

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Aprobado Acta No. 378

Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de dos mil trece (2013).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de víctimas contra la providencia emitida el 16 de octubre de 2012 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, por cuyo medio precluyó la investigación adelantada por los delitos de falsedad ideológica en documento público, prevaricato por acción y por omisión en contra el doctor LUIS ALBERTO REYES HERRERA, fiscal especializado de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

ANTECEDENTES RELEVANTES

Ante el Tribunal Superior de Bogotá, el 14 de marzo de 2012, con fundamento en la causal 4 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, la fiscalía radicó solicitud de preclusión de la investigación adelantada en contra del doctor LUIS ALBERTO REYES HERRERA, denunciado por el coronel Publio Hernán Mejía Gutiérrez, por la supuesta comisión de los delitos de: i) falsedad ideológica en documento público por haber consignado en el auto del 17 de febrero de 2009, emitido en el proceso No. 3834, que los términos estuvieron suspendidos en razón al paro judicial, afirmación que considera contraria a la verdad; ii) prevaricato por acción por negar el cierre investigativo deprecado por la

defensa y, iii) prevaricato por omisión al exceder el término máximo de instrucción previsto en la ley.

En audiencia del 16 de abril de 2012 el Tribunal escuchó la sustentación de la solicitud y efectuó traslado de la misma a la defensa (material y técnica) y al abogado de confianza del denunciante¹; posteriormente, el 16 de octubre del mismo año, decretó la preclusión investigativa por la causal de atipicidad objetiva propuesta por la fiscalía, determinación impugnada por el apoderado del denunciante.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal a quo reseña los elementos materiales probatorios recaudados por la Fiscalía en pos de verificar la materialidad de la conducta y la participación del indiciado en la misma y analiza las características de la atipicidad objetiva y de los delitos atribuidos al indiciado.

Enseguida revisa el cargo relacionado con la falsedad ideológica en documento público, coligiendo que la providencia del 17 de febrero de 2009 no contiene aseveraciones contrarias a la realidad y que la denuncia obedece a una desafortunada lectura de la misma, por cuanto en ella no se dice que la Fiscalía Catorce de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario no laboró entre el 3 de septiembre y el 16 de octubre de 2008 sino que el paro judicial influyó negativamente en el desarrollo de esa actuación, tal como lo hizo constar cuando se desplazó a la ciudad de Barranquilla.

Frente al delito de prevaricato por acción el Tribunal señala que el doctor REYES HERRERA mediante providencia del 23 de febrero de 2009 clausuró parcialmente la investigación al considerarla perfeccionada respecto del concierto para delinquir, más no así en relación con el homicidio agravado, motivo por el cual dispuso la ruptura de la unidad procesal.

En ese contexto, advera, el cierre parcial de la investigación no es manifiestamente contrario a la ley, pues está autorizado por el artículo 394 de la Ley 600 de 2000 que faculta al fiscal a decretar clausuras parciales frente a determinados delitos o con relación a algunos procesados.

Lo anterior con mayor razón cuando las explicaciones otorgadas por el indiciado para sustentar el cierre parcial son razonables y se ajustan plenamente a la ley, a saber: i) la complejidad de la investigación por versar sobre el homicidio de 19 personas, ii) los expedientes de la jurisdicción penal militar llegaron diez días antes de la clausura investigativa y, iii) la indagatoria no agota las pesquisas necesarias para perfeccionar la instrucción.

De otra parte, el Tribunal considera que el hecho de sobrepasar el lapso instructivo no configura el delito de prevaricato por omisión, dada la complejidad del asunto, máxime cuando el funcionario no omitió, retardó, rehusó o denegó un acto propio de sus funciones; por el contrario, para cumplir con el deber constitucional de esclarecer los delitos de especial gravedad, continuó la investigación hasta perfeccionarla.

Constituye un contrasentido, agrega, pregonar el prevaricato por acción y por omisión por el cierre parcial decretado, pues un mismo acto no puede entrañar simultáneamente esas dos conductas ilícitas.

LA IMPUGNACIÓN

El apoderado del coronel Publio Hernán Mejía Gutiérrez solicita revocar la preclusión dispuesta por cuanto la Sala mayoritaria incurrió en grave error de interpretación al analizar los acontecimientos denunciados, tal como lo puso de presente el magistrado que salvó voto.

Cuestiona que la fiscalía haya saltado del plan metodológico a la solicitud de preclusión sin efectuar la imputación y la acusación, pues en su opinión existen situaciones de suma gravedad que no quedaron claras y deben dilucidarse, por ejemplo, el peso de las pruebas practicadas con posterioridad al cierre de investigación, máxime cuando desde sus albores la indagación se orientó a investigar el punible de homicidio sin que en su desarrollo surgieran otros hallazgos que comportaran nuevas imputaciones.

Refiere que la denuncia del coronel Mejía Gutiérrez ha dado vueltas por más de 30 despachos judiciales a lo largo de tres años, circunstancia por la cual se perdieron algunos documentos anexos.

Señala que cuando el fiscal clausuró parcialmente la investigación practicó dos pruebas sin incidencia en las pretensiones de la defensa o en la resolución de acusación, de suerte que se trató de una maniobra orientada a impedir resultados en favor en la defensa, pues el vencimiento de términos tiene consecuencias jurídicas en la libertad del procesado, quien llevaba más de 24 meses en detención intramural.

De otra parte, añade, si el fiscal consideraba que la investigación era compleja debió manifestarlo en la decisión cuestionada y no decir una cosa que no ocurrió, máxime cuando no podía suspender términos por el cese de actividades de los demás funcionarios si él no estaba en paro. Tampoco podía congelar el proceso A y seguir trabajando en el proceso B.

De otra parte, advera, la diligencia de Barranquilla aducida por el fiscal como ejemplo del influjo negativo del paro judicial en su actividad investigativa sí se realizó, al punto que los medios de comunicación estuvieron presentes. Por ello, opina, el Tribunal no valoró en forma completa la secuencia de los hechos.

Considera que el punible de falsedad se configura por cuanto se procede contra un

servidor público que en ejercicio de sus funciones extendió un documento público con capacidad de servir de prueba en el cual consignó una afirmación mendaz, pues el fiscal continuó trabajando sin suspender términos procesales, en apoyo de lo cual aportó numerosas decisiones proferidas en ese lapso. En ese orden, opina, la intención del indiciado fue dividir el proceso y modular el lapso investigativo más allá de lo permitido en la ley.

Así mismo, afirma, ni siquiera la complejidad de una investigación permite dilatar los términos procesales, menos en un evento como el examinado donde la actuación no ostentaba la densidad pregonada porque se refería a una sola operación militar realizada en un único sitio, siendo suficientes los veinticuatro meses de instrucción previstos en la ley.

De otra parte, agrega, el prevaricato por acción no nace en el cierre de la investigación sino en la solicitud de la parte de clausurar la fase instructiva por vencimiento de términos, momento en el cual el fiscal aduce que por el paro judicial puede extender el plazo, decisión contraria a derecho porque se trata de un hecho que prima facie no es cierto, resultando arbitrario e injusto.

Considera que existen hechos por investigar en relación con los punibles atribuidos al fiscal REYES HERRERA. De igual forma, aduce, es posible que al profundizar la indagación se encuentre que el funcionario no actuó con dolo, pero esa información actualmente no existe en el proceso, luego no se puede dictar preclusión por atipicidad subjetiva, máxime cuando la argumentación de la fiscalía, del tribunal o de cualquier otro interviniente no contempló esa hipótesis.

En suma, concluye, el a quo incurrió en un triple error, pues i) la tipicidad objetiva del delito de falsedad ideológica en documento público se cumple, en tanto el fiscal en ejercicio de sus funciones consignó en el auto del 17 de febrero de 2009 una mentira; ii)

dicha situación es contraria a la ley y prima facie vulnera los derechos fundamentales del coronel Mejía Gutiérrez; iii) además, irrespeto, por vía de omisión, la garantía constitucional de los términos, los cuales existen como control de la actividad judicial.

ARGUMENTOS DE LOS NO RECURRENTES

1. La Fiscalía pide reconsiderar la condición de víctima del denunciante Mejía Gutiérrez porque no acreditó un daño concreto derivado del accionar del doctor LUIS ALBERTO REYES HERRERA, en tanto las consecuencias aducidas se derivan de una inadecuada valoración del proceso matriz y no de la actuación seguida contra el citado funcionario.

De otra parte, considera que los argumentos entregados para sustentar el recurso no se compadecen con la decisión del Tribunal, pues ninguno apunta a controvertir las razones fácticas, jurídicas y jurisprudenciales de la decisión, motivo por el cual solicita declararlo desierto.

Subsidiariamente aduce que la imputación de cargos y la formulación de acusación no constituyen presupuesto para impetrar la preclusión de la investigación, por manera que tal argumento carece de sentido en tanto la investigación integral no opera en el sistema procesal actual como sí sucedía en la Ley 600 de 2000. En el evento examinado, añade, investigó ponderadamente sin hallar elementos materiales probatorios que permitan imputar cargos, por cuanto objetivamente no se configura ninguna de las conductas denunciadas.

No hay falsedad ideológica, adversa, porque el fiscal no dijo en el auto del 17 de febrero de 2009 que suspendía los términos sino que la actividad judicial estuvo afectada por fuerza mayor originada en la actividad de otros. En tal sentido, señala, la mayoría de fiscales de la Unidad de Derechos Humanos declararon esa situación en los procesos

donde no pudieron realizar las actividades probatorias previamente ordenadas. Por tanto, nunca se suspendieron los términos porque ese acto sólo lo pueden hacer las secretarías de las unidades, de suerte que el fiscal simplemente prorrogó la investigación para recaudar unas pruebas que consideraba fundamentales.

Finalmente, aduce, el proceder examinado además de atípico no es antijurídico porque no generó daño alguno, dado que el coronel Mejía Gutiérrez siempre tuvo la posibilidad de controvertir las decisiones del fiscal REYES HERRERA.

2. El Ministerio Público manifiesta estar de acuerdo con la determinación porque resulta viable acudir directamente a la preclusión en los eventos donde no hay prueba para imputar o acusar, siempre que se cumplan las exigencias de los artículos 332 de la Ley 906 de 2004.

De igual forma porque la causal invocada, relativa a la atipicidad, se configura en las tres conductas denunciadas, pues suspensión y prórroga de términos son figuras jurídicas diferentes. Siendo ello así, lo consignado en el auto censurado es la prórroga de la investigación, medida permitida en el artículo 163 de la Ley 600 de 2000, circunstancia que descarta la falsedad ideológica denunciada.

En otro sentido, añade, con el cierre parcial de la investigación el fiscal desplegó un único comportamiento respecto del cual no puede predicarse al mismo tiempo el prevaricato por acción y por omisión, menos aun cuando el cierre parcial está permitido, motivo que elimina cualquier connotación delictiva de ese acto. Además, si el prevaricato se aduce por la prórroga de los términos, ello ocurrió por fuerza mayor, dada la complejidad del caso.

Finalmente, afirma, la complicación del caso constituye un elemento relacionado con la ausencia de responsabilidad y por ello la preclusión debió apoyarse en la causal 2 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004. Con todo, esa circunstancia también puede

configurar un elemento negativo del tipo, siendo posible acudir a uno u otro motivo preclusivo.

3. El doctor LUIS ALBERTO REYES HERRERA manifiesta que siempre ha reconocido, incluso en el auto cuestionado, que el término de instrucción se superó. Sin embargo, esa dilación estaba justificada no sólo por lo ocurrido en el proceso sino en otras actuaciones donde se debió declarar la fuerza mayor por el cese de actividades de la rama judicial. De otra parte, la constancia que dejó en el proceso sobre el traslado a la ciudad de Barranquilla no es mentirosa, como aduce el apoderado de víctimas, pues en ella se aclaró que ante el cierre de la sede de la fiscalía habilitó otro lugar para practicar la diligencia.

Considera que la investigación era bastante compleja por versar sobre muchos hechos y procesados y comportar un trámite incidental dispendioso, situación que demandó su desplazamiento a diferentes ciudades. De igual forma manifiesta que siempre actuó diáfananamente, siendo injusto que se ponga en tela de juicio su actuación en otras instructivas porque ésta es la única indagación en su contra.

4. El defensor pide mantener la decisión del a quo porque el cotejo entre la denuncia y las explicaciones del doctor REYES HERRERA permite concluir cómo la queja obedece a una equivocada lectura del coronel Mejía Gutiérrez del auto del 17 de febrero de 2009, pues en él no se consignó ninguna falsedad; por el contrario, la decisión de extender la investigación se debió a la situación de fuerza mayor generada por el paro judicial, la cual, además, desestima la configuración de los delitos atribuidos al funcionario.

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 legitimidad del denunciante para intervenir como víctima en la actuación; ii) Si se sustentó el recurso; iii) Del caso concreto: a) Del delito de falsedad ideológica en documento público, b) Del prevaricato por acción y c) Del prevaricato por omisión.

i) Legitimidad para intervenir como víctima

Como la fiscalía, en calidad de no recurrente, cuestiona la legitimidad del coronel Publio Hernán Mejía Gutiérrez para intervenir en la audiencia de preclusión porque en su criterio no acreditó un daño concreto derivado de las conductas criminosas atribuidas al doctor LUIS ALBERTO REYES HERRERA, la Sala revisará su estatus dentro de esta actuación, pues de prosperar dicha censura no habría lugar a desatar la impugnación.

De acuerdo con lo decantado por la Corporación, en los punibles contra la administración pública y de justicia la víctima es el conglomerado social en su conjunto por tratarse de tipos penales que sancionan el mal uso de la función y del cargo, por manera que el juicio de reproche se circunscribe a determinar si con la conducta atribuida al funcionario se afectó la credibilidad e integridad de la administración y el funcionamiento del sistema jurídico administrativo. En otras palabras, el comportamiento del sujeto activo se estudia en sí mismo con independencia de los efectos respecto de terceras personas.

Igual sucede con el punible de falsedad ideológica en documento público, donde la principal afectada es la credibilidad en el contenido de los documentos públicos y, por ende, la sociedad en general como depositaria de ese valor social.

Con todo, si como consecuencia de uno de esos punibles resulta afectado un particular, adquiere la calidad de perjudicado, condición que lo legitima para intervenir en el proceso siempre y cuando señale un daño real y concreto derivado del proceder investigado, situación que debe verificarse en cada caso .

Además, al emitir la Ley 906 de 2004 el legislador colombiano optó por el término víctima para referirse a todas las personas naturales o jurídicas que individual o colectivamente han sufrido algún daño como consecuencia del injusto, dentro de las cuales, obviamente, se encuentran los perjudicados en tanto también han padecido un menoscabo derivado del delito.

De esta manera, en la actual sistemática procesal penal, respecto de la intervención en el proceso penal, dicha locución hace referencia tanto a las víctimas directas (sujeto pasivo del delito) como a los perjudicados o víctimas indirectas del punible².

En el evento examinado el coronel Mejía Gutiérrez fue reconocido como víctima por el Tribunal sin suministrarse ninguna explicación sobre tal situación y sin que las partes e intervinientes manifestaran oposición en la oportunidad pertinente.

Con todo, encuentra la Sala que si se llegasen a configurar las hipótesis delictivas denunciadas, sería factible pregonar la afectación del debido proceso del quejoso, situación que le reportaría un daño concreto a sus derechos, razón por la cual se encuentra legitimado para intervenir en este trámite procesal.

Lo anterior, además, porque la ley y la jurisprudencia exigen la acreditación de un perjuicio real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste, pudiendo ser de orden material o moral, cometido que puede lograrse con la simple argumentación que concatene la situación del peticionario frente a los sucesos base de los cargos atribuidos al indiciado, acompañada de la prueba sumaria de la legitimidad para intervenir. Obviamente, sólo con la sentencia se consolidará tal condición, deviniendo

necesario iniciar en ese momento el incidente para determinar la indemnización o medida de reparación correspondiente.

ii) Sustentación del recurso

Dado que la Fiscalía pide declarar desierto el recurso de apelación incoado por el apoderado del coronel Mejía Gutiérrez al considerar que no fue sustentado en debida forma, la Sala revisará dicho tema, en forma prioritaria.

Desde la emisión de la sentencia de la Corte Constitucional C-209 del 21 de marzo de 2007, constituye un aspecto pacífico en la jurisprudencia nacional que las víctimas, en punto de la preclusión de la investigación, están facultadas para impugnar tal determinación.

Siendo ello así, la Sala observa cómo en el evento bajo examen, la pretensión de la fiscalía no puede prosperar por cuanto el apoderado de víctimas, aunque de manera deshilvanada, controversió aspectos esenciales de la determinación impugnada por cuanto señaló las razones por las cuales considera que, contrario a lo decidido por el a quo, los delitos denunciados sí se configuran y por qué la causal de atipicidad objetiva argüida en la decisión no se concreta.

Por tanto, el recurrente expuso razones concretas en torno a su disenso, motivo por el cual la Sala conocerá del recurso para decidir de fondo sobre las censuras formuladas.

iii) Del caso concreto

Son tres los delitos atribuidos por el quejoso al doctor LUIS ALBERTO REYES HERRERA, a saber:

i) Falsedad ideológica en documento público por haber consignado en el auto del 17

de febrero de 2009 que los términos estuvieron suspendidos en razón al paro judicial; ii) Prevaricato por acción por negar el cierre investigativo deprecado por la defensa y optar por la clausura parcial y, iii) Prevaricato por omisión al exceder el término máximo de instrucción de 24 meses previsto en la ley.

Frente a estos cargos, con fundamento en la causal 4 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, relativa a la atipicidad de la conducta, la fiscalía solicitó precluir la investigación, postulación aceptada por el Tribunal a quo.

En razón de lo anterior, en atención a los reproches formulados y a los argumentos suministrados por el Tribunal, las partes e intervinientes en el debate surtido en primera instancia, la Corte procede a revisar los cargos con el propósito de establecer si se configuran los delitos atribuidos al doctor REYES HERRERA, como lo aduce el impugnante, o si son atípicos objetivamente, como se afirma en la decisión confutada.

a. De la falsedad ideológica en documento público

El auto del 17 de febrero de 2009 proferido dentro del proceso No. 3834, seguido contra el coronel Publio Hernán Mejía Gutiérrez y otros ex militares por los delitos de concierto para delinquir agravado y homicidio en persona protegida, contiene la siguiente manifestación tachada de falsa por el impugnante:

“4. De conformidad a memorial presentado por la defensa, en relación al vencimiento de términos de instrucción tenemos que al tenor de lo normado por el art. 329 de la ley 600 de 2000, en efecto el termino (sic) de instrucción no puede superar los (24) meses, los cuales contados a partir de nuestra resolución de fecha febrero (8) de (2007) a la fecha se encuentran superado en (9) días, empero son aplicables en este evento las

previsiones normativas del art. 166 de la ley 600 de 2000 donde se contempla la suspensión de los términos, cuando no halla (sic) despacho al publico (sic) por fuerza mayor o caso fortuito, es de todos conocido que durante el lapso de Septiembre 3 a Octubre 16 del año inmediatamente anterior, la actividad judicial estuvo suspendida por el llamado “paro judicial”, así las cosas este evento se erige como una fuerza mayor, que implica la suspensión de los términos y garantiza aun (sic) mas (sic) los derechos de los procesados, permitiendo aun, para este momento, la practica (sic) de pruebas en tiempo, mas (sic) sin embargo una vez evacuado este auto se procederá por el despacho a la clausura de la investigación”³.

El delito de falsedad ideológica en documento público está descrito de la siguiente manera en el artículo 286 del Código Penal:

“El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años”⁴.

Se entiende por tipicidad la adecuación de un comportamiento a la descripción de una conducta contenida en la ley penal. Por ende, para que pueda pregonarse la configuración de esta categoría jurídica resulta necesario que la identidad entre el proceder investigado y la genérica delineación del tipo sea integral, es decir, que todos los aspectos considerados en la norma concurren en la acción u omisión investigada, pues si falta cualquier elemento no se concreta el delito y la actuación deviene atípica.

Ahora, la conducta debe ajustarse a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo), tales como sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento, y de otra, debe cumplir con la especie de conducta (dolo, culpa o preterintención) establecida

por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo), en el entendido de que, acorde con el artículo 21 del Código Penal, todos los tipos de la parte especial corresponden a conductas dolosas, salvo que la ley prevea expresamente que se trata de proceder culposos o preterintencionales.

Pues bien, para determinar si el comportamiento del doctor REYES HERRERA se adecúa al tipo objetivo examinado debe analizarse cada uno de sus elementos, así:

Elemento del tipo

Se configura?

Explicación

Que se trate de un servidor público

SI

El indiciado es fiscal especializado, nombrado por resolución No. 0-0650 del 1/3/07 y acta de posesión del 7 de marzo del mismo año (Folios 28 y 29 del C. No. 2)

En ejercicio de sus funciones

SI

La decisión fue proferida en desarrollo de las labores que como fiscal delegado desempeña el indiciado

Al extender documento público que pueda servir de prueba

SI

La resolución del 17 de febrero de 2009 es un documento público con aptitud legal de probar diversas situaciones

Consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad

NO

Las afirmaciones contenidas en la determinación cuestionada se resumen así:

- a. Se reconoce el vencimiento de términos. Hecho VERDADERO
- b. Se menciona la realización de un paro en el sector judicial entre el 3 de septiembre y el 16 de octubre de 2008, suceso que en VERDAD acaeció.
- c. A partir de lo anterior, el fiscal considera aplicable al proceso el artículo 166 de la Ley 600 de 2000, relativo a la suspensión de términos por fuerza mayor o caso fortuito.

Este aparte no es un hecho respecto del cual pueda afirmarse su ajuste o no a la realidad. Se trata de una valoración jurídica, cuyo acierto no se determina en punto del delito de falsedad.

La confrontación de la resolución suscrita por el doctor REYES HERRERA con el contenido del artículo 286 del estatuto penal nacional arroja como resultado que no están presentes todos los elementos del tipo, situación que impone ratificar la decisión impugnada por cuanto se configura la causal de atipicidad objetiva pregonada por la fiscalía y decretada por el Tribunal.

Lo anterior por cuanto en la resolución del 17 de febrero de 2009 el doctor LUIS ALBERTO REYES HERRERA no consignó ningún hecho falso, pues aunque adujo que al caso le era aplicable el artículo 166 de la Ley 600 de 2000, referido a la suspensión de términos por fuerza mayor o caso fortuito, tal afirmación no constituye un acontecimiento

histórico respecto del cual se pueda afirmar o infirmar su existencia, pues se trata de una interpretación jurídica aplicada a un suceso realmente acaecido (el cese de actividades en el sector judicial). En ese contexto, si bien es posible cuestionar la hermenéutica dada por el funcionario al precepto, la misma no configura la manifestación mendaz propia del delito de falsedad.

De esta manera, el acierto o desacierto de la interpretación dada por el doctor REYES HERRERA al artículo 166 de la Ley 600 de 2000 y su aplicación en el referido proceso debía revisarse en relación con el punible de prevaricato por acción por ser el tipo penal que recoge el supuesto fáctico propuesto, esto es, aplicar una norma impertinente.

Sin embargo, considerando dicho reproche planteado en la queja y aducido por el impugnante al señalar la improcedencia de suspender términos, la Sala advierte que tampoco se configura el delito mencionado porque el simple desacierto de una decisión no materializa esa conducta delictiva en tanto también se requiere que la decisión sea “manifiestamente contraria a la ley”, situación que no concurre en este caso.

En efecto, una determinación es ostensiblemente contraria a la ley cuando de bulto, a simple vista, sin mayor esfuerzo se detecta su contrariedad con ella. En el caso de la especie, aunque la resolución proferida por el doctor REYES HERRERA pueda ser calificada de equivocada, no se observa abiertamente contraria al ordenamiento jurídico en la medida que el cese de actividades de la rama judicial existió y perturbó la labor de los despachos judiciales, incluidos los que no se unieron al paro, en tanto la administración de justicia es ejercida por múltiples operadores jurídicos que conforman un engranaje susceptible de ser afectado cuando un sector del sistema suspende labores, verbi gratia, retrasando diligencias y dificultando la práctica de pruebas ordenadas con antelación⁵.

Por ende, la interpretación del contexto fáctico vivido por los operadores jurídicos de la

fiscalía con ocasión del paro judicial, aunque pueda ser calificada de desacertada, no se vislumbra abruptamente alejada de la normatividad, pues el cese de actividades en la rama judicial en verdad ocurrió y aunque no impidió el ejercicio de las labores del indiciado, sí las dificultó, circunstancia que objetivamente permitía considerar la fuerza mayor habilitadora de la suspensión de términos.

En suma, contrario a lo sostenido por el recurrente, en la resolución del 17 de febrero de 2009 no se consignó que la Fiscalía 14 de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario participó del cese de actividades de los empleados de la rama judicial. Lo allí sostenido fue que el paro judicial constituyó causal de fuerza mayor posibilitadora de la suspensión de términos, interpretación que si bien puede ser calificada como desacertada, no se muestra abruptamente alejada de la ley, dado el contexto fáctico de la época en que el indiciado tramitó el proceso en contra del coronel Mejía Gutiérrez.

a. Del prevaricato por acción

Según el denunciante este delito se concreta porque el doctor LUIS ALBERTO REYES HERRERA negó la clausura investigativa deprecada por la defensa en razón al vencimiento de términos. En ese orden, cuestiona el cierre parcial decretado por el fiscal instructor y el irrespeto del plazo legalmente establecido para adelantar la investigación.

Pues bien, la revisión de expediente indica que la defensa del coronel Publio Hernán Mejía Gutiérrez solicitó el cierre investigativo, petición que el doctor REYES HERRERA desestimó mediante auto del 17 de febrero de 2009, al considerar que la instrucción no estaba perfeccionada y que el artículo 166 del Código de Procedimiento Penal lo autorizaba para extender los términos en razón al paro del sector judicial,

pues tal situación configuraba la causal de fuerza mayor reseñada en la norma. Así mismo, en proveído del 23 de febrero del mismo año, dispuso la clausura de la investigación respecto del delito de concierto para delinquir, lo cual comportó la ruptura de la unidad procesal en relación con el punible de homicidio agravado.

El delito de prevaricato por acción está definido en el artículo 413 de la siguiente manera:

“El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”⁶.

De esta manera, el prevaricato por acción precisa de una resolución, dictamen o concepto ostensiblemente contrarios a la legislación, de forma tal que su contenido, sin mayor dificultad, torna notoria la ausencia de fundamento fáctico y jurídico, así como su contradicción con la normatividad, rompiendo abruptamente la sujeción que en virtud del artículo 230 de la Carta Política deben los funcionarios judiciales al texto de la ley.

Así ocurre, por ejemplo, cuando las decisiones se sustraen sin argumento alguno al texto de preceptos legales claros y precisos, o cuando los planteamientos invocados para ello no resultan de manera razonable atendibles en el ámbito jurídico, *verbi gratia*, por responder a una palmaria motivación sofística grotescamente ajena a los medios de convicción o por tratarse de una interpretación contraria al nítido texto legal.

Con un tal proceder debe advertirse la arbitrariedad y capricho del servidor público que adopta la decisión, en cuanto producto de su intención de contrariar el ordenamiento jurídico, sin que, desde luego, puedan tildarse de prevaricadoras las providencias por el único hecho de exponer un criterio diverso o novedoso y, de manera

especial, cuando abordan temáticas complejas o se trata de la aplicación de preceptos ambiguos, susceptibles de análisis y opiniones disímiles⁷.

En ese orden, encuentra la Sala que la determinación de negar el cierre de investigación respecto de todos los hechos y optar por la clausura parcial no configura el aludido delito por cuanto no es una decisión manifiestamente contraria a la ley. Por el contrario, el cierre parcial es una figura jurídica propia del sistema procesal contenido en la ley 600 de 2000, cuya aplicación está deferida por la ley a la autoridad encargada de adelantar la investigación, quien es la encargada de ponderar en cada caso si encuentra o no reunida la prueba necesaria para calificar o si en relación con alguno de los delitos o de los procesados debe continuar la investigación.

En efecto, de acuerdo al artículo 394 de la Ley 600 de 2000, “cuando existan varias personas vinculadas al proceso o se investiguen delitos conexos y concurren las circunstancias para cerrar la investigación en relación con un solo sindicado o conducta punible, el Fiscal General de la Nación o su delegado, la cerrará parcialmente”.

Por tanto, el cierre parcial constituye una figura jurídica instituida en el procedimiento nacional, razón por la cual su uso no puede ser considerado delictivo, como lo sostiene el recurrente. Lo anterior con mayor razón si se observa que el fiscal adujo no encontrar perfeccionada la investigación respecto del delito de homicidio agravado, situación que se enmarca dentro de una de las hipótesis contempladas en el aludido precepto.

De igual forma, el artículo 89 ibídem prevé la ruptura de la unidad procesal cuando se trate de delitos conexos siempre y cuando no se afecten garantías constitucionales. Siendo ello así, la Sala observa cómo el cierre parcial cuestionado no

infringió derechos de las partes, por cuanto éstas pudieron ejercer los derechos de defensa y contradicción sin ninguna dificultad al interior de las dos actuaciones surgidas a raíz de la separación procesal.

Aún más, nótese cómo ni siquiera el impugnante señala las prerrogativas vulneradas con esa decisión, limitándose a solicitar la protección de los términos procesales sin considerar que aunque son una garantía para los diversos intervinientes en el proceso penal no son absolutos, pues, en algunos eventos, pueden ser ponderados de cara a otros principios constitucionales, verbi gratia, el derecho de las víctimas y de la sociedad a conocer la verdad de los hechos.

a. Del prevaricato por omisión

El canon 414 del Estatuto Penal prevé que incurre en el delito de prevaricato por omisión “el servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones”, por manera que ese tipo penal se configura cuando se conjuga alguno de los verbos rectores reseñados con el deliberado propósito de apartarse de la ley.

Pues bien, resulta claro que los términos procesales hacen parte de la garantía fundamental del debido proceso estipulada en el artículo 29 Superior, por cuanto las actuaciones penales deben adelantarse dentro de un plazo razonable que materialice las garantías de celeridad y seguridad jurídica debidas a las partes y evite los eventuales abusos en el ejercicio del ius puniendi originados en investigaciones de carácter indefinido.

No obstante, el simple agotamiento del límite cronológico previsto en la ley para la ejecución de un determinado acto procesal, no constituye el delito de prevaricato por omisión, como lo postula el recurrente, pues lo sancionado es la omisión, denegación o

demora injustificadas.

En tal sentido, la Corte Constitucional ha señalado cómo “el mero incumplimiento de los plazos no constituye por sí mismo violación del derecho fundamental indicado, ya que la dilación de los plazos puede estar justificada por razones probadas y objetivamente insuperables que impidan al juez o fiscal adoptar oportunamente la decisión”⁸.

En el evento bajo examen, la complejidad del proceso No. 3834 explica la demora en la clausura investigativa por tratarse de una actuación a la que estaban vinculados siete ex militares por la comisión de varios delitos (un concierto para delinquir y diecinueve homicidios agravados), situación que comportó el recaudó probatorio en varias ciudades del país, entre ellas Bogotá, Valledupar y Barranquilla.

Entonces, no acierta el impugnante al pregonar la simplicidad de la indagación; por el contrario, era una actuación dificultosa por involucrar a varios miembros del Ejército Nacional acusados de actuar conjuntamente con grupos organizados al margen de la ley y de asesinar a 18 personas que fueron presentadas como delincuentes dados de baja en combate. Por tanto, la naturaleza de los delitos, la condición de los procesados y el número de conductas punibles, reafirman la complejidad del asunto.

De otra parte, el recurrente considera que la fiscalía no podía solicitar la preclusión de la investigación porque no había formulado imputación ni acusación en contra del indiciado. Empero, tal argumento desconoce la estructura progresiva del sistema procesal acusatorio, acorde con la cual 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.

Entonces, la preclusión de la investigación no requiere la previa formulación de imputación y/o de la acusación, como postula el recurrente, y, por ello, puede solicitarse tan pronto el fiscal obtenga el convencimiento y la prueba necesaria para demostrar alguna de las causales contempladas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

Obviamente, en algunos casos 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 citado canon, evento en el cual la Fiscalía estará legitimada para postular la figura preclusiva. Incluso, si en la etapa del juicio sobrevienen las causales 1 y 3, la fiscalía, el Ministerio Público o la defensa pueden acudir a ella.

Consecuente con lo expresado, se concluye que las actuaciones atribuidas por el coronel Publio Hernán Mejía Gutiérrez al doctor LUIS ALBERTO REYES HERRERA no concretan, desde el punto de vista objetivo, conducta típica alguna, motivo por el cual la Colegiatura confirmará la determinación proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

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

RESUELVE

1º. CONFIRMAR la decisión impugnada.

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

(impedido)

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
GONZÁLEZ MUÑOZ (impedido)

MARÍA DEL ROSARIO

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 La intervención del apoderado de la víctima se concretó en audiencia del 2 de mayo de 2012.

2 En tal sentido, ver el proveído del 6 de julio de 2011, Rad. No. 36513.

3 Cfr. Folio136 cuaderno No. 2 de la fiscalía.

4 A la pena señalada se debe añadir el incremento dispuesto por la Ley 890 de 2004.

5 En este sentido, en su desplazamiento a la ciudad de Barranquilla, según adujo el

indiciado y convino el apoderado del denunciante, no se pudo ingresar a las instalaciones de la fiscalía, razón por la cual se debió habilitar un espacio diferente para el recaudo probatorio, lo cual, a no dudarlo, dificulta la labor investigativa del ente acusador.

6 A estas penas debe aplicársele el aumento punitivo consagrado en la Ley 890 de 2004.

7 Cfr. Sentencias del 8 de octubre de 2008, Rad. No. 30278 y del 18 de marzo de 2009, Rad. No. 31052.

8 Cfr. Corte Constitucional C-604 de 1995.