

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

AP7109-2016

Radicación N° 46148

(Aprobado Acta N° 317)

Bogotá D.C., octubre doce (12) de dos mil dieciséis (2016)

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre el recurso de apelación interpuesto mediante apoderada por Gonzalo de Jesús Herrera Gómez -quien adujo la condición de víctima-, en contra del auto proferido el 14 de abril de 2015 por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, por cuyo medio fue decretada, a solicitud de la Fiscalía, la preclusión de la indagación adelantada por prevaricato por omisión contra ERNESTO TÉLLEZ PARRA en su calidad de Fiscal Quince Seccional de Monterrey, Casanare.

I. DESCRIPCIÓN FÁCTICA OBJETO DE INDAGACIÓN

1.1. Javier Humberto Herrera Noguera fue lesionado con arma corto punzante de pequeña dimensión -10 centímetros aproximadamente- por Jorge Iván Inocencio Oropeza, durante riña acaecida por motivo de celos entre estos el 19 de junio de 2012 a las 2:20

a.m., en el municipio de Monterrey. El lesionado, después de haber sido remitido al centro de salud del mismo municipio, donde le fue diagnosticada herida leve y estado de inconsciencia por embriaguez, falleció a las 4:30 a.m.

Jorge Iván Inocencio Oropeza estuvo pendiente de la situación del herido y cuando se enteró de su deceso se presentó a las autoridades de Policía ante las cuales: contó cómo sucedieron los hechos, aceptó la autoría de lo ocurrido y permitió que se le practicara examen de alcoholemia -con resultado negativo-. De esto los uniformados dejaron constancia y le permitieron continuar en libertad, por cuanto no fue capturado en flagrancia.

Las diligencias fueron asignadas al Fiscal Quince Seccional de Monterrey Casanare, ERNESTO TÉLLEZ PARRA, quien, en audiencia llevada a cabo el 18 de octubre de 2012, formuló imputación por homicidio contra Inocencio Oropeza, pero se abstuvo de pedir medida de aseguramiento.

1.2. La denuncia presentada por Gonzalo de Jesús Herrera Gómez mediante apoderada, se centró en que el fiscal indiciado violó el ordenamiento jurídico por no haber solicitado detención preventiva¹.

II. ACTUACIÓN RELEVANTE

En consideración de la notitia criminis la Fiscalía adelantó indagación contra ERNESTO TÉLLEZ PARRA por posible prevaricato por omisión y, concluida esta fase preprocesal, requirió la preclusión por “atipicidad del hecho investigado” en audiencia llevada a cabo el 19 de febrero de 2015.

La apoderada de Gonzalo de Jesús Herrera Gómez en su intervención pidió la denegación de la solicitud, por cuanto atendiendo el delito que le correspondió investigar al fiscal indiciado -homicidio- y los presupuestos establecidos en la ley para la

procedencia de la medida de aseguramiento -artículos 308 y 310 del C.P.P de 2004-, estaba en el deber funcional de solicitarla, lo cual no hizo y por ello incurrió en la conducta de prevaricato por omisión.

El Tribunal Superior de Yopal decretó la preclusión el 14 de abril de 2015; decisión contra la cual la apoderada de Herrera Gómez -quien intervino como víctima- interpuso recurso de apelación, y, una vez concedido, el expediente fue remitido a la Corte Suprema de Justicia para su resolución.

III. DECISIÓN APELADA

El Tribunal Superior de Yopal precluyó la indagación adelantada por prevaricato por omisión, por cuanto consideró demostrada la causal invocada por la Fiscalía -atipicidad del hecho investigado-, toda vez que ERNESTO TÉLLEZ PARRA, en las diligencias que adelantó por el homicidio de Javier Humberto Herrera Noguera, no estaba en el deber de solicitar medida de aseguramiento, debido a que no se satisfacían los presupuestos para ello.

En apoyo de esta última proposición el a quo señaló:

3.1. No es suficiente para pedir medida de aseguramiento la inferencia sobre intervención del imputado en el hecho punible y la gravedad del delito, sino que siempre debe hacerse una valoración de los aspectos relacionados en la ley sobre sus fines, los cuales son de carácter preventivo, no de pago anticipado de la pena.

3.2. Los elementos objetivos con los que contaba el fiscal indiciado al momento en que se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación, daban cuenta de que era innecesaria la privación de la libertad de Inocencio Oropeza, lo cual “resultó

ratificado con posterioridad de manera amplia”.

Advirtió el Tribunal que (i) la modalidad de la conducta -en tanto se trató de una riña provocada por celos-, (ii) el tipo de lesión ocasionada, (iii) el comportamiento de Inocencio Oropeza en el sentido de haberse presentado voluntariamente, (iv) la circunstancia de que era “padre cabeza de familia de una menor de apenas 8 años de edad” y (v) residenciado en el municipio de Monterrey en una casa de interés social; son “indicativos necesarios de que -el entonces imputado- no obstruiría el ejercicio de la justicia, (...) no era un peligro para la sociedad ni para las víctimas y (...) comparecería al proceso, como efectivamente ocurrió.

En cambio -precisó- no existió “ningún elemento que indicara lo contrario”.

IV. LA APELACIÓN

Fue promovida por la apoderada de Gonzalo de Jesús Herrera Gómez -quien adujo la condición de víctima-, y en su sustentación señaló lo siguiente:

(i). El fiscal indiciado estaba en el deber de pedir la medida de aseguramiento para que el Juez de Control de Garantías se pronunciara si había lugar o no a su imposición, por cuanto ese requerimiento es una función inherente a la acción penal, la cual corresponde ejercitarla obligatoriamente a la Fiscalía General de la Nación y sólo en casos excepcionales, por motivos expresamente previstos en la ley, puede aplazarla o sustraerse al cumplimiento de ese deber.

(ii). El 18 de octubre de 2012 TÉLLEZ PARRA contaba con los elementos materiales probatorios que le permitían “una inferencia mínima de autoría, no sólo para efectuar la imputación, sino para haber solicitado la imposición de la medida de aseguramiento privativo de la libertad en establecimiento de reclusión”, lo cual no hizo.

(iii). Atendiendo a “la modalidad del delito, -Inocencio Oropeza- constituía un peligro para la seguridad de la sociedad”, y por “el lugar de la comisión de los hechos (...), el municipio de residencia -del entonces imputado-, (...) era posible una obstrucción a la justicia”. Además “se cumplían (sic) los requisitos objetivos que se encuentran señalados en el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, numeral 2º”, en cuanto la pena mínima a imponer para el delito de homicidio es superior a 4 años.

(iv) La detención preventiva contra Inocencio Oropeza era “adecuada, porque no existía otra medida para la protección de la sociedad -y- dejarlo en libertad no era proporcional al daño que él había causado; necesaria, -pues- qué puede pensarse de un individuo que portando un arma blanca transgrede a sus congéneres (sic) sin importar causarles la muerte, por tanto la comunidad necesita la protección por parte del Estado; -y- proporcional, porque si colocamos en una balanza (sic) el derecho fundamental a la libertad de un ciudadano a los derechos de la comunidad (sic), (...) la libertad al no ser un derecho absoluto se debe restringir, aún más cuando se ataca el derecho más valioso que puede tener un individuo como el de la vida”.

(v) El fiscal indiciado “omitió echarle mano” a los criterios subjetivos del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, incorporados algunos de ellos mediante la Ley 1453 de 2011 con el fin de dotar de mayores herramientas a los jueces y fiscales “para imponer medidas de aseguramiento de carácter privativo de la libertad”; y desconoció el artículo “317” de la misma codificación, pues ninguno de los presupuestos allí contenidos era aplicable a Inocencio Oropeza “para dejarlo en libertad”.

Además, -puntualizó- “independientemente que las víctimas hayan sido reparadas y que Inocencio Oropeza se encuentra purgando una pena en la Cárcel de Yopal, el fiscal TÉLLEZ sí cometió un delito y faltó a su deber legal, toda vez que fue en su momento

que se desconocía los resultados que se iban a tener en el transcurso de la investigación y es allí, en ese momento, cuando se afecta la expectativa de mi poderdante con respecto a la administración de justicia, no es después, no es ahora, es en ese momento (sic), es en el momento (sic) que inicia la audiencia el 18 de octubre -de 2012-, que afecta las expectativas de -Gonzalo de Jesús Herrera Gómez-".

De otra parte, indicó la impugnante, las víctimas no asistieron a la audiencia de formulación de imputación, por cuanto el fiscal omitió enterarlos de esa diligencia.

Razones por las cuales la apelante solicitó se revoque la decisión de preclusión.

V. INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

5.1. El delegado de la Fiscalía recordó que la solicitud de la medida de aseguramiento es una "facultad reglada", no "caprichosa", en el sentido de que si se considera necesaria su imposición, "entonces debe estar demostrada o existir elementos materiales probatorios que así lo justifiquen, como excepción al principio general de libertad".

Señaló que el auto apelado atendió una realidad procesal reconstruida, de la cual se observa que pese al homicidio imputado a título de "autor" por el fiscal indiciado, éste no contaba con fundamentos para solicitar medida de aseguramiento, es decir, no existían elementos materiales probatorios que mostraran necesaria su imposición para satisfacer alguno de los fines del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal. Por tanto solicitó la confirmación del fallo impugnado.

5.2. El Ministerio Público indicó que el delito de prevaricato por omisión no se configura, en tanto se observa que el fiscal TÉLLEZ PARRA tenía elementos de juicio que le mostraban innecesaria la imposición de la medida de aseguramiento de cara a

cumplir los fines constitucionales de este instituto excepcional y preventivo.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. La Sala es competente para resolver este asunto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32-3 de la Ley 906 de 2004, por tratarse de la apelación contra la decisión adoptada por un Tribunal Superior de Distrito Judicial en el curso de una actuación penal.

6.2. La [Constitución Política](#) radicó la disposición del ejercicio de la acción penal en cabeza de la Fiscalía General de la Nación –art. 250-, siendo por tanto el órgano encargado de calificar cuál es el tipo penal que se adecúa al hecho investigado y consecuentemente formular la acusación, así como establecer los asuntos y delitos que someterá al principio de oportunidad, y determinar cuáles investigaciones o indagaciones se subsumen en las causales de preclusión, entre otras actividades.

El instituto de la preclusión de la investigación está consagrado en el artículo 331 de la Ley 906 de 2004 y las causales para su invocación en el 332 ídem, así:

El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

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. -Subrayado fuera de texto-.

Respecto de las mismas, esta Corporación tiene señalado²

:

1. De acuerdo con el sistema acusatorio colombiano (artículos 250 de la [Constitución Política](#) y 200 de la Ley 906 de 2004), corresponde a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio de la acción penal y realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan las características de una conducta punible que lleguen a su conocimiento, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia de la misma. Despojada, por regla general de funciones jurisdiccionales, deberá solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la investigación cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

(...)

La preclusión también se debe adoptar en cualquier etapa del trámite una vez comprobada la existencia de cualquiera de las causales de extinción de la acción penal del artículo 77 del Código Penal, como son: muerte del imputado o acusado, prescripción, amnistía, oblación, caducidad de la querella y desistimiento.

Bajo este contexto, la preclusión de la investigación sólo podrá ser decretada por el juez de conocimiento a petición de la Fiscalía de comprobarse alguna de las causales previstas por el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal de 2004, y en tratándose

de la segunda, a las que se refiere el artículo 32 del Código Penal.

6.3. Del tipo objetivo de “prevaricato por omisión”.

El artículo 414 del Código Penal, establece:

“El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión (...)”.

El presupuesto fáctico objetivo de la norma transcrita, como se ve, se encuentra constituido por tres elementos, a saber: (i) un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público; (ii) que el mismo omita, retarde, rehúse o deniegue, en el entendido que omitir es abstenerse de hacer o pasarla en silencio; retardar es diferir, detener, entorpecer o dilatar la ejecución de algo; rehusar es excusar, no querer o no aceptar; y denegar es no conceder lo que se pide o solicita (CSJ AP, 27 oct 2008, rad. 26243); y (iii) que alguno de estos verbos rectores recaiga sobre algún deber jurídico -de origen constitucional o legal- que haga parte de las funciones del cargo que desempeña (CSJ AP, 21 feb 2007, rad. 24053).

Es así como el prevaricato por omisión es uno de aquellos tipos penales en blanco (CSJ SP, 28 feb 2007, rad. 19389), en los que es necesario integrarlo con la norma que impone el deber funcional, para completar y concretar el sentido de la conducta reprimida.

6.4. Análisis del caso concreto.

6.4.1. La decisión impugnada partió de la premisa jurídica según la cual, no es suficiente para pedir medida de aseguramiento privativa de la libertad la inferencia sobre intervención del imputado en el hecho punible y la gravedad del delito, sino que siempre debe hacerse una valoración de los aspectos relacionados en la ley sobre sus

fines, los cuales son de carácter preventivo, no de pago anticipado de la pena.

La apelación señala que la petición de la medida de aseguramiento es función inherente a la acción penal, la cual corresponde ejercitarla obligatoriamente a la Fiscalía General de la Nación y sólo en casos excepcionales, por motivos expresamente previstos en la ley, puede aplazarla o sustraerse al cumplimiento de ese deber.

Ciertamente, de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución Política, la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen su posible existencia. En consecuencia, no podrá suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado.

No obstante, de lo expuesto no se sigue que en todos los casos en los que la Fiscalía deba ejercer la acción penal, también esté compelida a solicitar medida de aseguramiento restrictiva de la libertad por la mera satisfacción del presupuesto objetivo, pues esta solamente tiene cabida cuando fundadamente se advierte necesaria para conseguir “la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”.

Lo anterior, por cuanto la libertad de las personas -de conformidad con la misma normativa atrás mencionada, entendida en armonía con los artículos 28 y 29 de la Carta Política- es el parámetro general con el que debe adelantarse la actuación penal y su restricción tiene carácter excepcional, como en efecto quedó consagrado en el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal de 2004, al punto que la medida de aseguramiento debe estar acompañada de los elementos de conocimiento necesarios para

sustentarla y demostrar la urgencia de su imposición (artículo 306 ídem).

En este orden de ideas, frente a la ausencia de elementos de conocimiento -que permitan advertir que el imputado obstruirá el debido ejercicio de la justicia, o que constituye peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o que no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia-, la Fiscalía debe abstenerse de pedir la restricción preventiva, pues además de que su petición en todos los casos, como lo advirtió el Tribunal, no es lo que ordena el derecho (artículos 250 de la Constitución Política, 2, 295, 296, 308, 309, 310, 311 y 312 de la Ley 906 de 2006), resulta ilógico obligarla a través del delegado fiscal, a formular solicitudes desprovistas de fundamento y en sentido contrario a su convicción basada en los elementos de conocimiento, máxime cuando las víctimas -de acuerdo con el inciso 43 del artículo 306 del Código de Procedimiento Penal de 2004, modificado por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011 y la sentencia C-209 de 2007- están habilitadas para presentar directamente petición de medida de aseguramiento ante el Juez de Control de Garantías, cuando el fiscal no lo hace.

6.4.2. La impugnación indica que TÉLLEZ PARRA contaba con los elementos materiales probatorios que le permitían “una inferencia mínima de autoría, no sólo para efectuar la imputación, sino para haber solicitado la imposición de la medida de aseguramiento privativo de la libertad en establecimiento de reclusión”.

Esta afirmación supone que la detención preventiva, en tratándose de delitos cuya pena mínima es igual o superior a 4 años, tiene lugar con la sola existencia de elementos de convicción que permiten inferir que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga. Sin embargo, como viene de verse, ello no es suficiente, pues también se requiere fundamentación probatoria que permita demostrar la necesidad de la medida de aseguramiento para la satisfacción de alguno de sus fines constitucionales; cuestión esta última en la que se cimentó la decisión del a quo y

lo propuesto por la apoderada en este punto en nada la confronta.

6.4.3. La alzada señala que atendiendo (i) a “la modalidad del delito, -Inocencio Oropeza- constituía un peligro para la seguridad de la sociedad”, y (ii) por “el lugar de la comisión de los hechos (...), el municipio de -su- residencia (...) era posible una obstrucción a la justicia”.

No aclara la apoderada a qué hace referencia con la “modalidad del delito”. No obstante, si lo que quiso significar es que se trató de un homicidio y por ese sólo hecho el autor es peligroso para la sociedad, su proposición desconoce el Derecho, toda vez que: (i) resulta contrario al parámetro general de libertad en la actuación penal (artículo 2954 del Código de Procedimiento Penal de 2004), regla que opera, precisamente, a favor de los imputados, es decir de quienes la Fiscalía a partir de los elementos de convicción recaudados, considera autores o partícipes de alguna conducta punible; y (ii) pasa por alto la obligación de la Fiscalía de sustentar, más allá de la mera participación en la conducta, la necesidad de imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad (artículos 2965, 3066 y 310 ídem), sin lo cual esta restricción no podría realmente tener carácter excepcional.

La apelante con la segunda afirmación, consistente en que por el lugar de la comisión de los hechos -el municipio de residencia del imputado-, “era posible una obstrucción a la justicia”, propone una relación consecuencial especulativa, y sin que realmente enseñe algún elemento de conocimiento indicador de que Inocencio Oropeza estaba determinado o tenía la capacidad de entorpecer o desviar el ejercicio de la administración de justicia.

6.4.4. Señaló la apelante que la medida de aseguramiento era: “adecuada, porque no existía otra medida para la protección de la sociedad”.

Al respecto cabe precisar, que el examinar si un medio legal y constitucional restrictivo de

derechos resulta de imposición imprescindible por no existir otro igualmente idóneo que limite menos los derechos constitucionales de cara a conseguir el fin propuesto, no es un juicio de adecuación sino de “necesidad”⁷, lo cual, en el asunto que el funcionario indiciado tuvo que afrontar, exigía determinar previamente si Inocencio Oropeza constituía un riesgo para la seguridad de la sociedad, sobre lo cual, el Tribunal para precluir advirtió que los elementos de juicio mostraron lo contrario, cuestión que la alzada realmente no desvirtuó.

6.4.5. Indicó la impugnante que (i) la medida de aseguramiento resultaba “proporcional”, “porque si colocamos en una balanza el derecho fundamental a la libertad de un ciudadano a los derechos de la comunidad (sic), (...) la libertad al no ser un derecho absoluto se debe restringir, aún más cuando se ataca el derecho más valioso que puede tener un individuo como el de la vida” y (ii) dejar en libertad a Inocencio Oropeza durante la actuación penal “no era proporcional al daño que él había causado”.

Las dos aseveraciones se apartan tanto de los contenidos legales y constitucionales como de la dogmática sobre argumentación basada en el principio de la proporcionalidad, como se pasa a demostrar:

Ciertamente los derechos fundamentales son limitables de cara a la satisfacción de fines constitucionales, -lo cual significa que también cuentan con algún margen de aplicación-. Sin embargo, lo propuesto por la recurrente con la primera afirmación no implicaría solamente su restricción, sino su total aniquilamiento, pues, de acuerdo con su opinión, la tensión entre aquellos y el interés de la comunidad, siempre tendría que resolverse a favor de este último por ser más importante o de mayor valor, con lo cual quedarían en absoluto vacío los primeros.

Para que esto no ocurra el examen o juicio de proporcionalidad abstracto o

concreto, requiere: (i) previamente verificar que tanto el medio como el fin en sí mismos sean constitucionales, es decir que la elección del primero y fijación del segundo estén dentro del margen de acción que proporciona el Ordenamiento a la autoridad competente para su imposición, y (ii) adelantar el test a través de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación –o proporcionalidad en sentido estricto-.

La idoneidad exige que el medio –restrictivo del derecho individual- sea adecuado para la satisfacción del principio que se beneficia con la realización del fin propuesto, en tanto no es aceptable limitación alguna cuando quiera que con ello no se cumple el propósito constitucional aducido por la autoridad; la necesidad demanda que, de todos los medios posibles de idéntica eficacia, el órgano estatal escoja el que sea menos restrictivo de los derechos; y la ponderación impone que la intensidad de la limitación de la garantía iusfundamental que implica el uso del medio, no resulte mayor que el beneficio jurídico que puede proveer la consecución del fin perseguido⁸.

En palabras de la Corte Constitucional:

“El juicio de proporcionalidad es una herramienta argumentativa que incorpora exigencias básicas de racionalidad medios – fines, así como una exigencia de justificación de la actividad estatal cuando esta restringe los derechos fundamentales de las personas. La proporcionalidad (...) es un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales. El test o juicio de proporcionalidad, quedará superado cuando: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada. Estas etapas

coinciden con los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en los cuales la doctrina nacional y extranjera ha descompuesto el juicio de proporcionalidad". (Sentencia C-575 de 2009).

Entonces, el que sea proporcional la medida de aseguramiento, como viene de verse, significa que la limitación del derecho fundamental -la libertad- que implica su imposición, sea: (i) idónea para la satisfacción de alguno de los fines constitucionales que la justifican -seguridad de la sociedad y las víctimas, efectividad de la administración de justicia y comparecencia del implicado-; (ii) necesaria para ese mismo efecto en los términos atrás explicados, y (iii) ponderada, es decir, que la gravedad de su restricción sea de menor o igual entidad en comparación con la satisfacción del principio o los principios que se pretenden beneficiar con los fines fijados; asunto respecto de lo cual ninguna reflexión aportó la apelante.

De otra parte, contrario a lo propuesto por ésta con la segunda aseveración, la proporcionalidad no debe examinarse en relación con la dimensión del daño que pudo haber cometido el imputado, por cuanto dentro de sus fines legales no está establecido el de imponer una pena o justa retribución anticipada. Incluso, si así fuera eventualmente, igual sería inconstitucional porque el artículo 250 de la Carta Política consagra específicamente los fines de la medida de aseguramiento entre los cuales no se cuenta el sugerido por la apoderada apelante.

Además, aunque esta última norma estructural guardara silencio, es decir, no señalara tales fines, igualmente se quebrantaría la Constitución, pues fijarse como propósito el imponer pena antes de la condena, estaría por fuera del margen de acción que la parte dogmática de la Carta confiere al Estado, en virtud del contenido esencial de la presunción de inocencia⁹

6.4.6. Señala la impugnación que el fiscal indiciado “omitió echarle mano” a los criterios subjetivos del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, incorporados algunos de ellos mediante la Ley 1453 de 2011 con el fin de dotar de mayores “herramientas” a los jueces y fiscales “para imponer medidas de aseguramiento de carácter privativo de la libertad”; y desconoció el artículo “317” de la misma codificación, pues ninguno de los presupuestos allí contenidos era aplicable a Inocencio Oropeza “para dejarlo en libertad”.

Lo anterior distorsiona el contenido del artículo 310 de la Ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1453 de 2011, vigente para el momento en el que el indiciado se abstuvo de pedir medida de aseguramiento, pues en realidad esta normativa suministró al “juez”, no al fiscal, criterios –adicionales a la gravedad y modalidad de la conducta punible- para valorar “si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad”, no de mayores “herramientas (...) para imponer medidas de aseguramiento de carácter privativo de la libertad”.

Es decir, la norma no fue creada para hacer más represivo el control judicial, como lo sugiere la apelante, sino para que el “juez” sea más certero en el pronóstico de la peligrosidad del imputado.

De otra parte, el artículo 317 del Código de Procedimiento Penal de 2004 contiene causales de libertad aplicables a quienes se encuentran privados de ella, las cuales no están llamadas a ser consideradas en el caso de Inocencio Oropeza, pues este permaneció libre hasta cuando culminó el proceso mediante sentencia.

Si bien el Tribunal advirtió que el entonces imputado era padre cabeza de familia de una menor de 8 años de edad y residenciado en una casa de interés social en Monterrey, esto no lo expuso para indicar que se encontraba satisfecho algún presupuesto de la disposición

precitada, sino para mostrar su arraigo y baja capacidad económica, indicativas de la poca o nula probabilidad de que se dispusiera a evadir la acción de la justicia.

6.4.7. El Tribunal indicó que de lo advertido por el fiscal indiciado era innecesaria la privación de la libertad de Inocencio Oropeza, lo cual “resultó ratificado con posterioridad de manera amplia”.

Señaló la impugnante que “independientemente que las víctimas hayan sido reparadas y que Inocencio Oropeza se encuentra purgando una pena en la Cárcel de Yopal, el fiscal TÉLLEZ sí cometió un delito y faltó a su deber legal, toda vez que fue en su momento que se desconocía los resultados que se iban a tener en el transcurso de la investigación y es allí en ese momento cuando se afecta la expectativa de mi poderdante con respecto a la administración de justicia, no es después, no es ahora, es en ese momento, es en el momento que inicia la audiencia el 18 de octubre -de 2012-, que afecta las expectativas de -su- poderdante”.

Advierte la Sala que la atipicidad de la conducta de prevaricato por omisión fue corroborada por el a quo a partir de los elementos de prueba con los que contó el fiscal indiciado para abstenerse de pedir medida de aseguramiento contra Inocencio Oropeza.

Ahora, lo ocurrido subsiguientemente en el trámite, ciertamente no podría servir para reprochar alguna omisión anterior, pero nada impide poner de presente hechos posteriores, no para demostrar, sino para reafirmar lo ya acreditado, es decir, que el pronóstico de TÉLLEZ PARRA a partir de los elementos de conocimiento que tuvo a su disposición fue el correcto, en el sentido de que no había lugar a pedir medida de aseguramiento.

6.4.8. Dice la representante judicial de Gonzalo de Jesús Herrera Gómez, que la detención resultaba “necesaria, -pues- qué puede pensarse de un individuo que portando un arma blanca transgrede a sus congéneres (sic) sin importar causarles la

muerte; por tanto la comunidad necesita la protección por parte del Estado”.

En este punto cabe señalar que, para evitar ambigüedades, quien interpone el recurso de apelación debe expresar su sustentación mediante proposiciones afirmativas o negativas, no interrogativas.

No obstante, se advierte que la pregunta de la apelante supone que Inocencio Oropeza era una persona que andaba por el mundo lesionando seres humanos. Sin embargo, esa sugerencia no la soportó en elemento de convicción alguno.

Contrariamente, la realidad demostrada por la Fiscalía en este asunto y advertida por el Tribunal, consistió en que TELLEZ PARRA al momento que le correspondió, en su calidad de fiscal, formular imputación contra Inocencio Oropeza -de ocupación cantante-, a partir de los elementos de prueba observó que por motivo de celos éste estuvo inmerso en una riña con Javier Humberto Herrera Noguera, persona con quien su compañera o excompañera sentimental tenía nuevo noviazgo, y del suceso resultó herido el último de los mencionados, cuya lesión fue calificada como leve por el personal médico que lo atendió, pero aun así, falleció.

Lo anterior permite advertir que el funcionario indiciado contaba con medios de conocimiento indicativos de que el entonces imputado, si bien cometió una conducta penalmente sancionable, se trató de un hecho aislado, por motivos específicos, con mínima probabilidad de reiteración, constitutiva de un comportamiento excepcional -no rutinario o reiterado-; lo cual no permitía pensar o inferir que Inocencio Oropeza fuera proclive a transgredir la ley penal y que, por lo mismo, se hiciera necesaria su detención para proteger preventivamente a la sociedad.

Adicionalmente, no sobra señalar, Inocencio Oropeza fue procesado estando en libertad, no obstante (i) no se tiene conocimiento alguno que hubiese trasgredido la ley penal durante ese lapso, ni (ii) intentado obstaculizar la administración de justicia, y (iii)

compareció al proceso hasta el día en que fue condenado y privado de la libertad por efecto de la sentencia condenatoria impuesta en su contra por homicidio “preterintencional”, lo cual confirma, como lo advirtió el Tribunal, que la medida de aseguramiento no era necesaria.

En este orden de ideas, si bien el fiscal indiciado se abstuvo de solicitar medida de aseguramiento en las diligencias que adelantó por el homicidio de Javier Humberto Herrera Noguera, con ello no quebrantó el ordenamiento jurídico, pues debido a que no era sustentable la medida de aseguramiento, tampoco estaba en el deber de solicitarla; por consiguiente se mantiene inalterada esta premisa, en la que el Tribunal consideró demostrada la atipicidad del hecho investigado sustentada por la Fiscalía.

6.4.9. De otra parte, indicó la impugnante, que el fiscal omitió enterar a las víctimas sobre la audiencia de formulación de imputación.

La Sala advierte que tanto la denuncia como la indagación se dirigieron contra el fiscal ERNESTO TELLEZ PARRA por haberse abstenido de pedir medida de aseguramiento en la investigación que conoció por el homicidio de Javier Humberto Herrera Noguera, asunto al cual se restringió la petición de preclusión formulada por la Fiscalía y la decisión del Tribunal, por tanto no hay lugar a emitir pronunciamiento alguno en relación con aquella manifestación de la apelante.

Sin embargo, sí cabe señalar que Gonzalo de Jesús Herrera Gómez conoció de la actuación adelantada contra Inocencio Oropeza, al menos desde el 12 de noviembre de 2012 y pese a contar con representación profesional¹⁰, también se abstuvo de pedir medida de aseguramiento.

Incluso la apoderada apelante, manifestó en entrevista: (i) haber representado a Herrera Gómez a partir de la acusación, en el proceso adelantado contra Inocencio Oropeza, y (ii) pese a esto, se abstuvo de solicitar medida de aseguramiento, porque advirtió que éste

“comparecía a las respectivas audiencias”¹¹.

Consecuencia de lo anterior, la decisión que se impone es la confirmación de la preclusión decretada por el Tribunal Superior de Yopal a favor de ERNESTO TÉLLEZ PARRA.

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

RESUELVE

Confirmar la decisión apelada.

Comuníquese y cúmplase.

Contra este auto no procede recurso alguno.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folio 13 de la Carpeta.

2 Auto de 8 de febrero de 2008, radicado 28908, reiterado en AP 17 nov. 2010, rad. 35109; AP 7 de noviembre de 2011, rad. 37613; AP 11 de diciembre de 2012, rad. 42043.

3 “La víctima o su apoderado podrán solicitar al Juez de Control de Garantías, la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que esta no sea solicitada por el fiscal”.

4 “ARTÍCULO 295. AFIRMACIÓN DE LA LIBERTAD. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales. (resaltado fuera de texto).

5 ARTÍCULO 296. FINALIDAD DE LA RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD. La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena. (Resaltado fuera de texto)

6 ARTÍCULO 306. SOLICITUD DE IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO.
<Artículo modificado por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El fiscal solicitará al Juez de Control de Garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento

necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente. (Resaltado y subrayado fuera de texto). (...)

7 El principio de proporcionalidad -en sentido amplio- se desarrolla a través de los subprincipios: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

8 Robert Alexy. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.1993. Pag. 111. (“La teoría de los principios y la máxima de proporcionalidad”).

9 “toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”. -Artículo 29 de la Constitución Política-. (resaltado fuera de texto).

10 Folio 29 del cuaderno donde reposa la actuación adelantada contra Inocencio Oropeza.

11 Folio 101 de la Carpeta.