

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Aprobado Acta No. 124

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013).

VISTOS

Se pronuncia la Corporación sobre el recurso de apelación interpuesto por el representante de la Fiscalía contra la providencia emitida el 27 de noviembre de 2012 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, por cuyo medio negó la preclusión impetrada en favor de la doctora MERCEDES PÉREZ ROLDÁN, Juez Segundo Penal Municipal de Palmira (Valle), en relación con el delito de prevaricato por acción.

ANTECEDENTES RELEVANTES

Ante el Tribunal Superior de Buga, con fundamento en la causal 4 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, el Fiscal 24 Delegado ante el Tribunal de Bogotá solicitó la preclusión de la investigación adelantada contra la Juez Segundo Penal Municipal de Palmira por el delito de prevaricato por acción, con ocasión de dos escritos anónimos que mencionaban prácticas de corrupción en el otorgamiento de la detención domiciliaria a personas involucradas en procesos de tráfico de estupefacientes.

En audiencia del 11 de septiembre de 2012, el Tribunal de instancia escuchó la sustentación de la solicitud y efectuó traslado de la misma a la defensa y al Ministerio Público. Posteriormente, el 27 de noviembre, negó la solicitud impetrada por no estar plenamente demostrada la causal invocada, corrió traslado de la determinación, siendo impugnada por la Fiscalía que allí mismo sustentó el recurso.

#### PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal inicia precisando los hechos atribuidos en los escritos anónimos a la funcionaria, así:

“1-. Que en el municipio de Palmira la abogada GLORIA AMPARO VILLARREAL logra obtener a favor de sus clientes decisiones de detención domiciliaria por medio de dádivas a los jueces que las profieren, siendo uno de ellos el segundo de control de garantías; que las detenciones domiciliarias se conceden incluso a extranjeros sin arraigo en Colombia; que esa situación ha ocurrido en varios casos entre ellos los siguientes: (i) El radicado con el número 2009-00610 adelantado contra LEYDY JOHANA MOSCOSO; (ii) El radicado con el número 2008-0165 adelantado contra MARTHA ARCILA OROZCO; (iii) El radicado con el número 2009-00861 adelantado contra JHON ALEXANDER RIVERA MOLANO; (iii) (sic) El radicado con el número 2009-00363 adelantado contra JUAN CARLOS GALEANO MÁRQUEZ; (iv) El radicado con el número 2009-00692 adelantado contra ANDRÉS FELIPE BEJARANO; (v) un caso de hurto contra el Banco Popular de Palmira. 2-. Que la juez segunda penal municipal de Palmira con funciones de control de garantías MERCEDES PÉREZ ROLDÁN hizo inversiones en la pirámide DRF y perdió más de ciento diez millones de pesos (\$110.000.000), dinero que se desconoce cómo lo obtuvo y que trata de recuperar “a punta de venta de la justicia”, funcionaria que tiene una vistosa camioneta y propiedades que ha conseguido como consecuencia de “su actuar delincuencial”, y que por ello debe ser investigada por enriquecimiento ilícito, abuso de autoridad, tráfico de influencias y concierto para delinquir”.

A continuación resalta cómo la Fiscalía dispuso adelantar una indagación por cada radicado mencionado, correspondiéndole el No. 2009-00692 de Andrés Felipe Bejarano Sánchez a la Fiscalía 24 delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, la cual escuchó en interrogatorio a la indiciada el 19 de abril de 2012 y, posteriormente, imputó el delito de prevaricato por acción a la doctora PÉREZ ROLDÁN (28 de mayo de 2012).

A partir de lo anterior, el Tribunal deduce la imposibilidad de acoger la pretensión preclusiva en tanto la Fiscalía no desplegó ninguna actividad investigativa orientada a dilucidar la supuesta venta de decisiones judiciales denunciada porque se limitó a obtener copias de la actuación adelantada contra Bejarano Sánchez, sin percatarse de que tal como se anunció en la queja, la defensora fue la abogada Gloria Amparo Villarreal. Por ende, considera indispensable aclarar de una vez si la determinación judicial cuestionada es ilegal por haber sido producto de dádivas, pues el delito contra la administración pública no puede estar desligado del contexto dentro del cual se denunció.

Luego se adentra en el estudio de la atipicidad objetiva planteada concluyendo que si bien la sustitución de la medida no estaba prohibida, las condiciones objetivas del proceso indicaban que no estaban dados los presupuestos para concederla, por cuanto la pena mínima de 10 años hacía previsible que el imputado no comparecería al proceso. De igual forma, porque la gravedad y modalidad del punible, esto es, portar 4.000 gramos de cocaína vestido de vigilante en el aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón, señalaban la vinculación de Bejarano Sánchez a una red internacional de tráfico de estupefacientes, situación indicadora de su peligrosidad para la comunidad.

En suma, razona que la juez desatendió los requisitos para conceder la privación domiciliaria consagrados el numeral 1 del artículo 314 de la ley 906 de 2004 resultando su determinación manifiestamente contraria a la ley. Así mismo, rechaza

la tesis de la atipicidad subjetiva por cuanto la ausencia de evidencias sobre este aspecto obedece a que no se investigó dicho tópico, siendo imposible fundar la preclusión en la inactividad del ente acusador. De otra parte, la enfermedad de la hija de Bejarano Sánchez tampoco constituye razón para la mutación de la medida de aseguramiento porque la solicitud no se fundó en que fuera padre cabeza de familia.

## LA IMPUGNACIÓN

El Fiscal 24 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá concreta el reparo en dos aspectos:

i) Cuando la preclusión se solicita después de formulada la imputación, como ocurrió en este caso, el juez sólo puede pronunciarse sobre ese delito, pues dicho acto constituye el marco conceptual dentro del cual deben actuar las partes y los operadores judiciales. En ese orden, no podía el Tribunal negar la preclusión bajo el argumento de que no se investigaron otros hechos porque ello sólo es posible en los eventos donde no se ha formulado imputación.

ii) Aunque la decisión de la doctora PÉREZ ROLDÁN de conceder la sustitución de la medida intramural por domiciliaria a Andrés Felipe Bejarano fue equivocada, no es manifiestamente ilegal porque no estaba prohibida y no existen parámetros predefinidos y unificados sobre los eventos en que procede tal prerrogativa. Además, el análisis debe hacerse ex ante y no ex post, de manera que no puede considerarse la evasión del procesado de la detención domiciliaria otorgada.

## ARGUMENTOS DE LOS NO RECURRENTES

1. El Ministerio Público pide confirmar la decisión en tanto no es cierto, como lo pregona la Fiscalía, que la negativa de la preclusión se funde en la ausencia de investigación de otras conductas punibles referidas en la noticia criminal sino en que se pretermitió el

análisis de las concretas circunstancias fácticas, procesales y probatorias del caso, por manera que no se demostró la causal invocada.

En ese orden, opina, la investigación es incipiente y resulta contradictorio postular la preclusión por atipicidad cuando poco antes se había formulado imputación con base en el artículo 387 de la Ley 906 de 2004, esto es, porque existían elementos materiales probatorios que permitían inferir razonablemente la autoría o participación de la imputada en el delito investigado. Entonces, no resulta comprensible la solicitud de preclusión inmediatamente después de formulada la imputación, máxime cuando no acopió ningún medio de prueba con posterioridad a la formulación del cargo de prevaricato por acción.

2. La doctora MERCEDES PÉREZ ROLDÁN explica que se pronunció sobre la sustitución de la medida porque de un lado no estaba prohibida y del otro, el análisis de los elementos del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, le permitieron colegir la procedencia de la domiciliaria. Además, ha estado dispuesta a entregar estadísticas sobre sus bienes, pero el Fiscal no ha querido recibirle tal información argumentando que sólo investiga los hechos relacionados con el proceso de Bejarano Sánchez.

3. La defensa solicita revocar el auto impugnado en tanto la imputación es una facultad de la Fiscalía de manera que si esa entidad imputa el delito de prevaricato por acción, ese norte no puede ser desconocido por la judicatura bajo el pretexto de que se dejaron de investigar otros hechos.

De igual forma, coincide con el Fiscal en señalar que la determinación de la doctora PÉREZ ROLDÁN pudo ser desacertada pero no manifiestamente ilegal. Por ello, reprocha al Tribunal el análisis de la decisión como si fuera juez de apelación, pues olvidó que en tratándose del delito de prevaricato debe revisar las condiciones y los conocimientos con que contaba la funcionaria al adoptar la determinación calificada de prevaricadora y

no la providencia en sí misma.

En ese orden, opina, la sustitución de la medida no estaba prohibida, motivo por el cual la juez, en ejercicio de la autonomía judicial, realizó el análisis respectivo y otorgó razones de su determinación sin que por ese solo hecho pueda atribuírsele la comisión de ningún delito.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Corte es competente para conocer este asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, por tratarse de un auto proferido en primera instancia por un Tribunal Superior.

En procura de definir la impugnación propuesta, la Sala abordará el estudio de los siguientes tópicos derivados de los argumentos expuestos por las partes e intervinientes: i) Sobre la preclusión de la investigación y ii) Del caso concreto.

### i) La Preclusión de la investigación

Los artículos 250 de la Constitución Política y 200 de la Ley 906 de 2004, atribuyen a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio de la acción penal en virtud de la cual debe investigar los hechos de connotaciones punibles, siempre y cuando obtenga elementos de juicio suficientes sobre su probable configuración.

Así mismo, la Ley 906 de 2004 prevé que cuando la Fiscalía no encuentre mérito para acusar, debe acudir al juez de conocimiento para solicitar la preclusión de la investigación según las causales previstas en la ley.

En ese orden, dicho instituto procesal comporta la terminación de la actuación penal sin agotar todas las etapas del proceso ante la ausencia de mérito para formular cargos en

contra del indiciado o imputado. Se trata, por tanto, de una determinación de carácter definitivo adoptada por el juez con funciones de conocimiento, por cuyo medio se ordena cesar la persecución penal respecto de los hechos materia de investigación.

De esta manera, en el nuevo esquema procesal penal la definición del proceso está adscrita al juez mediante el control de la aplicación del principio de oportunidad, la declaratoria de la preclusión del proceso, o la sentencia.

Los artículos 331 a 335 del citado estatuto regulan la preclusión de la investigación estableciendo que puede ser decretada por el juez de conocimiento en cualquier etapa procesal, a instancias de la Fiscalía, incluso antes de la formulación de la imputación, cuando encuentre acreditada una de las situaciones contempladas en el canon 332:

- “1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.
2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.
3. Inexistencia del hecho investigado.
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este Código”.

También procede la preclusión en cualquier etapa del trámite cuando se verifique la configuración de los motivos de extinción de la acción penal del artículo 77 del Código

Penal, a saber: muerte del imputado o acusado, prescripción, amnistía, oblación, caducidad de la querrela y desistimiento. Y en los previstos en el artículo 82 del Código Penal que, adicional a los anteriores, prevé el pago, la indemnización integral y la retractación en los casos previstos en la ley.

Las causales 1 y 3 del canon 332, relativas a la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal y la inexistencia del hecho investigado, también pueden ser solicitadas por el Ministerio Público o por la defensa en la etapa de juzgamiento.

Adicionalmente, según decisión de la Corte Constitucional<sup>1</sup>, es posible, una vez incoada la preclusión por la Fiscalía, que la defensa coadyuve la petición, invoque una causal no esbozada y controvierta los argumentos de los demás intervinientes, con lo cual el juez tendrá más elementos de juicio al momento de decidir acerca de la procedencia de la solicitud.

Ahora, la normatividad referida no distingue entre la preclusión solicitada en la etapa de la investigación antes de la formulación de la imputación y la impetrada después de la misma, situación comprensible si se considera la estructura progresiva del sistema procesal acusatorio.

En efecto, una vez instaurada la denuncia o iniciada de oficio la indagación, el Fiscal elabora el programa metodológico orientado a constatar la materialidad y autoría de los hechos investigados. Si luego de desplegar amplias y suficientes labores investigativas, a partir de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, logra establecer la configuración del delito e inferir razonablemente la autoría o participación en el mismo, imputará cargos al investigado. Por el contrario, si no obtiene dicha convicción y, además, encuentra presente alguna de las causales previstas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, podrá solicitar la preclusión de la investigación.



También es posible que una vez formulada la imputación se acopien nuevos elementos materiales probatorios que evidencien la configuración de alguna de las causales de preclusión enlistadas en el canon 332 ibídem, evento en el cual la Fiscalía estará legitimada para postular la figura preclusiva.

En ese contexto, la imputación de cargos debe obedecer a un ejercicio responsable de investigación por parte del ente acusador, de forma que no se presenten situaciones como la examinada donde se imputó el delito de prevaricato por acción<sup>2</sup> e inmediatamente después<sup>3</sup>, sin mediar el recaudo de elemento de juicio diferente, se solicitó la preclusión de la investigación. Tal situación se distancia de la estructura procesal diseñada por el legislador y muestra la extrema ligereza del fiscal en el manejo de la investigación a su cargo.

Con todo, es cierto que una vez realizada la audiencia de imputación, en aplicación del principio de congruencia, a las partes y a los operadores judiciales sólo les es dable debatir en torno al cargo imputado, razón por la cual el Tribunal a quo debió pronunciarse exclusivamente sobre la concreción o no del punible imputado. No obstante, ello no significa que la judicatura no pueda examinar el contexto fáctico de la imputación a efectos de corroborar la configuración de la causal de preclusión propuesta, dado el efecto de cosa juzgada de dicha determinación.

Ahora, el Tribunal no fundó la negativa de la preclusión exclusivamente en la omisión de investigar integralmente los hechos denunciados, pues también se refirió con amplitud a la ausencia de prueba de la atipicidad pregonada, motivo por el cual la Sala procede a analizar dicho aspecto.

## ii) Del caso concreto

Considera la Colegiatura a quo que la Fiscalía no demostró la atipicidad en el accionar de la doctora MERCEDES PÉREZ ROLDÁN, pues las condiciones objetivas del proceso

indicaban que no estaban dados los presupuestos para conceder la detención domiciliaria en tanto la gravedad y modalidad del delito permitían prever que el imputado no comparecería al proceso y representaba peligro para la comunidad.

Frente a esta postura, la Fiscalía como impugnante y la defensa técnica y material como no recurrentes, plantean la inexistencia de actuar delictivo, pues aunque la decisión del 8 de abril de 2009 pueda calificarse de equivocada, no es manifiestamente ilegal, en tanto i) no estaba prohibida; ii) no existe consenso sobre los eventos en que procede la sustitución de la medida; iii) la juez actuó en ejercicio del principio de autonomía judicial y entregó razones sobre su determinación.

Visto lo anterior, la Sala recuerda cómo constituye carga ineludible de la Fiscalía demostrar la causal de preclusión invocada, lo cual implica entregar a la judicatura elementos de juicio que comporten certeza, plena prueba o conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la estructuración de la misma. Excepcionalmente<sup>4</sup> se puede llegar a ella por aplicación del principio in dubio pro reo previsto en los artículos 29 de la Carta Política y 7º de la Ley 906 de 2004, siempre y cuando se haya desplegado un trabajo investigativo integral sobre todas las hipótesis delictivas derivadas de la noticia criminal y agotado el acopio de los medios de convicción racionalmente recaudables, sin que se pueda despejar la incertidumbre en torno a los elementos del delito.

En el evento examinado, la Corte encuentra que la Fiscalía no demostró la causal postulada por cuanto las circunstancias particulares del caso demandaban un amplio esfuerzo investigativo para establecer el contexto dentro del cual se emitió la determinación cuestionada, trabajo que no fue desplegado por el ente investigador, que sin mayores argumentos coligió la atipicidad sin que la Sala conozca los elementos en los cuales fundamenta su conclusión.

Es decir, la atipicidad no puede deducirse de los exiguos elementos de juicio hasta ahora aportados, constituidos en forma exclusiva por las copias de la actuación y el interrogatorio de la indiciada porque resultan insuficientes para acreditar la causal propuesta.

Además de lo anterior, a modo de ejemplo, la Fiscalía pudo verificar si existen decisiones de la imputada en asuntos similares y de ser así, cuáles fueron sus posturas jurídicas, si tuvo como soporte algún precedente jurisprudencial para casos análogos que la llevaran a decidir en la forma en que lo hizo, así como todo aquello que permita corroborar la tesis de la atipicidad objetiva y subjetiva.

Por tanto, el ente acusador olvidó explicar y demostrar por qué a pesar de su desacierto, la decisión no es manifiestamente contraria a la ley y por qué la doctora PÉREZ ROLDÁN no actuó con dolo, a pesar de los señalamientos que en tal sentido se le hacen en los escritos origen de la investigación.

Y aunque en torno de las medidas de aseguramiento la ley procesal penal otorga al juez cierto grado de discrecionalidad para el análisis y estudio de los elementos previstos en los artículos 308 y 314-1 de la Ley 906 de 2004, esto es, para determinar si el imputado puede obstruir la administración de justicia, constituir un peligro para la sociedad o la víctima y si comparecerá al proceso, lo cierto es que esa labor no depende del arbitrio del juez porque debe guiarse por los criterios establecidos en la ley.

De esta manera, aunque el pronóstico está sujeto a la verificación de las condiciones particulares en cada caso, la judicatura debe respetar las pautas legales, por ejemplo, las referidas a la gravedad, modalidad de la conducta y la pena imponible, parámetros que en el evento examinado, tal como lo adujo el a quo, no fueron considerados por la funcionaria investigada, situación que debía ser explicada con suficiencia por el ente acusador si pretendía demostrar la atipicidad postulada.

En ese orden, si la decisión de la doctora MERCEDES PÉREZ ROLDÁN le resultaba errada, la Fiscalía no podía limitarse a sustentar la pretensión preclusiva con tan precarios medios de convicción, máxime cuando en la denuncia se le entregaban diversos datos a partir de los cuales podía explorar otras hipótesis a efectos de corroborar o descartar si la determinación se produjo como consecuencia de un yerro en la valoración de los requisitos para sustituir la detención intramural por domiciliaria o por otras circunstancias.

En tales condiciones, al no estar probados a cabalidad los presupuestos de la causal de preclusión alegada, se debe negar la pretensión de la Fiscalía y confirmar lo decidido por el Tribunal Superior de Buga.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

1º. Confirmar el proveído del 27 de noviembre de 2007 proferido por el Tribunal Superior de Buga, conforme a las razones expuestas en la parte considerativa de esa decisión.

2º. Informar que esta determinación queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO  
CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ  
FERNÁNDEZ

MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Sentencia C-648 del 24 de agosto de 2010, por cuyo medio se declaró inexecutable la expresión “en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal”, del artículo 333 de la Ley 906 de 2004, así: “En efecto, la expresión “en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal”, del artículo 333 de la Ley 906 de 2004, si bien tiene sentido en relación con las víctimas y el Ministerio Público, constituye una medida de intervención desproporcionada del legislador en el ejercicio del derecho de defensa del procesado, por cuanto no busca la consecución de ningún fin constitucionalmente admisible. Sin lugar a dudas, permitirle a la defensa tan sólo una intervención limitada, excepcional y poco consecuente con su actuación en el curso de una audiencia de petición de preclusión, es una medida que no apunta a (i) racionalizar un proceso penal de corte acusatorio; (ii) tampoco constituye un rasgo definitorio o esencial de aquél, ni (iii) mucho menos atenta contra los derechos y las garantías de las demás partes e intervinientes en el proceso. Por el contrario, facultar al defensor del imputado para que interviniera no sólo en caso de oponerse a la petición del fiscal, sino además cuando desee desplegar otras actuaciones más acordes con su papel en el proceso penal, tales como (i) coadyuvar a la solicitud de la Fiscalía; (ii) alegar una causal de preclusión distinta de la planteada por la órgano investigador; o (iii) controvertir los argumentos de los demás intervinientes, le permitirá al juez de conocimiento contar con más elementos de juicio al momento de decidir acerca de la procedencia de petición de preclusión”.

2 El Tribunal y la Fiscalía informan que se efectuó imputación del delito de prevaricato por acción el 28 de mayo de 2012 ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Buga; sin

embargo, en el expediente examinado por la Sala no figuran las actas respectivas.

3 La solicitud de preclusión es del 24 de agosto de 2012.

4 En este sentido se ha pronunciado la Sala en anteriores ocasiones, por ejemplo en el proveído del 14 de noviembre de 2012, Rad. No. 40128.