. Al expediente penal no se arrimaron los medios de convicción practicados por la Procuraduría General de la Nación. [↑](#footnote-ref-2)
3. *“El término de que dispone la Fiscalía para formular la acusación, solicitar la preclusión o aplicar el principio de oportunidad, no podrá exceder de treinta (30) días contados desde el día siguiente a la formulación de la imputación, salvo lo previsto en el artículo 294 de este código.*

*La audiencia preparatoria deberá realizarse por el juez de conocimiento a más tardar dentro de los treinta (30) días siguientes a la audiencia de formulación de acusación.*

*La audiencia del juicio oral tendrá lugar dentro de los treinta (30) días siguientes a la conclusión de la audiencia preparatoria”.* [↑](#footnote-ref-3)
4. *“Vencido el término previsto en el artículo 175 el fiscal deberá solicitar la preclusión o formular la acusación ante el juez de conocimiento.*

*De no hacerlo, perderá competencia para seguir actuando de lo cual informará inmediatamente a su respectivo superior.*

*En este evento el superior designará un nuevo fiscal quien deberá adoptar la decisión que corresponda en el término de sesenta (60) días, contados a partir del momento en que se le asigne el caso. El término será de noventa (90) días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados o cuando el juzgamiento de alguno de los delitos sea de competencia de los jueces penales del circuito especializado.*

*Vencido el plazo, si la situación permanece sin definición el imputado quedará en libertad inmediata, y* ***la defensa o el Ministerio Público solicitarán la preclusión al Juez de Conocimiento****”.* [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia C-920 de 2007. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencias C-591 de 2005 y C-806 de 2008. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia C-873 de 2003. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia C-920 de 2007. [↑](#footnote-ref-8)
9. Resalto fuera de texto. [↑](#footnote-ref-9)
10. Autos de 1º y 15 de julio de 2009, 15 de febrero y 27 de julio de 2010, radicados 31.763, 31.780, 31.767 y 34.043, respectivamente. [↑](#footnote-ref-10)
11. CSJ, AP2655, Rdo. 49993, de 26 abril de 2017. [↑](#footnote-ref-11)
12. CSJ, AP1880 9 mayo de 2018, rad. 52169. [↑](#footnote-ref-12)
13. *“Son recursos ordinarios la reposición y la apelación.*

*Salvo la sentencia la reposición procede para todas las decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral e inmediata en la respectiva audiencia.*

*La apelación procede, salvo los casos previstos en este código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra la sentencia condenatoria o absolutoria”.* [↑](#footnote-ref-13)
14. Sentencia C-648 del 24 de agosto de 2010. [↑](#footnote-ref-14)