

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado Ponente

AP4419-2014

Radicación N° 44042

Aprobado acta No. 243.

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil catorce (2014).

V I S T O S

Se pronuncia la Corte sobre el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía No 1 delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en contra de la providencia que el 9 de mayo de 2014 resolvió denegar la solicitud de preclusión de la indagación adelantada contra CARLOS JULIO ÑÁÑEZ MARTÍNEZ, por los delitos de Fraude procesal, Injurias y Calumnias.

A N T E C E D E N T E S

1. Fácticos

En la audiencia de preclusión la Fiscalía enunció como hechos jurídicamente relevantes los siguientes:

La doctora Sandra Lorena Fernández Chávez, denuncia penalmente al doctor CARLOS JULIO ÑAÑEZ MARTÍNEZ en su condición de Fiscal Primero Especializado de Santander de Quilichao por irregularidades en el trámite del radicado 196986000633200800516, para lo cual en relación con el citado funcionario expone:

a) Dentro de la investigación referenciada, no obstante encontrarse reabierta en forma irregular por su antecesor Mauricio Cifuentes, en audiencia reservada del 25 de agosto de 2010, solicitó ante el Juez de control de garantías de Santander de Quilichao, revocar el auto de julio 10 de 2008, mediante el cual ese Juzgado había ordenado las capturas de RONALD ALEXANDER GUERRERO, HUGO LEON MORA JURADO e IVAN ADOLFO ALZATE BOLAÑOS, con el argumento de corregir el procedimiento pues supuestamente el competente para ordenarlas era el juez promiscuo municipal de Buenos Aires, órdenes de captura que eran inexistentes por cuanto ya había sido canceladas cuando se archivaron las citadas diligencias. Y que para la celebración de la citada audiencia, omitió citar a los abogados de los imputados, no obstante existir en la carpeta los datos correspondientes.

b) Con el argumento de corregir el procedimiento, ante el Juez de Control de Garantías de Buenos Aires en audiencia reservada celebrada el 31 de agosto de 2010, solicitó las órdenes de captura de los señores RONALD ALEXANDER GUERRERO, HUGO LEON MORA JURADO e IVAN ADOLFO ALZATE BOLAÑOS, en la que tampoco fueron citados los abogados, transgrediendo de esta forma el debido proceso y el derecho a la defensa de los investigados.

c) Al sustentar la pretensión en la citada audiencia ante el citado Juez de control de garantías de Buenos Aires realiza un recuento de los hechos suscitados para el 28 de junio del año 2008, hechos estos falsos y contrarios a los consignados en el Informe Ejecutivo y hechos relacionados por la Fiscal que sustentó las primeras audiencias preliminares del 29 de junio de 2008, se refiere a falsa motivación.

d) Que en la citada audiencia se presentó una situación más gravosa “informa al Juez en su relato que estos hechos fueron legalizados por el Juez de Garantías de primera instancia, es decir, para la audiencia celebrada el 29 de junio de 2008 y que se legalizó la captura de estas personas, hecho totalmente falso, además informa al Juez que por “argucias de los abogados el Juez de segunda Instancia declaró la ilegalidad de la captura”, hechos que hicieron incurrir al Juez en error, pues ni las circunstancias de tiempo, modo y lugar con que se desencadenó la captura de los arriba relacionados, como tampoco lo que se suscitó en las audiencias preliminares son ciertos, engañando al juez a tal efecto que ordena la expedición de las órdenes de captura a los señores HUGO LEON MORA JURADO, IVAN ADOLFO ALZATE BOLAÑOS Y EL JOVEN RONALD ALEXANDER GUERRERO CHECA.

e) Que tampoco le informó al Juez que esta investigación ya había sido archivada en el año 2009 y que posteriormente había sido abierta de manera irregular al no contar con nuevos elementos, tampoco informar en debida forma a los sujetos procesales y finalmente omitir informar al Juez que ya existían abogados para ser citados y garantizar su participación en dicha audiencia.

2. Procesales

El 20 de febrero de 2014, la Fiscalía No 1 delegada ante el Tribunal Superior de Popayán radicó solicitud de audiencia de preclusión por atipicidad de las conductas investigadas, la cual se inició el 29 de abril siguiente ante esa corporación judicial en sesión durante la cual se sustentó la petición y se corrió traslado de la misma a los demás intervinientes.

El 2 de mayo de 2014 se continuó la audiencia con la lectura de la decisión consistente en “rechazar la preclusión”, advirtiendo a renglón seguido que contra la misma procedía el recurso de apelación. La Fiscalía interpuso el de

reposición y en subsidio de alzada, procediendo a sustentarlo en el mismo acto. Una vez corrido el traslado a los no recurrentes, el Tribunal suspendió la audiencia.

En sesión del 9 de mayo de 2014, el juez colegiado resolvió (i) “NO REPONER ...” y (ii) “NEGAR el recurso de APELACIÓN por falta de sustentación”. Esa decisión fue objeto de recurso de apelación por parte de la Fiscalía, ante el cual el Tribunal manifestó que reiteraba la negación que en relación al mismo ya había dispuesto. Contra esta negativa, el órgano acusador interpuso recurso de queja que sustentó dentro de la oportunidad legal, el cual fue resuelto por esta Corporación en auto del 28 de mayo de 2014 en el cual se decidió declarar la procedencia de la impugnación propuesta por la Fiscalía.

El 16 de junio de 2014, el Tribunal Superior de Popayán continuó la audiencia de preclusión en sesión durante la cual la Fiscalía sustentó el recurso de apelación y se dio traslado del mismo a los demás intervinientes, luego de lo cual aquella corporación concedió el recurso en el efecto suspensivo.

EL RECURSO

El delegado de la Fiscalía inició la sustentación del recurso informando que los hechos investigados por los cuales solicitó preclusión por atipicidad (art. 332-4 C.P.P.) habrían ocurrido en el escenario de las audiencias reservadas celebradas el 25 y el 31 de agosto de 2010, dentro de la indagación radicada con el No 196986000633200800516. A continuación se dedica a rebatir los argumentos que esbozó el Tribunal para negar la preclusión solicitada frente a cada uno de los hechos denunciados.

1. En relación a que el fiscal CARLOS JULIO NAÑEZ MARTÍNEZ no citó a los defensores a las audiencias reservadas del 25 y del 31 de agosto de 2010, mediante las cuales solicitó la cancelación de las iniciales órdenes de captura y la expedición de unas nuevas, respectivamente; considera que el artículo 126 de la Ley 906 de 2004 debe interpretarse

para efectos del ejercicio del derecho a la defensa, en tanto que técnicamente la calidad de imputado se adquiere es con la formulación de los cargos en la audiencia respectiva, en la que se traba la relación procesal entre el ente acusador y el ciudadano investigado.

Además, señala que según el artículo 155 ibídem, sin importar la etapa del proceso (indagación o investigación), no se requiere citar al indiciado o imputado ni a su apoderado para que intervenga en las mismas. Así lo infiere de la sentencia C-025 de 2009, conforme a la cual aunque no es obligatoria la citación de la defensa, si ésta se entera de la audiencia puede participar de la misma y, en todo caso, se le garantiza la participación en la audiencia de revisión de legalidad de las diligencias.

No obstante lo anterior, destaca que el punto es complejo y parece ser que no hay precedentes jurisprudenciales, por lo que es claro que el propósito que impulsó la actuación del indiciado fue “ejercer su oficio de Fiscal con eficacia y eficiencia para la administración de justicia, a fin de no lograr la impunidad de los delitos que investigaba,...”, motivación ésta que descarta el dolo. De otra parte, advierte que tanto la cancelación de las órdenes iniciales como la expedición de las nuevas se fundaron en aspectos objetivos (pena mínima de los delitos y gravedad de los mismos), que en nada lesionaban derechos de los indiciados.

2. En relación a la presunta falsedad de los hechos narrados ante el juez de control de garantías de Buenos Aires por la supuesta contradicción con el Informe Ejecutivo, señala que realizó una “actividad comparativa” entre el dicho informe y el registro de la audiencia respectiva y concluyó que no había alteración de los hechos. La única diferencia detectada fue que el fiscal readecuó la tipicidad inicial de Porte Ilegal de Armas por considerar que era una Receptación. En este punto, considera que el Tribunal mal interpretó la sustentación de la preclusión al afirmar que la “conclusión no es seria porque está lejos de la denuncia” en la que ni siquiera se insinúa una inadecuada tipificación. En tal sentido, aclara que no faltó investigación porque ésta se fundó en los hechos

denunciados y no en los nuevos que pone de presente en la audiencia, respecto de los cuales lo correcto es compulsar copias para una investigación diferente.

3. En cuanto al hecho según el cual el fiscal indiciado informó en una de las audiencias “que los hechos fueron legalizados por el Juez de Garantías de primera instancia, en audiencia del 29 de julio de 2008 y declarados ilegales por el Juez de segunda instancia”, considera que el Tribunal no se refirió a la petición porque él argumentó que ello era un lapsus que no podía constituir un Fraude Procesal y que aún en el caso en que hubiese pretendido engañar al Juez el medio fraudulento fue inidóneo para inducir al funcionario en error porque aquella “equivocación” no fue incluida en la decisión.

De igual forma, señala que el Tribunal no analizó la falta de ánimo injuriandi en la expresión “argucias de los abogados”, pues lo único que pretendió el fiscal al lanzarla fue enterar al funcionario de la forma como éstos habían dilatado la audiencia a fin de conseguir la libertad de sus defendidos por vencimiento de términos. Además, se sostiene que si se realizó una Injuria en la contestación de una tutela en la que el mismo fiscal los agravió, como lo manifestó la denunciante en la audiencia de preclusión, éste es un hecho nuevo cuya indagación requeriría de una querella de parte que, inclusive, ya habría caducado. Igualmente, serían hechos posteriores a la denuncia la persecución que le iniciara el fiscal denunciado mediante la iniciación de 7 procesos penales por Fraude Procesal.

4. En relación al hecho denunciado según el cual el fiscal omitió informar al Juez que la investigación había sido archivada en el año 2009 y que fue posteriormente reabierta de manera irregular porque no se contaba con elementos probatorios nuevos y porque no se informó a los sujetos procesales de la misma; manifiesta que el Tribunal no se refirió a este hecho sino al supuesto cercenamiento de los documentos que acreditaban aquellas actuaciones (la orden de archivo y de su reapertura), lo cual consideró si fue puesto de

presente en la denuncia. Frente a tal argumento, aduce el recurrente que el fiscal no incurre en delito porque él no fue quien dispuso el desarchivo y porque, en todo caso, tal información no era necesario suministrarla. Además estima que cuando la denunciante en la audiencia de preclusión se refirió a que se habrían cercenado unos documentos es un hecho nuevo porque se refiere es a una orden de allanamiento.

N O R E C U R R E N T E S

La víctima: reitera que en sus actuaciones el fiscal incurrió en los delitos de Injuria, Calumnia y Fraude procesal, y que los hechos que los configuran aparecen con claridad desde la denuncia inicial instaurada el 22 de noviembre de 2010. Cuestiona que si la fiscalía no entendía la denuncia por qué no la llamó a aclararla?, o por qué nunca citó a audiencia de conciliación para que por lo menos escuchara las partes? Destaca que fue objeto de investigaciones penales y disciplinarias por las afirmaciones del fiscal indiciado, de todas las cuales resultó exonerada. Sobre si a las audiencias preliminares se debe citar o no a los defensores, por acceso a la administración de justicia considera que si hay que citar. Por tales razones, solicita que no se conceda solicitud de preclusión.

El indiciado: coadyuva la petición de fiscalía. Hace un recuento de la historia del proceso con radicado No 2008-00516 contra Hugo León Mora Bolaños y Otros. Aclara que las audiencias reservadas cuestionadas se realizaron el 25 de julio y el 31 de agosto de 2010. Luego, afirma que es ilógico citar a alguien para una audiencia en la que se va a decidir sobre la posibilidad de proferir orden de captura en su contra y que la debida contradicción se realiza es en la diligencia en la que se controla su procedimiento.

Señala que sí informó al juez de control de garantías ante el cual solicitó nuevamente la captura, que los ciudadanos respecto de los cuales se solicitaba habían sido aprehendidos en ocasión anterior. Considera que el Tribunal debió confrontar el informe ejecutivo con el registro de la audiencia y no lo hizo, pues era la única manera de

determinar si él había mentido, lo cual, advierte, nunca hizo. También que no existía para la fiscalía la obligación procesal de informar que la investigación había sido archivada y luego desarchivada. Finalmente, destaca que la víctima ha podido presentar una ampliación de denuncia por escrito y nunca lo hizo.

El defensor: coadyuva la solicitud de fiscalía por considerar que el indiciado no debía citar a defensores para celebrar una audiencia reservada, pues éstos ejercen la contradicción en la legalización posterior. De otra parte, sostiene que la víctima denunció hechos nuevos en esta audiencia y nunca promovió una ampliación de denuncia ante la fiscalía.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 3º, de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal es competente para conocer de los recursos de apelación contra los autos y sentencias que profieran en primera instancia los tribunales superiores. En consecuencia, se aborda el estudio de la impugnación que propusiera el delegado de la Fiscalía contra la decisión proferida por el Tribunal Superior de Popayán consistente en negar la solicitud de preclusión de la indagación seguida en contra de CARLOS JULIO ÑAÑEZ MARTÍNEZ, por los delitos de Fraude Procesal, Injuria y Calumnia.

Según el artículo 250 de la [Constitución Política](#), modificado por el Acto Legislativo No 003 de 2002, la Fiscalía General de la Nación tiene la obligación de 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. Sin embargo, el mismo artículo superior en su numeral 5º, faculta a dicho órgano para solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de la investigación cuando, según lo dispuesto en la ley, no hubiese mérito para acusar. Esa misma facultad aparece reiterada en el

artículo 331 de la Ley 906 de 2004.

La fuerza de cosa juzgada que entraña la preclusión exige que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera cierta o, lo que es igual, que respecto de la misma exista conocimiento más allá de toda duda razonable. Sobre el tema ha dicho reiteradamente la Corte que:

Acerca de la preclusión y sus efectos, la jurisprudencia y la doctrina de manera unánime han pregonado que es imprescindible la demostración plena de la causal invocada, de modo que si perviven dudas sobre su comprobación, el funcionario judicial está compelido a continuar el trámite.

Sobre el particular, esto dijo la Sala en sentencia del 25 de mayo de 2005, radicado 22.855:

“Significa lo anterior que la alternativa de poner fin al proceso por esta vía supone la existencia de prueba de tal entidad que determine de manera concluyente la ausencia de interés del Estado en agotar toda la actuación procesal prevista por el legislador para ejercer la acción penal, dando paso a un mecanismo extraordinario por virtud del cual pueda cesar de manera legal la persecución penal” (CSJ AP, 24 jun. 2008, Rad. 29344; CSJ AP, 27 sept. 2010, Rad. 34177; y CSJ AP, 24 jul. 2013, Rad. 41604)¹

En nuestro caso, el delegado de la Fiscalía solicitó ante el Tribunal Superior de Popayán la preclusión de la indagación por la atipicidad de los hechos investigados, petición ésta que fue denegada bajo el argumento medular de que era necesario adelantar mayores actividades de investigación sobre los hechos inicialmente denunciados y que fueran ampliados por la misma víctima en la audiencia, con el objeto de tener certeza sobre la ausencia de tipicidad alegada. La aludida causal de preclusión se

encuentra prevista en el numeral 4º del C.P.P./2004 y sobre ella ha explicado esta Corporación que:

... la atipicidad pregonada debe ser absoluta, pues para extinguir la acción penal con fuerza de cosa juzgada se requiere que el acto humano no se ubique en ningún tipo penal, en tanto que la relativa, esgrimida por la Fiscalía, hace referencia a que si bien los hechos investigados no se adecuan dentro de una específica conducta punible (abuso de función pública, valga el caso), sí encuadran dentro de otra (prevaricato, por vía de ejemplo). Si ello es así, esto es, si de lo que se trata es de una atipicidad relativa, no parecería admisible que se aspirase a la preclusión, en tanto el sentido común indicaría la necesidad de continuar la investigación respecto del tipo penal que, al parecer, sí recogería en su integridad lo sucedido².

A continuación, entonces, se fijarán los hechos que fueron denunciados como delictivos y en relación a los cuales se dirigió la actividad investigativa de la Fiscalía, para luego determinar si se adecúan a los tipos penales de Fraude Procesal, Injuria o Calumnia que estimó cometidos la denunciante, o si se advierte que puedan corresponder a otras adecuaciones típicas siempre que, en este último evento, se reúnan las condiciones mínimas de procesabilidad, hipótesis en las cuales habrá de negarse la solicitud de preclusión. O si, por el contrario, los hechos investigados son atípicos de manera absoluta y en tal caso se decretará la terminación anticipada de la actuación no sin antes revocar el auto impugnado.

i. Hechos investigados

Los supuestos fácticos denunciados habrían sido cometidos por el indiciado en su condición de Fiscal Especializado de Santander de Quilichao (Cauca) durante la intervención en dos audiencias preliminares que tuvieron lugar en la

actuación radicada con el C.U.I. 196986000633200800516. Esas diligencias fueron: (i) la del 25 de agosto de 2010 ante el Juzgado Primero Penal Municipal con función de control de garantías de Santander de Quilichao, que tuvo por objeto la cancelación de las órdenes de captura proferidas mediante el auto del 10 de julio de 2008; y, (ii) la del 31 de agosto de 2010 ante el Juzgado Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Buenos Aires (Cauca), que tuvo por objeto la expedición de nuevas órdenes de captura contra los indiciados. Las actuaciones que se califican como delictivas serían:

1) A ninguna de las prementadas audiencias el fiscal citó a los indiciados ni a sus defensores, muy a pesar que en la carpeta obraban los datos de identificación y de ubicación de todos ellos, pues antes habían intervenido en la audiencia de legalización de capturas del 29 de junio de 2008.

2) En la audiencia reservada del 31 de agosto de 2010 (i) hizo un recuento falso de los hechos ocurridos el 28 de junio de 2008 (captura de los indiciados) y, en todo caso, contrario a los consignados en el informe ejecutivo, (ii) informó falsamente que el 29 de junio de 2008 el juez legalizó la captura, decisión que fue revocada en segunda instancia, (iii) atribuyó la declaratoria de ilegalidad de esas capturas a “argucias” de los abogados; (iv) omitió comunicar que la indagación había sido archivada en 2009, que fue reabierta de manera irregular por no existir elementos probatorios nuevos y sin notificar a los sujetos procesales de ello, sin que tampoco pusiera en conocimiento del juez los documentos que contenían tales decisiones.

i. Análisis de tipicidad

En el mismo orden en que fueron expuestos los hechos investigados, se analizará su

probable adecuación a los tipos penales de Fraude Procesal, Injuria, Calumnia o a cualquier otro que se logre vislumbrar. Desde ya se avizora que el único acontecimiento que se relaciona con una eventual afectación de la integridad moral constitutivo de Injuria o Calumnia, sería el de atribuirle “argucias” a los abogados defensores para obtener la declaratoria de ilegalidad de las capturas el 29 de junio de 2008. Por tal razón, sólo se analizará esa probable tipicidad en el suceso que se describe en el numeral 4).

1) No citación a audiencias preliminares reservadas.

La configuración de un Fraude procesal a partir de esa conducta dependería, según lo establecido en el artículo 453 del Código Penal, de que la misma haya constituido una maniobra fraudulenta que indujera en error, en nuestro caso, a los jueces de control de garantías de Santander de Quilichao y de Buenos Aires, con el propósito de obtener una providencia judicial contraria a la ley, en las audiencias preliminares que antes se identificaron.

La conducta del fiscal indiciado no tuvo la más mínima potencialidad de constituir una maniobra fraudulenta o engañosa en relación a los jueces de control de garantías a los que acudió y, en todo caso, en ningún sentido podía determinar un contenido de ilegalidad de las decisiones que aquellos adoptarían en torno a las peticiones de cancelación de órdenes de captura y expedición de unas nuevas, respectivamente. Menos aún puede hablarse de fraudes si se tiene en cuenta que el objeto de la audiencia inicial consistía en la cesación de los efectos de una autorización judicial que permitía limitar el derecho fundamental a la libertad de los indiciados, lo cual era a todas luces favorable a sus intereses, y que en el caso de la segunda audiencia es precisamente su reserva la que garantiza la eficacia de la administración de justicia en la lucha contra el delito.

Ahora bien, de verificarse que por razones diferentes a la mera naturaleza de las audiencias, existía para la Fiscalía el deber legal de convocar a los indiciados y a sus defensores a las audiencias y no lo hizo, entonces podría pensarse en la eventual adecuación de esa conducta al tipo de Prevaricato por omisión cuya tipicidad es la siguiente: “El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones,...”³. Según el a quo, como quiera que los indiciados habían sido capturados en ocasión anterior a las audiencias cuestionadas, a pesar que esa aprehensión fue declarada ilegal; ostentaban la condición de imputados, lo cual generaba para la Fiscalía la obligación de garantizar la intervención defensiva. Se dilucidará, entonces, si un deber de tal naturaleza existía para el ente acusador o si, por el contrario, el mismo no hace parte de su ámbito funcional.

En primer lugar ha de advertirse que el acto o la orden de citación para que los intervinientes comparezcan a las audiencias preliminares, no le compete al delegado de la Fiscalía sino al juez de control de garantías, según lo establece con claridad el inciso 2º del artículo 171 del C.P.P./20044. Esa disposición legal sería suficiente, entonces, para descartar el incumplimiento de una función a cargo del indiciado en cualquiera de sus modalidades: omitir, retardar, rehusar o denegar. Ahora bien, pudiera alegarse que la omisión del fiscal consistió en no suministrar, previo a la audiencia, los datos de identidad y de ubicación de los indiciados y el de sus defensores, los cuales le hubiesen permitido al juez de control de garantías enviarles la respectiva citación.

Esta última omisión sería punible por prevaricadora únicamente si, al igual que la anterior, existiera un precepto normativo que dispusiera la obligación de convocar a los titulares de la defensa a las audiencias preliminares que se realicen en la etapa de indagación, especialmente a aquellas que demanden reserva para asegurar la eficacia de la administración de justicia. Sin embargo, tal obligación no existe, pues la citación a los titulares de la defensa es imperativa sólo a partir de la formulación

de la imputación, según se desprende del párrafo del artículo 237 adjetivo.

Es cierto que conforme al artículo 267 del C.P.P./2004 el indiciado puede solicitar audiencias de control de garantías sobre las actuaciones que hayan afectado sus derechos fundamentales. También lo es que su derecho a la defensa se activa desde que el mismo momento en que tenga noticia de una investigación en su contra, aun cuando no haya adquirido la condición de imputado, según lo aclaró la sentencia C-799 de 20055 y que, en tal virtud, si se llegase a enterar que en dicha actuación se realizan diligencias anteriores a la formulación de imputación, tiene el derecho a participar con su defensor si así lo solicita, como bien se explicó en la sentencia C-025 de 20096.

No obstante lo dicho, obsérvese que ni la ley ni el precedente constitucional consagran el derecho del sujeto pasivo de la acción penal a ser citado para audiencias que se realicen en la etapa de la indagación. Lo que sí se le garantiza es la participación en aquéllas cuando conozca de su realización y exponga su interés en comparecer ante el respectivo juez de control de garantías, quien estará obligado a autorizarle la intervención y la de su abogado. Esa sutil distinción fue explicada con meridiana claridad por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-025, en la que, además, enfatizó en la necesidad de la reserva de algunas diligencias como motivo fundante para definir el alcance del derecho a la defensa del indagado en los términos antes expuestos.

6.15. Precisa la Corte, que hacer prevalecer la interpretación incluyente en este caso, no compromete en modo alguno la facultad reconocida por las disposiciones acusadas a la Fiscalía General de la Nación para ordenar la práctica de las diligencias en ellas previstas y para llevarlas a cabo a través de los organismos de policía judicial, durante las etapas de indagación e investigación. Tampoco cuestiona el carácter reservado que pesa sobre tales diligencias, pues entiende la Corte que por razones de política criminal

y eficacia judicial, éste debe contar con los recursos técnicos necesarios, adecuados y suficientes para combatir y luchar de manera pronta y eficaz contra el delito. Lo que en realidad pretende garantizar la interpretación más favorable, es el derecho a la defensa del indagado en la audiencia donde se lleva a cabo la revisión formal y material de las diligencias previstas en las normas acusadas, cuando ésta se realiza en la etapa de indagación, para efectos de permitirle participar en ella al inculcado y facilitar su derecho de contradecir ante el juez de garantías la constitucionalidad y legalidad de la medida, cuando tiene noticia que se adelanta una investigación penal en su contra.

Cabe destacar, como ya lo ha hecho esta Corporación en anteriores oportunidades, que una cosa es que la autoridad pública no esté obligada a dar aviso sobre el momento en el cual se van a practicar ciertas diligencias -registros, allanamientos, interceptaciones, etc-, lo cual redundaría en beneficio de la eficiencia y eficacia en la administración de justicia, y otra muy distinta es que la persona que está siendo objeto de tales medidas no pueda controvertirlas oportunamente, no pueda ejercer plena y libremente su derecho a la defensa.

Entonces, si durante la indagación no existe para los fiscales ni para los jueces de control de garantías la obligación de convocar a los titulares de la defensa a las audiencias preliminares, ningún delito y ni siquiera una mínima irregularidad existió en la omisión de citar a los indiciados y a sus defensores a las audiencias preliminares realizadas los días 25 y 31 de agosto de 2010 en la actuación radicada con el No 196986000633200800516, pues la misma transitaba el sendero de la etapa de indagación. Por si fuera poco, las diligencias cuya convocatoria reclama la denunciante son de aquéllas en que, se reitera, la reserva es condición de eficacia de la administración de justicia en la lucha contra el crimen.

Por último, conforme a lo expuesto, queda claro la garantía plena de publicidad de las audiencias preliminares la adquiere la defensa a partir del inicio formal del

proceso penal con la formulación de imputación. La sola condición de imputado que, como bien lo señala el artículo 126 del C.P.P./2004, también puede ostentarse a partir de la captura, no marca una diferencia sustancial en relación al alcance del derecho a la defensa que le asiste al indiciado, tal y como se advirtió en la sentencia C-799 de 20057. Claro está, la etapa procesal o preprocesal por la que transite la investigación determina oportunidades y cauces legales propios en los cuales se ejercita el derecho fundamental, así como se expresó en la parte resolutive de dicha sentencia de constitucionalidad:

Declarar EXEQUIBLE la expresión “una vez adquirida la condición de imputado” contenida en el inciso 1° del artículo 8° de la ley 906 de 2004, por los cargos examinados, sin perjuicio del ejercicio oportuno, dentro de los cauces legales, del derecho de defensa por el presunto implicado o indiciado en la fase de indagación e investigación anterior a la formulación de la imputación.

2) Recuento falso de los hechos en los cuales resultaron capturados Hugo León Mora Jurado, Iván Adolfo Alzate Bolaños y Ronald Alexander Guerrero Checa.

La imputación que hace la denunciante al fiscal CARLOS JULIO ÑAÑEZ MARTÍNEZ según la cual en la audiencia preliminar celebrada el 31 de agosto de 2010 habría faltado a la verdad en el recuento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar durante las cuales resultaron capturados Hugo León Mora Jurado, Iván Adolfo Alzate Bolaños y Ronald Alexander Guerrero Checa, el 28 de junio de 2008; carece de cualquier fundamento. Como bien lo afirma el delegado de la Fiscalía que solicita la preclusión, ello se comprueba con el solo cotejo de la intervención del indiciado en aquella audiencia y lo plasmado en el informe ejecutivo en que servidores de policía judicial comunicaron lo relativo a dichas capturas. Entre tales extremos puede advertirse, como única conclusión posible, la homogeneidad de los acontecimientos y circunstancias en que se produjeron las aprehensiones.

Ningún supuesto fáctico diferente a los relativos a las aprehensiones realizadas el 28 de junio de 2008 habría sido objeto de falsificación por el indiciado según el texto claro de la denuncia, contrario a lo que infiere el Tribunal, pues a más de que tal manifestación fue expresa, la referencia que en tal sentido hace al relato de hechos del informe ejecutivo, así lo reafirma. Siendo así, entonces, la información factual que suministró el fiscal en la audiencia del 31 de agosto de 2010 fue veraz o, por lo menos, fue la que recibió de los agentes captores; por lo que ninguna falsedad o maniobra fraudulenta tendiente a engañar al respectivo juez de control de garantías, puede endilgársele al indiciado en ese aspecto.

3) Información falsa sobre la decisión adoptada en la audiencia de legalización de capturas realizada el 29 de junio de 2008.

Le asiste razón a la denunciante cuando asegura que el fiscal CARLOS JULIO ÑAÑEZ MARTÍNEZ en la audiencia preliminar celebrada el 31 de agosto de 2010 informó que la captura de los indiciados en esa investigación el 28 de junio de 2008, fue declarada ilegal en la segunda instancia. De igual forma, lo cierto es que esas aprehensiones no superaron el examen de legalidad desde la inicial audiencia ante el juez penal municipal de control de garantías en turno en el municipio de Santander de Quilichao, es decir, en la primera instancia. Así las cosas, si se quiere, el fiscal que se investiga habría faltado a la estricta verdad; sin embargo, ello no fue relevante porque recayó sobre un aspecto secundario o accidental: la instancia que declaró la ilegalidad. Nunca mintió sobre lo esencial, pues reconoció siempre que la inicial captura no reunió los requisitos legales o, por lo menos, eso fue lo que declaró la judicatura.

Además, esa falta sería insustancial porque la ilegalidad de una captura anterior decretada por cualquier instancia, para nada incidía en el contenido de una nueva decisión judicial que dispusiera por segunda vez la limitación al derecho fundamental a la libertad, más aún cuando la anterior no habría cumplido su finalidad natural de

convertirse en una medida cautelar del proceso. Es más, una captura ilegal anterior no constituye antecedente necesario de la orden judicial que pretendía el delegado de la fiscalía en esa audiencia, por lo que bien podía, inclusive, omitir su mención.

4) Atribución de argucias a los abogados defensores en dicha audiencia.

También se denunció a CARLOS JULIO ÑAÑEZ MARTÍNEZ porque atribuyó la utilización de argucias en la audiencia de legalización del 29 de junio de 2008, a los abogados que ese día ejercieron como defensores de los capturados. En esta parte de la denuncia se descarta la existencia de un delito de Calumnia, pues éste requiere la imputación falsa de una conducta típica, tal y como lo prevé el artículo 221 del Código Penal. A lo sumo, podrá examinarse la posible tipicidad de una Injuria si es que atribuir argucias se tuviera como una imputación deshonrosa.

El término “argucia” es definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como “sutileza, sofisma, argumento falso presentado con agudeza”. A su vez, sutileza es “1.Cualidad de sutil” o “2. Dicho o concepto excesivamente agudo y falto de verdad, profundidad o exactitud”. Y un sofisma es “Razón o argumento aparente con que se quiere defender o persuadir lo que es falso”. Conforme a esas precisiones semánticas, si bien es cierto que mediante la argucia se defiende un argumento básicamente falso, también lo es que la utilización de tal término exalta una habilidad del emisor quien logra esgrimirlo con agudeza y apariencia de verdad. Por tal razón, la atribución de una argucia no es inequívocamente una imputación deshonrosa; sin embargo, si así lo fuera en gracia de discusión, una razón de orden legal prevista en el artículo 228 sustantivo excluye la existencia de una conducta típica de Injuria:

Las injurias expresadas por los litigantes, apoderados o defensores en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados por sus autores a la

publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones y acciones disciplinarias correspondientes.

En el caso bajo examen, se reúnen las condiciones que excluyen la tipicidad que se denuncia: 1) la injuria fue expresada por el delegado de la Fiscalía General de la Nación que en el sistema procesal instituido a partir del Acto Legislativo No 003 de 2002, es una parte (litigante) en el proceso penal; 2) fue pronunciada en una audiencia ante un juez de control de garantías; y 3) la manifestación injuriosa no sobrepasó el conocimiento de la audiencia. En razón de lo anterior, si el término “argucias” utilizada por el indiciado ante un juez penal para describir la estrategia utilizada por los defensores en la audiencia de legalización de captura del 29 de junio de 2008, fuera injuriosa; podría sancionarse en el ámbito disciplinario pero nunca en el punitivo extremo.

5) Omisión de información sobre el archivo y posterior desarchivo de las diligencias.

En el registro de la audiencia preliminar del 31 de agosto de 2010 puede verificarse con facilidad que, ciertamente, el delegado de la fiscalía que intervino en ella nunca aludió a que la indagación había sido archivada en una ocasión y que tal orden fue revocada con posterioridad. Obsérvese que la misma denunciante reconoce que aquella audiencia fue promovida por un delegado de la Fiscalía en una indagación que se encontraba abierta y vigente; por lo que un archivo anterior ninguna trascendencia tenía en la diligencia adelantada ni en la decisión que en ella se adoptara. Es decir, el antecedente del archivo en tales circunstancias no guarda relación alguna con los presupuestos de la solicitud de una orden de captura ni de la providencia judicial que a partir de aquélla se profiriera.

Recuérdese que de conformidad a lo establecido en los tratados internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad⁸, la Constitución Política (art. 28) y el Código de Procedimiento Penal (arts. 2 y 295 ss);

la solicitud de una orden judicial de captura por parte de la Fiscalía se justifica en lo fundamental a partir de la existencia de motivos fundados para inferir (i) que aquel contra quien se pretende es autor o partícipe del delito que se investiga y (ii) que la restricción de su libertad es necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, el riesgo de fuga o de daños a la comunidad y a las víctimas. Siendo ese el marco jurídico esencial de una petición de orden de captura, ninguna relación de pertinencia existe con el detalle de antecedentes en la indagación como un archivo revocado o audiencias preliminares celebradas con objetos diferentes.

De esa manera, la omisión de informar al juez de control de garantías del archivo de las diligencias y su posterior revocatoria, o de aportar a la audiencia los documentos que contenían esas órdenes de la Fiscalía, cuando el suministro de dicha información no le era exigible y la misma ni siquiera es relevante o pertinente para solicitar un mandato judicial de captura; no se adecúa a ninguna prohibición típica, es decir, de tales hechos puede predicarse la atipicidad absoluta. Ahora bien, si el desarchivo de las diligencias fue irregular o si la omisión de la comunicación de esa orden constituyera delito, tales conductas no serían imputables a CARLOS JULIO ÑAÑEZ MARTÍNEZ, pues evidentemente fue otro delegado de la Fiscalía el que tuvo a cargo tales actos procesales.

i. Conclusión

Los hechos denunciados son atípicos; por ende, se revocará la providencia judicial objeto del recurso de apelación y, en su lugar, se PRECLUIRÁ la indagación adelantada contra CARLOS JULIO ÑAÑEZ MARTÍNEZ por los delitos de Fraude Procesal, Injurias y Calumnias. Como quiera que durante su intervención en la audiencia de preclusión la denunciante dio a conocer hechos que aunque diferentes a los investigados también pudieran configurar

conductas típicas, se dispondrá la compulsión de copias para que se adelante la investigación penal que corresponda.

D E C I S I Ó N

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

R E S U E L V E

Primero: REVOCAR el auto proferido el 9 de mayo de 2014 por el Tribunal Superior de Popayán y, en su lugar, PRECLUIR la indagación adelantada contra CARLOS JULIO ÑAÑEZ MARTÍNEZ, por los delitos de Fraude Procesal, Injuria y Calumnia.

Segundo: COMPULSAR copia del registro de la audiencia de preclusión con destino a la Fiscalía General de la Nación, con el objeto que se investigue si los nuevos hechos relatados allí por la denunciante constituyen delito.

Contra esa decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 CSJ AP, 18 de junio de 2014, Rad. 43797.

2 CSJ AP, 27 de noviembre de 2013, Rad. 38458. Esta posición se reiteró en CSJ AP, 21 de mayo de 2014, Rad. 42570.

3 Artículo 414 del Código Penal.

4 “La citación para que los intervinientes comparezcan a la audiencia preliminar deberá ser ordenada por el juez de control de garantías.”

5 En esta sentencia, la Corte Constitucional analizó la exequibilidad de la expresión “una vez adquirida la condición de imputado” contenida en el inciso inicial del artículo 8º de la Ley 906 de 2004.

6 Esta declaró la exequibilidad del artículo 237 ibídem en el entendido que “dentro del respeto a la naturaleza de cada una de las etapas estructurales del procedimiento penal acusatorio, que cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe

autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita.”

7 “No es de relevancia para el ordenamiento Constitucional el nombre que jurídicamente se le otorgue a una persona al interior de una investigación o de un proceso penal. Lo trascendente acá, es que a dicha persona no se le apliquen excepciones temporales al ejercicio de su derecho de defensa, pues ella en cualquier etapa pre o procesal puede hacer uso del ejercicio constitucional a defenderse.”. Sentencia C-799 de 2005.

8 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9º) y Convención Americana de Derechos Humanos (art. 7º).