

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

AP8356-2016

Radicación n° 48969.

(Aprobado Acta n° 387)

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

VISTOS

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el defensor de GLADIS ELENA ZAPATA DUQUE en contra del auto proferido el primero de septiembre del año en curso por el Tribunal Superior de Valledupar, a través del cual negó una solicitud de preclusión presentada por el ahora impugnante.

HECHOS Y ACTUACIÓN RELEVANT

El cuatro de noviembre de 2011 se realizó una diligencia de allanamiento y registro en la que se incautaron 80 galones de gasolina de contrabando. Por esos hechos fue capturado JOHN JAIRO MANOSALVA SUÁREZ, en calidad de presunto responsable del delito favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, consagrado en el artículo 320-1 del Código Penal.

El asunto fue conocido por la fiscal 15 seccional de Aguachica (Cesar), GLADIS ELENA ZAPATA DUQUE, quien únicamente solicitó la audiencia para legalizar dicho acto

de investigación, pero dispuso la libertad del capturado bajo el argumento de que no procedía medida de aseguramiento porque éste no tenía antecedentes penales. Por ello, no se realizó audiencia de legalización de captura ni se formuló imputación (lo que ocurrió en fecha posterior).

La Fiscalía considera que la decisión tomada por la funcionaria es manifiestamente contraria a derecho, porque el delito por el cual se procedió tiene asignada una pena que en su extremo mínimo es superior a 4 años, lo que hacía obligatoria la audiencia de legalización de captura, así la fiscal hubiera decidido no solicitar medida de aseguramiento.

Por tanto, le formuló imputación, y luego la acusó ante el Tribunal Superior de Valledupar, por el delito de prevaricato por acción, consagrado en el artículo 413 ídem.

Una vez realizada la audiencia preparatoria, el primero de septiembre del presente año el defensor de la procesada solicitó la preclusión de la instrucción, por la causal tercera del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

Estructuró su disertación sobre la idea de que esa norma no se refiere al “hecho” desde la perspectiva fenomenológica, sino a su relevancia jurídica, de tal manera que cuando se establece que el comportamiento investigado no encaja en un tipo penal, puede concluirse que “el hecho no existió”.

Al efecto, planteó que su defendida se limitó a restablecer la libertad del capturado, lo que debe constituir la regla general en un sistema acusatorio, y que, además, marca la diferencia con los anteriores regímenes procesales, marcadamente inquisitoriales. Añadió que este tipo de decisiones son tomadas todos los días en la ciudad de Bogotá, y que no se tiene noticia de que los fiscales hayan sido investigados por ello.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

En la misma fecha (1º de septiembre de este año), el Tribunal negó la solicitud del defensor, bajo el argumento de que durante la fase de juzgamiento, por expresa disposición legal, sólo es procedente la preclusión por las causales 1 y 3 del artículo 332, esto es, por imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal o por inexistencia del hecho investigado.

Estas circunstancias deben ser sobrevinientes, según lo establecido en el párrafo del artículo en cita, requisito que no se cumple en este caso -agregó-.

Expuso además que cuando la norma se refiere a la inexistencia del hecho, lo hace desde la perspectiva fenomenológica y no jurídica, pues esto último corresponde a la tipicidad, que, en el ámbito de la preclusión, fue considerado en el numeral 4 del referido artículo 332.

Fundamentó su argumentación en las decisiones emitidas por esta Corporación sobre el tema objeto de debate.

LA IMPUGNACIÓN

El defensor plantea lo siguiente:

Esta Sala, al interpretar el sentido y alcance de la causal de preclusión consagrada en el numeral 3 del artículo 332, así como las oportunidades que tiene la defensa de solicitar la aplicación de esa figura en la fase de juzgamiento, incurrió en la falacia denominada petición de principio.

Por tanto, si se tiene en cuenta que las decisiones de esta Corporación sólo constituyen

un criterio auxiliar, para solucionar el caso objeto de estudio debe acudir a otra interpretación de la norma atrás citada.

En el sistema procesal penal colombiano, a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes, la acusación no tiene control material, además que la misma se surte ante el juez de conocimiento (y no ante un juez de control de garantías, como en otros países latinoamericanos), lo que da lugar a que el mismo “se contamine” con esta información.

Si la acusación no tiene control, resulta inadmisibles que sólo la Fiscalía, en la fase de instrucción, pueda solicitar la preclusión por la “atipicidad del hecho investigado”, lo que genera indefensión para el procesado y obliga a la Judicatura a adelantar procesos por conductas evidentemente atípicas.

Por tanto, cuando la norma alude a “inexistencia del hecho”, debe entenderse en el ámbito de su relevancia jurídica y no simplemente desde la perspectiva fenomenológica.

Entendido de esa forma el ordenamiento jurídico, debe resolverse si su representada emitió una decisión manifiestamente contraria a derecho, así como la falta de afectación del bien jurídico tutelado con la consagración del delito de prevaricato, máxime si se tiene en cuenta que el procesado MANOSALVA (a quien la fiscal ZAPATA DUQUE le otorgó la libertad), compareció a la audiencia de formulación de imputación y se allanó a los cargos.

LOS NO RECURRENTES

El delegado de la Fiscalía solicita la confirmación del auto impugnado, básicamente por las mismas razones expuestas por el Tribunal.

CONSIDERACIONES

La decisión apelada debe ser confirmada, por las siguientes razones:

El artículo 332 de la Ley 906 de 2004 consagra como causales de preclusión, entre otras, la “inexistencia del hecho investigado” (numeral 3º) y la “atipicidad del hecho investigado” (numeral 4º).

En el párrafo se establece que “durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1º y 3º, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión”.

La literalidad de la norma no se presta a equívocos, porque la inexistencia del hecho no puede tener un entendimiento diferente al sentido fenomenológico, mientras que la tipicidad, como bien se sabe, no es otra cosa que la adecuación de la conducta a uno de los tipos penales. Esta diferenciación puede hacerse a la luz del entendimiento más básico del derecho penal.

Además, asumir que el legislador quiso decir exactamente lo mismo cuando se refirió a la inexistencia del hecho y a la atipicidad del mismo, no sólo contraviene el sentido natural y obvio de estos conceptos, sino que además va en contravía del principio de interpretación del efecto útil, porque implicaría que la diferenciación que se hizo en los numerales 3 y 4 del artículo 332 no tiene consecuencias o efectos jurídicos.

En términos simples, fue voluntad del legislador que la preclusión en la fase de instrucción sólo proceda frente a fenómenos de constatación objetiva, que, una vez demostrados, no ameritan mayor discusión (inexistencia del hecho investigado e imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal). Lo demás, debe resolverse en el juicio oral, según los caminos procesales dispuestos en el ordenamiento procesal penal, como bien se anota en las decisiones de esta Corporación, ampliamente ventiladas en el debate surtido en la primera instancia (CSJ SP 9245, 16 Jul. 2014, Rad. 44043, entre otras).

El censor no propone una interpretación diferente del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, o por lo menos no afronta los ineludibles aspectos a que se hizo alusión en los párrafos precedentes. En estricto sentido, se limita a exponer sus opiniones sobre la inconveniencia de la norma, a partir de su comparación con los sistemas procesales de otros países.

Incluso en ese contexto, valga decirlo de paso, no hace una propuesta completa y coherente, porque la inclusión en el modelo procesal de un escenario para controlar la acusación no implica necesariamente la posibilidad de que las partes puedan discutir anticipadamente la tipicidad de la conducta.

En el mismo sentido, la asignación de la dirección de la audiencia de acusación al juez de control de garantías (como sucede en algunos países de la región), tampoco tiene como consecuencia la posibilidad de que las partes discutan anticipadamente si la conducta investigada se adecúa o no a un determinado tipo penal.

En síntesis, el censor pretende anticipar el debate sobre la tipicidad de la conducta de la fiscal GLADIS ZAPATA DUQUE, para lo que insinúa una interpretación inaceptable del numeral 3º del artículo 332. El Tribunal acertó al denegar la respectiva solicitud de preclusión, porque en la fase de juzgamiento ese camino procesal (la solicitud de preclusión) sólo procede cuando se alegue la inexistencia del hecho (que no puede confundirse con su atipicidad) o la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal.

Lo anterior sin perjuicio de que en el juicio oral (escenario natural de este tipo de debates) la defensa pueda exponer sus argumentos probatorios y jurídicos, orientados a demostrar que la conducta de la fiscal ZAPATA DUQUE es atípica, esto es, que no se adecúa al tipo penal de prevaricato, que el respectivo bien jurídico no resultó

afectado, etcétera.

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

RESUELVE

Confirmar el auto del primero de septiembre de 2016, a través del cual el Tribunal Superior de Valledupar negó la solicitud de preclusión presentada por el defensor de GLADIS ELENA ZAPATA DUQUE.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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

