

Eyder Patiño Cabrera

Magistrado ponente

AP3188-2019

Radicación No. 50987

Aprobado en acta No. 195

Bogotá, D.C., seis (06) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

1. Asunto

Se resuelve la apelación interpuesta por la Fiscalía en contra de la decisión de 24 de julio de 2017, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla no decretó la preclusión de la indagación a Elkin José Chiquillo Povea, investigado por la posible comisión del delito de prevaricato por acción, previsto en el artículo 413 del Código Penal.

2. Hechos

Según la Fiscalía¹:

El 12 de junio de 2009, en Barranquilla (Atlántico), sobre la media noche, en el edificio Balcones del Country, apartamento 803, lugar de residencia de Roberto Calderón Cujía, ocurrió la muerte violenta de Roberto Mario Machado Salazar y Jorge Luis Prada Jiménez, al caer al vacío.

En la misma escena, resultó con lesiones personales Calderón Cujía, ocasionadas con «arma contundente», quien instantes antes del episodio fue golpeado por dos personas desconocidas.

La investigación de estos hechos se asignó a la Fiscalía 31 Seccional de la misma ciudad, bajo el SPOA N°. 0800160010552009-02571, despacho que el 30 de septiembre de 2012 ordenó remitir la actuación a la Unidad de Fiscalía Especializada de Barranquilla, con fundamento en el artículo 35, numeral 8° de la Ley 906 de 2004, al considerar que, además de los homicidios, también se incurrió en el presunto delito de tortura, correspondiendo conocer a la Fiscalía 7ª de la misma2.

Previo a lo anterior, mediante Resolución N°. 290 de 3 de septiembre de 2012, suscrita por el Director Seccional de Fiscalías de Barranquilla se había asignado la carga laboral de la Fiscalía 7ª de la Unidad Especializada de Barranquilla al Fiscal 2° Delegado Especializado Elkin José Chiquillo Povea, por el término de las vacaciones del titular, comprendidas entre el 15 de septiembre a 9 de octubre de 20123.

El 5 de octubre de esa anualidad Chiquillo Povea dentro del caso antes señalado, en relación con la situación fáctica en la que resultó como presunta víctima Roberto Calderón Cujía –«homicidio en grado de tentativa y hurto calificado agravado»-, ordenó4:

(i) el archivo de las diligencias, dada la imposibilidad de iniciar el ejercicio de la acción penal, por cuanto los indiciados eran los dos occisos antes nombrados –decisión suscrita a las 15:30 p.m.-5; (ii) generar un nuevo radicado en el Sistema de Información de la Fiscalía General de la Nación para el Sistema Penal Oral Acusatorio –SPOA- para investigar la hipótesis propuesta en las declaraciones de los padres de Roberto Mario Machado Salazar y Jorge Luis Prada Jiménez, en los informes N°. 001 –«de reconstrucción forense»-, aportado por el apoderado de una de las víctimas y 0006 de 2012 de Policía Judicial –«análisis de la escena comportamental»-; y, (iii) en formato aparte, dar respuesta a las

peticiones de los anteriores sobre «el inicio de la acción penal» en contra de Roberto Calderón Cujía.

En la misma fecha, el Fiscal Elkin José Chiquillo Povea dejó por escrito una «constancia» - actuación realizada a las 16:00 p.m.- en la cual indicó⁶: (i) la no existencia de medios de conocimiento suficientes para respaldar una inferencia razonable de autoría o participación en los homicidios por parte de Roberto Calderón Cujía; y, (ii) la valoración de los elementos materiales probatorios, evidencias e informes legalmente obtenidos que obraban dentro de la carpeta, que lo llevaron a restarle credibilidad, lo que le impedían, en su criterio, solicitar orden de captura y formular imputación de cargos en contra del citado.

El 24 de mayo de 2013, Mario de Jesús Machado Machado y Jorge Enrique Prada Pacheco, progenitores de los obitados, formularon queja en contra de Elkin José Chiquillo Povea en la que manifestaron su inconformidad con el archivo pues no estaban de acuerdo con la calificación de los hechos respecto del «aparente hurto y homicidio en grado tentado del que supuestamente fue víctima Roberto Calderón Cujía»; además, estimaron que con la «constancia» antes mencionada el servidor público «destruyó la prueba científica» obrante en la carpeta, de la cual se deriva el homicidio de los jóvenes, y no un suicidio, a quienes el funcionario «atribuyó una vida licenciosa para justificar la decisión»⁷.

De otra parte, estimaron que Elkin José Chiquillo Povea ha debido convocar a una audiencia de preclusión ante juez de conocimiento, actuar que socavó las bases del sistema penal acusatorio.

3. Antecedentes procesales

El 28 de noviembre de 2013 la denuncia fue recibida en la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla, correspondiendo conocer a la

Fiscalía 7ª, despacho que dispuso la elaboración del programa metodológico⁸.

El 10 de diciembre de 2013 se ordenó escuchar en diligencia de interrogatorio a Elkin José Chiquillo Povea, el cual se realizó el 3 de febrero de 2014⁹.

Luego de practicar algunas labores de indagación, el ente acusador, el 11 de enero de 2017, solicitó audiencia de preclusión de la investigación ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla¹⁰, la cual se negó.

4. Fundamentos de la solicitud de preclusión de investigación

Estimó que Elkin José Chiquillo Povea, en su calidad de Fiscal 2º Especializado, archivó el 5 de octubre de 2012 la indagación por «el delito de hurto», dado que los jóvenes Roberto Mario Machado Salazar y Jorge Luis Prada Jiménez fallecieron, resolución en la cual anunció que dejaría una aclaración respecto del punible de homicidio de los mencionados, otra de las hipótesis de investigación, la cual suscribiría por separado¹¹. Previo al desarrollo de la argumentación adujo que no cuestionaría la orden de archivo.

Por ello, el Fiscal Delegado ante el Tribunal, centró su exposición en la «constancia» expedida ese mismo día por Elkin José Chiquillo Povea, dirigida tanto a los padres de los citados como a sus apoderados, la cual tiene, en su criterio, el carácter de «una orden», y es, objetivamente, contraria a derecho, al vulnerar el Acto Legislativo N°. 3 de 2002, pues a los Fiscales les está vedado hacer esa clase de valoraciones, propias de los jueces de conocimiento, actuar cuya consecuencia fue la de «cerrar toda puerta a las víctimas»¹².

Consideró que si bien es cierto no era el momento procesal para cuestionar los actos de investigación de la Policía Judicial, la evaluación de los medios de conocimiento puede incidir en el criterio de otro funcionario que conozca del asunto.

Sin embargo, estimó que la intención del investigado era informar a Mario de Jesús Machado Machado y Jorge Enrique Prada Pacheco la razón por la cual no había mérito para solicitar la orden de captura en contra de Roberto Calderón Cujía, como tampoco formularle imputación, en relación con el presunto homicidio de los jóvenes, aspecto que descarta el dolo en su actuar, máxime cuando ordenó una nueva radicación para este hecho y expidió actos de investigación tendientes a esclarecer el mismo.

En consecuencia, solicitó la preclusión de investigación por atipicidad subjetiva, con fundamento en la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, ante la ausencia del conocimiento y voluntad en Elkin José Chiquillo Povea de cometer el delito de prevaricato por acción.

La defensa¹³ y Elkin José Chiquillo Povea¹⁴ apoyaron la solicitud; sin embargo, consideraron que ni siquiera objetivamente se configuró el tipo penal pues la «constancia» analizada no fue una «orden, decisión, concepto o dictamen» y el único ánimo del segundo fue el de informar a los padres de los fallecidos por qué razón no se imputaban cargos en contra de Roberto Calderón Cujía. Del mismo modo, consideraron que, en gracia de discusión, en la pieza procesal no hubo dolo.

5. Providencia apelada

Los fundamentos de la primera instancia fueron los siguientes¹⁵:

Estimó que son dos las decisiones que adoptó el investigado: (i) la orden de archivo de 5 de octubre de 2012 en relación con el presunto hurto agravado y homicidio tentado del que fue víctima Roberto Calderón Cujía; y, (ii) la «constancia» en formato separado, dejada en la misma fecha.

Si bien en la primera determinación evaluó la procedencia de la imposibilidad de seguir la investigación dada la muerte de Roberto Mario Machado Salazar y Jorge Luis Prada Jiménez, en esta resolución hizo valoraciones que lo llevaron a concluir cierta responsabilidad penal de los jóvenes, pues habrían ingresado al domicilio de Roberto Calderón Cujía a hurtar y, por ello, negó que se haya cometido un homicidio en la humanidad de los dos primeros.

En criterio del cuerpo colegiado, el indiciado olvidó que la Fiscalía General de la Nación es la titular de la acción penal y, por lo tanto, no podía, en una resolución de archivo, realizar apreciaciones sobre tales aspectos, las cuales debieron ser puestas en conocimiento de un Juez de Conocimiento.

Si a juicio de Elkin José Chiquillo Povea, lo sucedido en la escena de los hechos fue que los extintos entraron a hurtar y se lanzaron desde el 8° piso, ha debido invocar una solicitud de preclusión y no realizar juicios «ex ante a través de un archivo y una constancia», puesto que, en estas dos decisiones, pudo invadir la órbita de competencia de quien le corresponde realizar la evaluación probatoria y tomar la providencia de fondo.

Recordó que, cuando la Fiscal 31 Seccional de la Unidad de Vida remitió la actuación a la Unidad de Fiscalía Especializada, adujo que no solo se estaría frente a un «homicidio sino a una tortura». Sin embargo, al arribar el expediente al despacho del investigado le concernía seguir conociendo de la investigación o, en caso de estimar que no se configuraba la última ilicitud, invocar un conflicto de competencia.

Consideró que el indiciado se apartó del criterio de su colega, al aplicar el artículo 79 de la Ley 906 de 2004 y dejar una «constancia» con apreciaciones probatorias, ordenando la apertura de otro radicado, las cuales pueden afectar el criterio del servidor público que actualmente conoce del asunto. Así mismo, si consideraba que no había mérito para imputar por el homicidio ha debido solicitar la preclusión de la investigación.

El a quo estimó que, si el archivo respecto del delito en contra del patrimonio económico de Roberto Calderón Cujía procedía por la muerte de los jóvenes -causal objetiva-, no podía el investigado valorar las pruebas a modo de juez y concluir que Roberto Calderón Cujía era ajeno al fallecimiento violento de los jóvenes. Por ello, no está clara la atipicidad alegada, pues es necesario investigar si Elkin José Chiquillo Povea incurrió en prevaricato por acción o abuso de función pública.

6. Fundamentos de la alzada

La Fiscalía apeló la decisión¹⁶ y, en su lugar, pidió su revocatoria.

Adujo que no existe una circunstancia «válida jurídica» de la que se pueda inferir que se desestructuró el proceso penal puesto que el indiciado jamás archivó por el delito de homicidio. En la «constancia» expedida por Elkin José Chiquillo Povea no hay «un concepto, resolución o dictamen», pues tan solo informó a «los padres de los muchachos fallecidos» que no se encontraban los requisitos para imputar cargos a Roberto Calderón Cujía por algún delito.

Estimó que el proceso en contra de este último está vigente «y en cuatro años la Fiscalía General de la Nación ni siquiera ha encontrado una inferencia razonable». Además, resaltó que el investigado emitió 11 órdenes a Policía Judicial para determinar si Calderón Cujía tenía responsabilidad en los hechos.

Ahora, si hubo alguna equivocación en el archivo, no se evidencia la contrariedad con la ley, dado que el indiciado no les restó valor a las pruebas.

7. Argumentos de los no recurrentes

7.1. La víctima¹⁷ -padre de Jorge Luis Prada Jiménez- solicitó la confirmación de la decisión por cuanto (i) el indiciado, en su propia cara, le dijo que su hijo era un bandido; y, (ii) a este «lo tiraron del 9° piso, por el ducto». Además, consideró que el Fiscal «cogió el proceso y lo dividió».

7.2. La defensa técnica¹⁸ respaldó la posición del ente investigador y, por ello, pidió la revocatoria del auto apelado. Estimó que la investigación por la muerte violenta de los jóvenes está incólume y continúa en etapa de indagación. La constancia fue un acto de respeto a las víctimas y lo único que hizo Elkin José Chiquillo Povea fue aplicar el artículo 11 de la Ley 906 de 2004 para dar información detallada a los progenitores de los occisos y a sus apoderados, actuación que no invade la esfera del prevaricato por acción pues está ausente el elemento subjetivo y no existe prueba del interés de su prohijado en ese caso.

7.3. La defensa material¹⁹ pide se revoque el auto. Preciso lo siguiente:

(i) el archivo se refirió a las lesiones que presentó Roberto Calderón Cujía, y ante la imposibilidad de determinar los autores de este, optó por esa decisión; (ii) en relación con el fallecimiento de los jóvenes dispuso que siguiera la actuación, al punto de dar órdenes a Policía Judicial para desentrañar si se estaba ante un delito de tortura; (iii) la equivocación en la constancia, al hacer valoraciones, es consecuencia del «chip adquirido (sic)» con motivo de la Ley 600 de 2000, pero ello no quiere decir que sea contraria a derecho, pues está ausente el elemento subjetivo del tipo; y, (iv) no hay abuso de funciones públicas, por cuanto el proceso llegó asignado por la Dirección Seccional de Fiscalías.

8. Consideraciones

8.1. Competencia

La Sala Penal de la Corte es competente para conocer de la apelación presentada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, por tratarse de la impugnación de una decisión adoptada en el curso de un proceso adelantado ante un Tribunal Superior de Distrito Judicial.

8.2. Asunto de debate

En atención al tema propuesto en el recurso, esta Corporación está circunscrita a establecer si en el presente evento, de acuerdo con la evidencia aportada, se demostró la causal contenida en el artículo 332, numeral 4º, de la Ley 906 de 2004 -atipicidad de la conducta-.

Previo a resolver lo anterior se realizará un breve marco conceptual sobre la preclusión de la investigación y el motivo que invocó el ente acusador, de acuerdo con los desarrollos de la jurisprudencia.

8.3 Presupuestos teóricos en relación con la preclusión de la investigación y la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004

La preclusión es una forma de terminación de la investigación o de la indagación, a la que se llega cuando la evaluación de lo adelantado permite concluir que se está en frente de uno de los motivos previstos en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004. Ese es el criterio de la Sala de Casación Penal contenido en CSJ 24 abr. 2013, rad. 40367:

En efecto, una vez instaurada la denuncia o iniciada de oficio la indagación, el Fiscal elabora el programa metodológico orientado a constatar la materialidad u 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 investigación²⁰.

En consecuencia, debe ser solicitada, por regla general, por el ente acusador y decidida por el juez de conocimiento. La determinación que se adopte hace tránsito a cosa juzgada. (CSJ AP6492-2017, rad. 50009).

Por esa razón, en garantía del derecho de las víctimas, se permite, en el curso de la audiencia, presentar elementos de conocimiento, intervenir en su realización u oponerse a su decreto para lo cual pueden hacer uso de los recursos ordinarios (CSJ AP1741-2017, rad. 47551).

De otro lado, la causal que se invoque debe estar debidamente probada, lo que implica que quien solicite la preclusión tiene obligación de entregar los elementos de prueba y argumentos suficientes para demostrar, más allá de toda duda, que se configura el motivo. (CSJ AP1859-2019, rad. 55045).

Al fallador le está vedado pronunciarse sobre un aspecto diverso del invocado por el solicitante, pues en el contexto de un sistema adversarial, los interesados tienen la carga de aportar los argumentos y los elementos materiales probatorios en que se soportan²¹.

Frente a la causal contenida en el numeral 4° del canon 332 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación ha determinado que la atipicidad que se alega deber ser absoluta (CSJ AP, 27 nov. 2013, rad. 38458):

[...] se refiere a la “atipicidad del hecho investigado”, contexto dentro del cual resulta incontestable 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 sucedido.

Respecto al numeral 4º del citado canon, la Corte manifestó en CSJ SP2650-2015, rad 43023: (i) por un lado, la conducta ha de adecuarse a las exigencias materiales del tipo objetivo -sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento-; (ii) y, de otro, debe cumplir con la especie de conducta -dolo, culpa o preterintención- establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo), puesto que conforme al «artículo 21 del Código Penal, todos los tipos de la parte especial corresponden a conductas dolosas, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales».

Lo anterior implica que el juez de conocimiento ante una solicitud de preclusión fundamentada en la causal 4º debe encontrar probado que: (i) no se reúnen los elementos constitutivos del tipo penal; o, (ii) a pesar de lograrse esa adecuación, la conducta no se cometió dentro de la forma subjetiva que le corresponde al delito endilgado. (CSJ AP210-2019, rad. 48721).

Cuando la petición se realiza en la etapa de indagación, la Fiscalía tiene un rol protagónico, pues la Ley 906 de 2004, tal como se consagra en sus artículos 331 a 335, al otorgar legitimidad para solicitar la preclusión en ese estadio procesal²², involucra una alta carga argumentativa y demostrativa «para evidenciar que ha efectuado el análisis respecto de todos los posibles hechos punibles puestos a su conocimiento». (CSJ SP023-2019, rad. 50053).

9. Caso concreto

Esta Sala anuncia que confirmará la decisión objeto de alzada por las siguientes razones jurídicas:

En el presente evento, es evidente la falencia del Fiscal Delegado en el argumento para fundamentar la preclusión de la investigación en favor de Elkin José Chiquillo Povea, pues tan solo: (i) narró la situación fáctica investigada, soslayando la noticia criminal que dio origen a la actuación, la cual indicaba que fueron dos los motivos de queja –irregularidades en el archivo y en la expedición de una «constancia», ambas de 5 de octubre de 2012-; y, (ii) expuso su criterio particular respecto a las razones por las cuales consideraba que no hubo dolo en la conducta del investigado, sin indicar qué elementos materiales probatorios respaldaban esta conclusión, llegando, incluso, a suplir estos con el conocimiento privado que tiene del «comportamiento honesto del citado».

Recuérdese que el radicado N°. 0800160010552009-02571 se inició con la noticia criminal suscrita por funcionarios de la URI de Barranquilla, quienes dieron cuenta de la presencia de dos cuerpos sin vida en la calle 78 N°. 57-180, edificio Balcones del Country de la misma ciudad, razón por la cual la Fiscalía Seccional destacó a un grupo de tareas especiales –Unidad de Análisis de Comportamiento Criminal con sede en Bogotá, D.C.- con la finalidad de llevar a cabo labores de indagación.

Fue así como se elaboraron los informes técnicos de laboratorio de 27 de marzo de 2012 y N°. 0006-2012, suscritos por profesionales especializados en balística forense, hoplología y medicina forense, quienes en sus conclusiones señalaron, respectivamente, conforme lo analizó la Fiscalía 31 Seccional que inicialmente conoció del asunto, los cuales fueron fundamento para enviar por competencia la carpeta a las Fiscalías Especializadas, al señalar lesiones ocasionadas antes de morir los jóvenes, que podían constituir «tortura»²³:

[...]

El lugar de impacto y los cálculos matemáticos, determinantes de la velocidad horizontal, descartan de plano una caída libre de los cuerpos de las víctimas; según los hallazgos derivados del análisis sistemático de los elementos probatorios allegados, permiten concluir que los hechos que motivan el presente informe pericial, no son compatibles con aquellos casos comprobados de auto eliminación desde caída de altura; los occisos, previo su lanzamiento desde la terraza, fueron sometidos a violencia física de carácter instrumental orientada a su sometimiento; los lesionados fueron abordados en la escena primaria con la intencionalidad de ser los únicos destinatarios de la agresión física que derivó su muerte²⁴.

[...]

Las víctimas Roberto Mario Machado Salazar y Jorge Luis Prada Jiménez que se evidencia (sic) al momento de la necropsia médico-legal, múltiples lesiones de naturaleza abrasiva y morfología horizontalizada, las cuales se corresponden indudablemente con traumas en patrón de arrastre ocasionados por contacto directo de las regiones anatómicas afectadas contra una superficie áspera, al ser halados violentamente los cuerpos por una fuerza ajena a los hoy occisos²⁵.

Los anteriores dictámenes fueron el fundamento de la funcionaria que remitió por competencia la actuación a las Fiscalías Especializadas, proponiendo conflicto administrativo en caso de no acogerse sus planteamientos.

No obstante, allegadas las diligencias a conocimiento del Fiscal encargado de la carga laboral de la Fiscalía 7ª Especializada Elkin José Chiquillo Povea, este evaluó, el 5 de octubre de 2012, la evidencia y concluyó que Roberto Calderón Cujía sufrió un atentado en contra de su vida, admitiendo la «posibilidad de una tentativa de hurto».

Por ello, estimó que ante el fallecimiento de Roberto Mario Machado Salazar y Jorge Luis Prada Jiménez era imposible iniciar el ejercicio de la acción penal, razón por la cual procedió

a archivar la actuación en relación con ese episodio y ordenó generar un nuevo número de radicación SPOA, para que se investigara la otra hipótesis que se desprendía, conforme lo reconoce, a partir de (i) las declaraciones de los padres de los jóvenes obitados; (ii) el documento sobre la reconstrucción forense N°. 1, aportado por el apoderado del primero²⁶; y, en (iii) el informe N°. 006 de 2012, relacionado con el análisis de la escena comportamental, elaborada por los investigadores del C.T.I. Edgar Ramos Saldaña y Erick Rodolfo Ruíz Hernández.

Sin embargo, en el último párrafo de la orden de archivo consignó: «[...] empero ha de advertirse, que a través de un formato de constancia, el Despacho dará respuesta a las peticiones de inicio de la acción penal en contra de Roberto Calderón Cujía que estos directamente y a través de sus apoderados han demandado de la Fiscalía y al mismo se adjuntará copia de esta decisión para que queden enterados del contenido de la misma [...]», la cual se expidió ese mismo 5 de octubre de 2012.

Obsérvese, tal como lo advirtió el ad quem, que no se puede soslayar que la «constancia» expedida por el investigado fue consecuencia de la decisión de archivo adoptada inicialmente –con relación sustancial–, actuaciones en las que hizo valoración probatoria, estableciéndose un nexo causal entre los argumentos de la primera decisión y la segunda tendiente a desvirtuar los medios de conocimiento recopilados, entre estos, los dictámenes técnicos. Incluso, existe secuencia en el tiempo pues el archivo se suscribió el 5 de octubre de 2012 a las 15:30 p.m. y la «constancia», media hora después, es decir, a las 16:00 horas, conforme se observa en los formatos utilizados para la expedición de tales actuaciones²⁷, ambas actuaciones de 13 páginas cada una.

Si bien el Fiscal Chiquillo Povea rotuló como «constancia» el documento en mención, en la que plasmó una valoración probatoria, extendida en 13 hojas, esta sigue el mismo hilo argumentativo implementado en el archivo, al punto de advertir que «[...] frente a las insistentes peticiones que demandan orden de captura contra Roberto Calderón Cujía, este

despacho se abstiene de dar curso a las mismas, por las razones que aparecen consignadas en la orden de archivo que se adjunta y en las siguientes consideraciones [...]», razón por la cual, seguidamente, hizo crítica probatoria de la evidencia científica para concluir que «no existen elementos probatorios que permitan soportar una inferencia razonable de autoría material de Roberto Calderón en estos hechos ni tampoco a título de partícipe [...]».

Ambas actuaciones –archivo y «constancia»- fueron objeto de denuncia por parte de los padres de Roberto Mario Machado Salazar y Jorge Luis Prada Pacheco, por cuanto consideran irregular que el Fiscal haya realizado evaluaciones propias de un juez de conocimiento, al punto de destruir la evidencia y socavar las bases del sistema acusatorio.

Por ello, resulta evidente que el ente de investigación, en la fundamentación de la preclusión, pasó por alto lo siguiente:

Según el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, el organismo acusador puede disponer el archivo de las diligencias «cuando tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal [...]».

La Corte Constitucional, en el estudio de constitucionalidad de la norma, determinó que los «motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito» corresponden a la tipicidad objetiva y la decisión del archivo de las diligencias debe ser motivada y comunicada al denunciante y al Ministerio Público para el ejercicio de sus derechos y funciones. (CC C-1154-2005).

De igual manera, de conformidad con las normas contenidas en los artículos 82 del Código Penal y 77 de la Ley 906 de 2004, una de las causales para extinguir la acción penal, es la muerte del procesado. La última norma, aplicable al asunto, determina:

Artículo 77. Extinción: La acción penal se extingue por muerte del imputado o acusado,

prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querrela, desistimiento, y en los demás casos contemplados en la ley.

El canon 78 ibidem, en consonancia con lo anterior, indica el trámite para declarar la extinción de la acción penal, el cual es la solicitud de preclusión, que debe propiciar la Fiscalía ante los jueces de conocimiento:

Artículo 78. Trámite de la extinción. La ocurrencia del hecho generador de la extinción de la acción penal deberá ser manifestada por la Fiscalía General de la Nación. La Fiscalía deberá solicitar al juez de conocimiento la preclusión. [...]28.

Por su parte, la Corte Constitucional, ratificó que el competente para adoptar tal decisión es el juez de conocimiento en atención a la consecuencia de la misma:

[...]

De tal suerte que la decisión sobre la extinción de la acción penal, con efectos de cosa juzgada, es de competencia exclusiva del juez de conocimiento, para lo cual el correspondiente fiscal solicitará la preclusión.

En efecto, en los casos de ocurrencia de una causal de extinción de la acción, le corresponde a la Fiscalía solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la investigación, salvo el caso de la aplicación del principio de oportunidad, que tiene unas reglas particulares definidas en el artículo 250 de la Constitución, que asignó su control de legalidad al juez de control de garantías y definió para el efecto unas reglas especiales en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004. (CC C-591-2005).

[...]

En efecto, la solicitud de preclusión deberá ser siempre presentarla por el fiscal ante el juez

de conocimiento; es decir, en cualquier momento, y no solamente a partir de la formulación de la imputación. En otros términos, la declaratoria de preclusión de la acción penal debe ser siempre adoptada por el juez de conocimiento a solicitud del fiscal.

Esta Corporación en CSJ AP1534-2016, rad. 42370, ratificó lo anterior al analizar el artículo 331 de la Ley 906 de 2004, posición reiterada en CSJ AP1962-2016, rad. 44698:

[...] en cuanto a la oportunidad, la preclusión se puede intentar aun antes de la formulación de imputación, tal como lo expresó la Corte Constitucional en sentencia C-591/05, cuando declaró inexecutable la expresión «a partir de la formulación de imputación».

La legitimación en la causa se infiere, cuando enuncia que el fiscal es quien puede incoar la petición; pauta acorde con la Constitución, de conformidad con la decisión C-118/08, pero dependiendo el estado procesal, también están legitimados para pedir la preclusión, el Ministerio Público y la defensa²⁹.

Por último, en cuanto a la competencia, dada la trascendencia de la decisión –hace tránsito a cosa juzgada– la tiene el juez de conocimiento.

Del recuento anterior es evidente el cercenamiento del trámite procesal por parte del indiciado, aspecto que no le mereció cuestionamiento alguno al ente fiscal, tal como lo aclaró al inicio de su intervención, pues «bastaba con demostrar que los jóvenes fallecieron», aunque reconoció que fue excesivo el análisis probatorio realizado por el indiciado, centrando su atención en la denominada «constancia», a la cual le dio naturaleza de orden.

Frente a esta última dirigió su argumento y, por ello, consideró que era contraria a derecho, desde el punto de vista objetivo, pero, subjetivamente atípica, sin probar tal tesis ni tampoco indicar qué evidencia demostraba su premisa.

Repárese frente al archivo, que no se trataba de simplemente constatar la muerte de Roberto Mario Machado Salazar y Jorge Luis Prada Jiménez, sino de solicitar, ante el Juez de Conocimiento, la preclusión de investigación y exponer el argumento más fuerte frente a las hipótesis de investigación, esto es:

(i) por un lado, que el deceso de los citados devino como consecuencia de la caída en su afán por huir de la Policía que arribó al sitio de los hechos, infiriendo la probable participación de estos en el atentado que sufrió Roberto Calderón Cujía; o, (ii) de otro, la versión de los padres de los jóvenes, quienes aseguran que este último es responsable de la tortura pre mortem, dictaminadas científicamente, y del homicidio de aquellos.

Por lo tanto, tal como lo admitió el investigado en el archivo, al optar por la primera y evidenciar la muerte de los probables autores de la conducta en desmedro de Roberto Calderón Cujía, reconoció «la imposibilidad de iniciar siquiera el ejercicio de la acción penal», razón por la cual, en vez de solicitar audiencia de preclusión ante el Juez de Conocimiento, con invocación de la causal 1ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 –imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal-, decidió, unilateralmente, archivar la indagación, por cuanto estimó «la ausencia de sujetos contra quien pueda dirigirse la misma».

En ese ejercicio, contrario a lo que indicó el ente acusador, no se trató del reconocimiento de un simple fallecimiento, sino que realizó valoración probatoria que trascendió el aspecto objetivo, cercenando los derechos de las víctimas –padres de los jóvenes-, quienes tienen la calidad de intervinientes especiales, y podían oponerse a tal postura en la audiencia de preclusión respectiva, la cual nunca solicitó el investigado, aspecto reconocido por la Corte Constitucional en la sentencia CC C-516-2007.

Recuérdese que esa Corporación en CC C-591-2005 determinó que aún tal causal es objeto de valoración por parte del juez de conocimiento: «la muerte del indiciado, no en pocas

ocasiones, ofrece dificultades de constatación, como por ejemplo en los casos de suplantación de cadáver, de desaparición de persona, muerte presunta etc. »³⁰, máxime cuando, en este evento, sobre el suceso, existen dos hipótesis contrapuestas, una de las cuales es la de los denunciantes, quienes basados en prueba científica, afirman que sus hijos fueron torturados antes de fallecer en hechos violentos no esclarecidos, argumento que ratificó Mario de Jesús Machado Machado, padre de uno de los muchachos, en la entrevista rendida ante el C.T.I., en la que narró supuestos hechos irregulares, relacionados con la asignación del asunto en la Fiscalía Especializada, los cuales tampoco se investigaron, coincidiendo con lo realmente acaecido³¹.

Además, la crítica a los medios de conocimiento allegados, que Elkin José Chiquillo Povea extendió a la evidencia científica aportada por el mismo Grupo Especial de investigación destacado para el asunto, lo llevó a trasladar tal razonamiento a la denominada «constancia», anunciada en la orden de archivo, y suscrita en la misma fecha -5 de octubre de 2012, cinco días luego de asumir la carga laboral de la Fiscalía 7ª Especializada-, documento en el que plasmó los motivos para «no soportar una inferencia razonable de autoría material de Roberto Calderón en los hechos ni a título de partícipe».

Para llegar a esa conclusión evaluó diferentes medios de conocimiento que guardan conexión sustancial con la evidencia analizada en la resolución de archivo, elementos materiales probatorios que no se allegaron a este trámite, razón por la cual ni siquiera esta Corporación puede determinar si corresponde a la realidad procesal que tuvo al alcance Elkin José Chiquillo Povea al momento de expedir las dos actuaciones que censuran los denunciantes.

En consecuencia, el documento señalado como «constancia» es una extensión del archivo, al continuar la valoración probatoria incluida en este, pues no se trató de un simple documento en el que se hizo constar un acto o hecho, sino que se realizó una valoración que le correspondía a un juez de conocimiento.

Recuérdese que en el archivo este último valoró los siguientes elementos: entrevistas de Roberto Alejandro Arango Alzate, Adriana Margarita Velasco Borrero, Margarita de Castro, José Luis Méndez Tatis y Roberto Calderón Cujía; la declaración de Juan Carlos Jaime Blanco; y el álbum fotográfico de la escena advertida en el apartamento donde residía Calderón Cujía, respecto de los cuales construyó la argumentación tendiente a demostrar que este último sufrió un atentado en contra de su vida y patrimonio económico³².

Por su parte, en la «constancia», siguió esa línea, evaluando, a modo de complementación, los informes periciales N°. 2959 de 30 de agosto de 2010; 0006 de 2012; el documento suscrito por Navin Catillo López (sic); protocolos de necropsia; actas de inspección al cadáver; la entrevista de Mario de Jesús Roberto Machado (sic); las versiones de «los moradores del apartamento 703» y «del portero», así como la de Isabel María Suárez González, Pablo Rivera Vilas, los hermanos Claudia y David de Castro Macías, apreciación que lo condujo a la ausencia de inferencia razonable de autoría material -ni siquiera de partícipe- en cabeza de Roberto Calderón Cujía³³.

Ante la ausencia de estos elementos materiales probatorios es difícil hacer una estimación acerca de la tipicidad subjetiva en los términos que adujo la Fiscalía Delegada.

Tampoco se verificó el contenido de las solicitudes de las víctimas, aspecto relevante, pues fue la circunstancia que generó la expedición de la «constancia» suscrita por Elkin José Chiquillo Povea en el tiempo del encargo de funciones de la Fiscalía 7ª Especializada.

Obsérvese el organismo acusador aclaró que si bien Chiquillo Povea ordenó abrir un nuevo número SPOA -frente al homicidio de los jóvenes-, ello nunca se materializó, tal como se observa en la carpeta del caso en estudio. En consecuencia, la actuación siguió con el radicado primigenio, razón por la cual la «constancia» integra la actuación procesal, la cual estuvo a la vista de los funcionarios que con posterioridad asumieron el conocimiento del asunto, por lo que, desde este punto de vista, se ha de mirar la trascendencia de las

valoraciones probatorias que realizó el investigado; por ello, la afirmación del ente acusador referida a que «en cuatro años la actuación está en el mismo estadio procesal», no demuestra la atipicidad subjetiva alegada.

Es de resaltar que los únicos elementos materiales probatorios mencionados en la exposición del Fiscal fueron: (i) la resolución con la cual la Fiscalía 31 Seccional envió la actuación a su homóloga Especializada; (ii) el acto administrativo que le asignó funciones en el despacho citado a Elkin José Chiquillo Povea; (iii) la orden de archivo -tangencialmente-; (iv) la «constancia» de la misma fecha, documento sobre el cual gravitó su argumento, calificada de «innecesaria y carente de dolo»; (v) unas órdenes a Policía Judicial expedidas por el investigado, sin explicar la incidencia de estas frente a los hechos violentos en los que resultaron muertos los jóvenes; (vi) el interrogatorio a indiciado; y, (vii) la mención genérica a actos de indagación, sin decir cuáles, los que si bien reposan en la carpeta respectiva, son insuficientes para evaluar la conducta investigada y no se refieren a los elementos echados de menos.

Es claro que ningún esfuerzo investigativo se realizó para allegar los elementos materiales probatorios sobre los cuales el indiciado hizo la evaluación que lo condujo a: (i) archivar la indagación respecto del presunto hurto agravado y tentativa de homicidio y a concluir que los jóvenes entraron, clandestinamente, al apartamento de Roberto Calderón Cujía, con la finalidad de causarle lesiones personales; y, (ii) desvirtuar los informes técnicos del C.T.I. como las evidencias complementarias, razonamientos que los plasmó en la «constancia» citada.

En esas condiciones, es imposible inferir si lo consignado en los dos actos procesales, tildados de contrarios a derecho por parte de los denunciantes, corresponden al universo probatorio que tuvo el indiciado para el 5 de octubre de 2012. Y tampoco se puede verificar si el análisis de los elementos materiales probatorios es producto de una interpretación razonable de Elkin José Chiquillo Povea.

Por ello, si lo pretendido por la Fiscalía era la demostración de la atipicidad de la conducta, los medios de conocimiento ausentes son trascendentes para realizar el examen respectivo del asunto.

Ello por cuanto son importantes para probar diferentes hipótesis: (i) que no se reúnen los elementos constitutivos del tipo penal; (ii) o de encontrarse estos aspectos, a pesar de lograrse esa adecuación, la conducta no se cometió dentro de la forma subjetiva que le corresponde al delito endilgado; (iii) formular imputación, si llega a la conclusión, con fundamento en los medios de conocimiento, sobre la existencia de una inferencia razonable de que el investigado es autor o partícipe del delito investigado.

Lo anterior, máxime cuando Elkin José Chiquillo Povea, desde su interrogatorio, y en la misma audiencia de preclusión, clamó tanto la atipicidad objetiva del hecho como la subjetiva, respectivamente, la cual debe probarse dentro del contexto de los hechos y no deducirse de la mera «constancia» o en el conocimiento privado del actuar honesto de aquél.

Recuérdese que la etapa de indagación preliminar tiene una finalidad específica contenida en el artículo 200 de la Ley 906 de 2004 y, en tal virtud, corresponde a la Fiscalía General de la Nación realizar «la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, querella, petición especial o por cualquier otro medio idóneo», actividad que en el presente caso no se ha efectuado a cabalidad de cara a los hechos denunciados y los cuales está obligada la Fiscalía a averiguar.

Si bien esa entidad es autónoma en dirigir las investigaciones, también lo es que cuando acude a la solicitud de preclusión en la etapa de indagación tiene el deber de demostrar la causal de manera absoluta y no dejar cabos sueltos que impidan conocer qué ocurrió en el caso a examen, lo cual se puede superar con la realización de actos de investigación

tendientes a ese objetivo, que no es otro que establecer la legalidad o ilegalidad de la actuación de Elkin José Chiquillo Povea, con el acopio de la evidencia sobre el contexto fáctico, probatorio y procesal al tiempo de los hechos.

Por ello, no es posible afirmar que se probó la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 sobre atipicidad de la conducta investigada.

La crítica que se realiza en esta providencia se dirige a la ausencia en la carpeta de actos de investigación que esclarezcan el asunto a analizar³⁴, por lo que se insta a la Fiscalía a acopiarlos en orden a establecer la procedencia de alguno de los eventos para disponer bien sea la preclusión o acudir ante el Juez con funciones de Control de Garantías a formular imputación.

9. Conclusión

La Fiscalía Delegada no demostró en debida forma la solicitud de preclusión, puesto que hubo falencias en la argumentación, al soslayar, de un lado, una de las situaciones fácticas denunciadas; y, de otro, no acreditar probatoriamente la misma, siendo evidente las omisiones investigativas frente a los dos hechos motivo de queja: (i) la orden de archivo de 5 de octubre de 2012; y, (ii) la «constancia» de la misma fecha, actos procesales suscritos por Elkin José Chiquillo Poveda.

En consecuencia, al no acreditarse la causal cuarta del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, esto es, la atipicidad de la conducta, se confirmará el auto apelado.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de 24 de julio de 2017, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla no precluyó la indagación a favor del Fiscal Especializado Elkin José Chiquillo Povea.

SEGUNDO: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y cúmplase

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Audiencia de preclusión. Sesión de 14 de junio de 2017.

2 Cfr. Folio 60 del cuaderno de la Fiscalía.

3 Cfr. Folio 41 a 42 ibidem.

4 Cfr. Folios 71 a 83 ibidem.

- 5 Cfr. Ibidem.
- 6 Cfr. Folios 84 a 96 ibidem.
- 7 Cfr. Folios 5 a 11 ibidem.
- 8 Cfr. Folios 13 a 14 Ibidem.
- 9 Cfr. Folios 15 a 16; y 19 a 21 Ibidem.
- 10 Cfr. Folios 1 a 3 del cuaderno del Tribunal. Rad. CUI
08-001-60-01256-2013-00313-02; Ref. Tribunal 08-001-22-04-000-2017-00060-00.
- 11 Cfr. Audiencia de preclusión. 14 de junio de 2017. Record: 7:10.
- 12 Cfr. Audiencia de preclusión. 14 de junio de 2017. Record: 38:20.
- 13 Cfr. Audiencia de Preclusión.14 de junio de 2017. Record: 44:45.
- 14 Cfr. Audiencia de Preclusión.14 de junio de 2017. Record: 1:06:33.
- 15 Cfr. Folios 46 a 55 del cuaderno de la Fiscalía.
- 16 Audiencia preclusión. 24 de julio de 2017. Record: 32:20.
- 17 Cfr. Audiencia de preclusión. 24 de julio de 2017. Record: 48:53.
- 18 Cfr. Audiencia de preclusión. 24 de julio de 2017. Record: 53:00.
- 19 Cfr. Audiencia de preclusión. 24 de julio de 2017. Record: 57:22.
- 20 Citada en CSJ AP1741-2017, rad. 47551.

21 Véase entre otras, CSJ AP 8 feb. 2008, rad. 28908, citada en CSJ AP6492-2017, rad. 50009: «La línea jurisprudencial indica que, por norma general, es que el juez no puede pronunciarse sobre causal diversa de la solicitada, salvo determinadas excepciones, igualmente ya decantadas en decisiones de la Corte Suprema de Justicia»; y en CSJ AP1859-2019, rad. 55045.

22 Art. 332 Causales. 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. Parágrafo. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 34, el Fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.

23 Cfr. Folios 65 a 69 carpeta de la Fiscalía.

24 Cfr. Subrayado del texto.

25 Cfr. Subrayado del texto.

26 Padre de Roberto Mario Machado Salazar.

27 Cfr. Folios 43 a 54; 71 a 83; y 84 a 96.

28 Subrayado fuera del texto.

29 Se citó: «Sujetos procesales que pueden incoar pretensión de preclusión

en la etapa del juicio y por las causales enlistadas en los numerales 1 y 3 del Artículo 332 de la Ley 906 de 2004».

30 Subrayado del texto.

31 Cfr. Folios 103 a 106 del cuaderno de la Fiscalía.

32 Cfr. Folios 71 a 83 de la carpeta de la Fiscalía.

33 Cfr. Folios 43 a 55; y, 84 a 96.

34 Cfr. Folio 46 a 54 del cuaderno del Tribunal.