El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN / POR ATIPICIDAD OBJETIVA DE LA CONDUCTA / FACULTAD DE LA FISCALÍA PARA SOLICITARLA Y DE LA JUDICATURA PARA RESOLVERLA, AUNQUE LA ATIPICIDAD NO SEA POR AUSENCIA DE UN ELEMENTO SUBJETIVO / REQUISITOS PARA SOLICITAR LA PRECLUSIÓN / LOS ELEMENTOS DE TODAS LAS CAUSALES DEBEN ESTAR FEHACIENTEMENTE PROBADOS.**

… el numeral 4º del artículo 332 del C.P.P. señala como una de las causales para la declaratoria de la preclusión la atipicidad del hecho investigado, sin hacer mayores claridades sobre si dicha petición de preclusión por atipicidad es absoluta o solo está circunscrita a la atipicidad por el factor subjetivo, quedando descartada la atipicidad por ausencia de los elementos objetivos del tipo, lo que de entrada nos permite pensar que en efecto el Ente Acusador puede solicitar a la Judicatura declarar la preclusión de una investigación porque una vez agotada la indagación, logró establecer que en la conducta investigada no hay actuaciones que configuren una conducta típica, sin importar si los elementos de la tipicidad que no se satisfacen son los objetivos o los subjetivos. (…)

… para decretar la preclusión acorde con todas las causales contenidas en el artículo 332 CPP, es obligatorio que los requisitos que allí se exigen estén debidamente establecidos. Lo cual es apenas obvio en atención a que una determinación de ese talante hace tránsito a cosa juzgada o res iudicata y por tanto ya no se podría echar hacia atrás lo decidido en cuanto lo que sigue es el archivo definitivo del expediente. (…)

De ese modo, el interrogante que se debe formular la Corporación es el siguiente: ¿todo está debidamente esclarecido, o por el contrario falta algo sustancial por hacer probatoriamente hablando?...

En esos términos, confía tanto la Procuraduría, como el juez de la causa, y por supuesto este Tribunal al menos en su Sala Mayoritaria, que por parte de la Fiscalía se logren disipar apropiadamente los interrogantes que se han dejado expuestos antes de que se pretenda proponer nuevamente una solicitud de preclusión o se decante el asunto hacia una acusación, no solo para que las cosas se hagan en debida forma como corresponde, sino porque no queda bien y ni siquiera le conviene al propio indiciado, que su caso se archive en forma definitiva cuando todavía subsiste alguna sombra de duda acerca del modo en que fueron adquiridos esos bienes.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA y**

**M.P. JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**AUTO INTERLOCUTORIO DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por Acta No. 737 de agosto 22 de 2019. H: 3:50 p.m.

Pereira, veintitrés (23) de Agosto de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:46 a.m.

Indiciado: JPGM

Rad. # 66001-6000-036-2017-00373-01

Delitos: Enriquecimiento ilícito de servidor público

Asunto: Apelación auto que no accede a la Preclusión.

Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Conocimiento

Tema: Acreditación de la causal de preclusión. Facultad de la Judicatura para precluir por atipicidad objetiva.

Decisión: Confirma auto que niega preclusión

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de una decisión proferida por el Juzgado 7º Penal del Circuito de esta localidad en las calendas del 11 de junio de 2019, en la cual no se accedió a la petición de preclusión deprecada por el Ente Acusador a favor del señor **JPGM**.

**ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL:**

La presente investigación tiene su origen en la denuncia presentada el 30 de enero de 2017 por el señor DANIEL SILVA ORREGO, quien sindicó al Sr. JPGM de estar incurso en el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público, por cuanto ese ciudadano, quien fuera elegido Alcalde de la ciudad de Pereira para el período 2016-2019, cargo que desempeña en la actualidad, y quien con anterioridad había sido Concejal de esta misma ciudad, en el mes de marzo del año 2016 realizó una transacción comercial para la adquisición de un bien inmueble de 152.58 m2 ubicado en un exclusivo sector de la ciudad, cuyo valor correspondió a la suma de $400.000.000.oo, los cuales según la escritura pública # 0586 de la Notaría 2ª de Pereira, fueron cancelados de la siguiente forma: $200.000.000.oo entregados al Representante Legal de la constructora dueña del predio y el restante mediante un Leasing habitacional que le fuera aprobado por el Banco Davivienda al señor **JPGM** el 2 marzo de 2016.

Por otra parte, indicó el denunciante que el señor **JPGM**, con ocasión de su campaña a la Alcaldía de Pereira, había quedado con un pasivo de $80.708.110.oo según le reportó al Consejo Nacional Electoral, y para la fecha en que hizo el mencionado negocio, aún no le habían entregado el dinero por reposición de votos. Aunado a ello, el señor SILVA ORREGO dijo que estuvo haciendo averiguaciones sobre los precios de los apartamentos en el edificio donde el electo mandatario adquirió el apartamento, y se dio cuenta que el inmueble del denunciado fue vendido con un valor inferior a otros inmuebles que tenían un área similar al del adquirido por él, los que tenían costos superiores a los $500.000.000.oo.

Dado lo anterior, consideró el denunciante que el señor **JPGM** podría estar incurso en el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público, por cuanto no es del giro normal de las transacciones comerciales que se compren bienes por debajo de su valor comercial, además que él debe explicar de dónde obtuvo el dinero para pagar esos $200.000.000.oo que entregó como parte de pago del precio del apartamento.

Con base en la anterior información, la Fiscalía General de la Nación (FGN) inició las labores de indagación e investigación de los hechos denunciados con el fin de esclarecer si el señor **JPGM**, tuvo o no un incremento patrimonial injustificado, reflejado en la compra de un apartamento en el Edificio *“Pinamar”*, por valor de $400.000.000.oo de los cuales pagó la mitad y financió el restante mediante un leasing habitacional con el banco Davivienda.

Posteriormente el 7 de mayo de 2018, la Fiscalía presentó escrito solicitando la realización de audiencia de preclusión de la indagación invocando la causal contenida en el artículo 331 y 332 numeral 4º del C.P.P., por lo cual el Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira fijó como fecha para la realización de la audiencia de preclusión el día 6 de septiembre de ese año, siendo aplazada en múltiples ocasiones, razón por la cual solo se logró efectivizar la vista pública el 11 de junio del año que transcurre.

En la audiencia atrás señalada, la señora Fiscal Delegada solicitó que se ordenara la preclusión de la presente investigación en favor del ciudadano **JPGM**, con base en lo establecido en el numeral 4º del art. 332 del C.P.P. para sustentar su pedido hizo un esbozo de los elementos constitutivos del tipo penal investigado, un resumen del contenido de la denuncia presentada por el señor DANIEL SILVA ORREGO, luego leyó el contenido de las entrevistas rendidas por: i) GUSTAVO LOZANO RENDÓN, dueño de la Constructora Espacio y Diseño que construyó los apartamentos del edificio *“Pinamar”*; ii) JPGM, donde explicó cómo obtuvo los doscientos millones de pesos que entregaron él y su esposa en parte de pago del apartamento que adquirieron en el edificio “PINAMAR”; y iii) JAIME DE JESÚS VELÁSQUEZ OSPINA, propietario de la estación de servicios “Terpel Parque Olaya”, familiar y jefe de la cónyuge de JPGM, quien les prestó el dinero que ellos necesitaban para adquirir el atrás mencionado apartamento. Aunado a ello, hizo referencia a los documentos que acompañaron las mencionadas declaraciones y con los cuáles se explica que el señor VELÁSQUEZ OSPINA tiene la solvencia económica suficiente para haberle prestado al investigado y su esposa $200.000.000.oo, e igualmente de dónde y cómo fue que estas personas pagaron ese dinero que se les dio en calidad de préstamo, además de las declaraciones de renta del indiciado en donde se evidencia cuál ha sido su patrimonio en los últimos años.

Con base en lo anterior, señaló que en el presente asunto no hay elementos materiales probatorios que permitan hablar de la existencia de un delito en la adquisición que hiciera el señor **JPGM** del apartamento en donde vive en la actualidad, de tal manera, resulta atípico el comportamiento denunciado, pues no se evidencia irregularidad alguna ni en el negocio jurídico realizado para la compra del inmueble ni en la manera cómo se obtuvieron los recursos para ello, lo que implica que no se pueda hablar de un enriquecimiento ilícito en cabeza del exconcejal y actual Alcalde de la ciudad de Pereira.

Oídos los argumentos del Ente Acusador, el Juez Cognoscente le concedió la palabra a los demás sujetos procesales para que se pronunciaran.

**- La defensa del señor JPGM** solicitó que se avale lo pedido por la Fiscalía por cuanto no hay sustento jurídico alguno para la denuncia presentada por el señor SILVA ORREGO, lo cual es indicativo de ser un acto de irresponsabilidad de ese ciudadano, por cuanto activó todo el aparato judicial sin haber hecho averiguaciones previas, solo porque a él le pareció muy sospechoso que alguien que hacía poco tiempo había sido electo en un cargo de elección popular, comprara un bien por un precio que a su juicio era inferior al precio normal en ese sector, y que además considera que el denunciado no tenía el dinero para adquirirlo. Situaciones que fueron aclaradas con la investigación realizada por la Fiscalía, con la que se pudo dejar en claro cómo fue que el investigado y su esposa lograron conseguir los $200.000.000.oo adicionales al leasing que ya tenían aprobado, para adquirir el apartamento del edificio “*Pinamar*”, sin que en tales transacciones, que se hicieron entre personas naturales y jurídicas privadas, se pueda avizorar irregularidad alguna que sea indicativa de que esta persona tuvo un incremento patrimonial exorbitante o irregular. Por ende los ingredientes constitutivos del tipo penal atribuido a **JPGM** no se adecuan a lo ocurrido en los negocios jurídicos por él realizados para la compra del inmueble ya mencionado.

**- El Procurador Judicial**,empezó por indicar que el tipo penal de enriquecimiento ilícito de servidor público tiene como elemento constitutivo el que el servidor, bien dentro del ejercicio de su cargo o con posterioridad a este, haya tenido un incremento patrimonial no justificado, por ello una vez revisada la carpeta de la Fiscalía se puede apreciar que el investigado no ha reportado un incremento patrimonial injustificado, pues el mismo se ha ido dando de acuerdo a sus ingresos de los últimos años, aunado a ello no existe nada raro en la adquisición del apartamento, pues si el mismo se lo vendieron o no por debajo del precio de otros apartamentos con medidas similares en el mismo edificio, ello es algo del resorte de quien se lo vendió, persona que explicó que el precio de los inmuebles en ese edificio variaban de acuerdo a los acabados que pidieran los clientes, en el caso del bien objeto de controversia, se trataba de un apartamento con acabados básicos que hacía que fuera más económico. Sin embargo, llamó la atención acerca de que faltaba claridad con respecto a la obtención de los recursos para la adquisición de ese nuevo inmueble, como quiera que se asegura que una parte provino del valor de la casa que se vendió en la Unidad Los Balsos, cuando la realidad enseña que de este inmueble solo se recibió la mitad (100 millones) y quedó pendiente de esclarecer el restante[[1]](#footnote-1)

Por otra parte, señaló que la Fiscalía ha solicitado la preclusión con base en un tema de atipicidad objetiva, por cuanto se ha dejado claro que no existió un incremento patrimonial injustificado del servidor público, lo que en principio nos indicaría que no es la Judicatura quien deba pronunciarse sobre lo pedido, por cuanto lo que debería hacer la Fiscalía sería dar aplicación a lo establecido en el art. 79 del C.P.P.; sin embargo, atiendo las calidades del servidor público investigado y en aras de dar mayor tranquilidad a la comunidad considera que es viable que el Juez se pronuncie sobre el tema, pues no le está prohibido hacerlo, a pesar de que se trate de una solicitud basada en la atipicidad objetiva.

Con base en lo anterior, solicita que se avale la solicitud del Ente Acusador y en atención a ello se precluya la indagación en contra del señor JPGM.

**EL AUTO OPUGNADO:**

Como se dijo anteriormente se trata de la decisión tomada por el Juzgado 7º Penal del Circuito de esta localidad en desarrollo de la audiencia llevada a cabo el día 11 de junio del corriente año, mediante la cual, después de hacer un esbozo de lo acontecido dentro del proceso materia del presunto delito, decidió no acceder a la petición de preclusión solicitada por la Fiscalía a favor del señor **JPGM**, ello por dos circunstancias una procesal y la otra por un vacío probatorio.

Respecto al segundo punto, el Juzgado *A quo* señaló que de acuerdo a la información obrante en el expediente, está claro cómo fue que el investigado obtuvo el dinero para comprar el apartamento del edificio “*Pinamar*”, e igualmente de las razones de por qué el metro cuadrado del mismo difiere del de otros inmuebles en la misma propiedad horizontal. También hay prueba de que él y su esposa le pagaron al abogado VELÁSQUEZ OSPINA el dinero que este les prestó para esa compra; sin embargo, consideró el Juzgado de primer nivel que no existía claridad al respecto, esto es: ¿qué pasó con el leasing habitacional que recaía sobre el inmueble que **JPGM** y su cónyuge transfirieron a quien les compró la propiedad del conjunto residencial *“Los Balsos”*? situación que considera importante teniendo en cuenta que se ha dicho que el dinero que les fuera prestado para completar los $400.000.000.oo que costaba el apartamento del edificio *“Pinamar”* se pagó con el producto de la venta de la mencionada casa, no siendo claro entonces por qué en ninguna parte se dijo si ese leasing de esa casa se canceló por parte del investigado o de la persona que la adquirió, o si este aún se está pagando y por quién.

En lo concerniente a la circunstancia procesal, advirtió el fallador que de acuerdo con lo argumentado por la Fiscalía está de acuerdo con ella en que la causal de preclusión a pedir es la atipicidad del hecho investigado, porque en la compra de ese apartamento por parte del señor **JPGM** no se vislumbra delito alguno, sin embargo, dejó claro que ha sido su postura de tiempo atrás, seguir la línea jurisprudencial trazada en el salvamento de voto que el Magistrado YESID RAMÍREZ BASTIDAS realizó en la sentencia # 27014 de 2007, en donde se dejaron claras las diferencias entre archivo y preclusión de la actuación y además, se indicó que a la Fiscalía solo le es dable acudir al archivo solo cuando existe discusión en lo atinente a los elementos objetivos de la conducta, los demás aspectos, esto es, los concernientes a la existencia del delito y cualquier otro análisis como tipicidad subjetiva, culpabilidad o antijuridicidad, si son temas que deben llevar ante los Jueces para que sean estos quienes determinen si es viable o no precluir la investigación o el proceso.

Para reforzar lo anterior, hizo una lectura de algunos apartes del auto AP-336-2017 radicado 48759, del cual se desprende que la Sala de Casación Penal dejó sentado que aquellos casos en donde la Fiscalía considere que se presenta una atipicidad objetiva deben ser archivados por el Ente Persecutor sin necesidad de acudir a los Jueces para que estos avalen la preclusión, ello por cuanto lo que hace un Juez es precluir conductas punibles y si se habla de atipicidad objetiva se quiere decir entonces es que el hecho investigado nunca constituyó un delito, entonces no hay nada que precluir.

De lo anterior, concluyó el Juzgado *A quo* que:

1. En caso de que fuera viable la solicitud de preclusión por atipicidad objetiva, no se podría acceder a lo pedido porque en este caso no existe claridad sobre qué paso con el *leasing* de la casa que el burgomaestre denunciado tenía en el conjunto “Los Balsos”, la cual le vendió a su amigo PETERSON LOPERA por valor de $235.000.000.oo, lo que considera resulta importante aclarar, porque de llegarse a probar que la totalidad de ese dinero no lo recibió el investigado, existiría un hueco en la teoría de la Fiscalía en punto de dónde salieron los recursos para el pago del préstamo de los $200.000.000.oo al señor VELÁSQUEZ OSPINA.
2. No le es viable para el Juez pronunciarse sobre la solicitud de preclusión por atipicidad objetiva por cuanto, tal como se dejó claro hasta el momento no hay conducta delictual alguna, por cuanto se demostró dentro de la investigación de dónde fue que el señor **JPGM** obtuvo el dinero para comprar el apartamento objeto de la denuncia y que para el ciudadano denunciante se constituía en un incremento patrimonial injustificado.

Inconforme con lo decidido por el Despacho, la Fiscal en su calidad de solicitante interpuso recurso de apelación.

**LA ALZADA LAS RÉPLICAS:**

**- La Fiscalía como recurrente,** solicita que se revoque la decisión de instancia por cuanto:

1. Está demostrado dentro del presente asunto, que la conducta desplegada por JPGM resulta atípica por cuanto los recursos con los cuáles él y su esposa adquirieron el apartamento del edificio *“Pinamar”* tuvieron un origen licito, pues del precio total que son $400.000.000,oo, la mitad fueron prestados por el banco Davivienda a través de un *leasing* habitacional, la otra mitad se la prestó el señor JAIME VELÁSQUEZ, persona que demostró que cuenta con el capital suficiente para realizar ese tipo de negocios; dinero que como el mismo señor VELÁSQUEZ afirmó, le fue pagado en dos cuotas de $100.000.000,oo en efectivo en noviembre de 2016 y los otros $100.000.000,oo mediante un cheque de gerencia de Bancolombia en abril de 2017.
2. Para la Fiscalía no es importante determinar qué sucedió con el leasing habitacional de la casa que el investigado tenía en el conjunto residencial *“Los Balsos”*, pues está claro que esta vivienda se vendió y con ese dinero se le pagó al señor JAIME VELÁSQUEZ, ya lo que haya sucedido con el pago de ese leasing es un problema entre el vendedor y el comprador de ese inmueble.
3. Al Ente Acusador dentro de esta indagación le interesaba establecer: de dónde y cómo fue que el señor JPGM adquirió el apartamento donde actualmente vive, y si esos dineros eran lícitos o no. Pero no era importante determinar quién terminó asumiendo el leasing de la casa de “Los Balsos”, la cual está claro él vendió para pagar parte del apartamento del edificio “PINAMAR”.

Por otra parte, indicó la recurrente que no sabía que un Juez no podía decretar la preclusión por atipicidad objetiva, pues es la primera vez que le plantean ese argumento para negarle lo pedido.

Finalmente, señaló que con lo allegado por la Fiscalía a la carpeta de la investigación, es claro que no existió un enriquecimiento ilícito de servidor público en el negocio jurídico denunciado como delictual por parte de DANIEL SILVA, por ende solicita se revoque la decisión de instancia y se precluya esta indagación con base en el numeral 4º del art. 332 del C.P.P.

**- El Procurador Judicial como no recurrente**, considera que si bien es cierto que la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia señala que la Fiscalía no debe acudir ante la Judicatura a solicitar la preclusión de una indagación por atipicidad objetiva, pues en ese caso lo procedente es el archivo, también es igual de real que en ningún momento esa Alta Corporación ha dicho a rajatabla que al Juez le esté vedado decretar una preclusión por esa causal; de allí que considere que el *A quo* sí podía pronunciarse de fondo frente a la solicitud deprecada por la Fiscal, pues en un asunto como este, en donde el investigado es el Alcalde de la ciudad, hacerlo sería brindarle mayores garantías y seguridad jurídica a la comunidad, pues con ello no se estaría invadiendo la competencia de la Fiscalía.

Por otra parte, señaló que de acuerdo a lo estipulado en la escritura pública 2979, JPGM le cedió a PETERSON su derecho locatario sobre el inmueble de “Los Balsos”, pues el leasing de esa vivienda es de Davivienda, por ende sí resulta importante lograr determinar si los $135.000.000,oo restantes que PETERSON le quedó debiendo a JPGM cuando hicieron el contrato de compraventa, y que le pagara en abril de 2017, ingresaron en su totalidad a las arcas de este para que él efectivamente le pagara al señor VELÁSQUEZ lo que le adeudaba del préstamo que le hiciera para comprar el apartamento del edificio “PINAMAR”. Por tanto, por este específico aspecto está de acuerdo con el señor juez de conocimiento y pide al Tribunal la confirmación.

**- La Defensora de JPGM**, acompaña la solicitud realizada por la Fiscalía de que se revoque la decisión de primera instancia, pues considera que la misma es contradictora, ya que por una parte el Juzgado está aceptando que desde el punto de vista de las atipicidad objetiva en el negocio jurídico realizado por su representado para la compra del apartamento del edificio “*Pinamar*” no hay delito alguno; pero por otra parte, argumenta que no decreta la preclusión porque al ser atipicidad objetiva no es de competencia del Juez decretarla, pero además porque considera que se hace necesario conocer el origen de otros dineros que no fueron objeto de esa investigación. Aunado a ello, señaló que no se puede perder de vista que lo que le cedió JPGM a PETERSON fue un leasing, lo que implica que este último adquirió la opción de compra del inmueble. Igualmente, dijo que su representado sí explicó el origen de los $135.000.000,oo que le entregó PETERSON en el mes de abril de 2017, indicando que ello fue producto de un préstamo que la fiducia del banco BBVA le hizo a esa persona, el cual se le entregó en un cheque de gerencia que **JPGM** consignó a su cuenta de Bancolombia, para de allí luego girar otro cheque de gerencia a nombre de JAIME DE JESÚS VELÁSQUEZ.

Con base en lo anterior, afirmó que las actuaciones del investigado dentro del hecho denunciado están claras, por ello no le parece válido que ahora se diga que se necesita saber qué paso o cuál fue la suerte del leasing anterior, porque eso no fue objeto de la investigación por parte de la Fiscalía.

Finalmente, señaló encontrarse de acuerdo con lo dicho por el señor Procurador Judicial, en punto de la importancia que tiene que sea un Juez de la República quien determine la preclusión de la investigación en contra de su representado, y no solo por su envestidura de Alcalde de la ciudad de Pereira, sino también porque no es lo mismo un archivo de una indagación a la preclusión, pues la primera puede dar pie a que más adelante nuevamente se reactive la investigación, mientras que la segunda hace tránsito a cosa juzgada.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de un auto proferido en primera instancia por un Juzgado Penal que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial.

De igual manera no se encuentra irregularidad procesal que haga cortapisa al análisis de fondo y en su lugar se deba declarar oficiosamente la nulidad de la actuación.

**- Problemas Jurídicos:**

De lo expuesto, colige la Sala que han sido propuestos los siguientes problemas jurídicos:

¿Es viable que la Judicatura resuelva de fondo sobre la preclusión de una investigación por la causal del numeral 4º del art. 332 del C.P.P. esto es la atipicidad objetiva del delito?

¿Están dados los requisitos para que la Judicatura precluya en el caso concreto la indagación adelantada en contra del indiciado **JPGM**?

Se anuncia desde ya, que con respecto al primer problema jurídico (competencia) los integrantes de la Sala coinciden en que se debe conocer del fondo de este asunto. Empero, en lo que hace con el segundo problema jurídico (si hay lugar o no a precluir la actuación en este caso en concreto), existe discrepancia en la Sala porque mientras el Magistrado MANUEL YARZAGARAY BANDERA sostuvo en su inicial ponencia que se debía revocar la providencia de primer grado para en su lugar precluir, la Sala Mayoritaria es del criterio que la decisión del juez se debe confirmar y por tanto hay lugar a negar la preclusión solicitada.

Dada esa dualidad de posiciones, se entiende que esta providencia del Tribunal se proferirá con doble ponencia, en el siguiente orden: El primer tema concerniente a la competencia para conocer seguirá la ponencia en cabeza del Magistrado YARZAGARAY BANDERA. El segundo tema atinente a la negativa de la preclusión para que la indagación continúe, se hará con ponencia del Magistrado CASTAÑO DUQUE. Al final, el final el Dr. YARZAGARAY BANDERA salvará parcialmente su voto única y exclusivamente en lo que toca con el segundo tema en discusión, como quiera que allí dejará consignado su personal punto de vista en cuanto estima que debió precluirse la indagación preliminar.

**- Solución:**

**1) La competencia de la Judicatura para resolver de fondo la petición de preclusión deprecada por el Ente Acusador.**

Con el fin de dilucidar el tema propuesto, es necesario empezar por decir que en efecto el numeral 4º del artículo 332 del C.P.P. señala como una de las causales para la declaratoria de la preclusión la atipicidad del hecho investigado, sin hacer mayores claridades sobre si dicha petición de preclusión por atipicidad es absoluta o solo está circunscrita a la atipicidad por el factor subjetivo, quedando descartada la atipicidad por ausencia de los elementos objetivos del tipo, lo que de entrada nos permite pensar que en efecto el Ente Acusador puede solicitar a la Judicatura declarar la preclusión de una investigación porque una vez agotada la indagación, logró establecer que en la conducta investigada no hay actuaciones que configuren una conducta típica, sin importar si los elementos de la tipicidad que no se satisfacen son los objetivos o los subjetivos.

Atendiendo el hecho de que para invocar la causal de preclusión, la Fiscalía ha llegado a la conclusión de que la conducta investigada es atípica, resulta ser normal que se solicite su aplicación incluso cuando no se ha llevado al denunciado o denunciados ante un Juez de Control de Garantías para la imputación, prefiriéndola en muchas ocasiones, por encima de la figura consagrada en el art. 79 del C.P.P., esto es, el archivo de la investigación, porque muchos Fiscales consideran que la preclusión ofrece mayores garantías jurídicas para quien fue investigado, ya que al hacer tránsito a cosa juzgada le garantiza al ciudadano que no se le volverá a investigar por esos mismos hechos; mientras que con el archivo, queda la posibilidad de que en cualquier momento, por la razón que sea, se pueda reabrir la indagación, lo que para muchos deja en el limbo los derechos de quienes son investigados.

Dada la anterior situación, y toda vez que no se tenían claros los presupuestos por los cuales la Fiscalía debía archivar una investigación por considerar que las circunstancias fácticas del hecho investigado no constituían delito, y cuándo era que podía acudir ante el Juez para solicitar que se decretara la preclusión de la indagación por atipicidad del hecho investigado, fue necesaria la intervención de la Máxima Guardiana Constitucional, quien mediante sentencia de constitucionalidad C-1154 de 2005, en donde se cuestionaba el contenido del art. 79 del C.P.P. llegó a la conclusión consistente en que a los Fiscales, para determinar la tipicidad de los hechos puestos en su conocimiento, les correspondía verificar solamente la existencia de los elementos objetivos del tipo, lo cual implicaba que en aquellos eventos en los cuales dichos elementos no se presentaban, válidamente podían proferir la correspondiente orden de archivo, por cuanto la Fiscalía se encontraba maniatada para poder proseguir con la investigación.

Con el fin de ofrecer mejor precisión, consideramos de utilidad traer a colación de apartes de lo dicho por la Corte Constitucional en el precedente de marras:

“Para que un hecho pueda ser caracterizado como delito o su existencia pueda ser apreciada como posible, se deben presentar unos presupuestos objetivos mínimos que son los que el fiscal debe verificar. Dichos presupuestos son los atenientes a la tipicidad de la acción. La caracterización de un hecho como delito obedece a la reunión de los elementos objetivos del tipo. La posibilidad de su existencia como tal surge de la presencia de hechos indicativos de esos elementos objetivos del tipo.

[…]

Cuando el fiscal no puede encontrar estos elementos objetivos que permiten caracterizar un hecho como delito, no se dan los presupuestos mínimos para continuar con la investigación y ejercer la acción penal. Procede entonces el archivo.

[…]

Tampoco se trata de una preclusión pues ésta sucede en un momento posterior del procedimiento penal donde se ha constatado que no existe mérito para acusar pero se ha surtido una instancia anterior: la imputación del indiciado lo que implica la constatación de que los hechos revisten las características de un delito. Igualmente, el análisis que advierte la preclusión puede comprender la constatación de causales eximientes de responsabilidad entre otros, lo que no es posible para el análisis del archivo de las diligencias que se restringe a los elementos objetivos del tipo, como quiera que no hay elementos para caracterizar la conducta o para creer que éste ocurrió frente a los cuales sea posible examinar la conducta del indiciado.

[…]

La orden de archivo de las diligencias procede cuando se constata que no existen “motivos y circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito”. La amplitud de los términos empleados en la norma acusada para referirse a la causa del archivo, hace necesario precisar la expresión para que se excluya cualquier interpretación de la norma que no corresponda a la verificación de la tipicidad objetiva. También, para impedir que en un momento inicial se tengan en cuenta consideraciones de otra naturaleza sobre aspectos que le corresponden al juez, y no al Fiscal. No le compete al fiscal, al decidir sobre el archivo, hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad. Lo que le compete es efectuar una constatación fáctica sobre presupuestos elementales para abordar cualquier investigación lo que se entiende como el establecimiento de la posible existencia material de un hecho y su carácter aparentemente delictivo. En ese sentido se condicionará la exequibilidad de la norma…”[[2]](#footnote-2).

El anterior precedente jurisprudencial sembró en la mente de muchos miembros de la comunidad jurídica la simiente de una interpretación consistente en que en cuando la Fiscalía, durante la indagación, logre acreditar que la conducta es atípica por ausencia de los elementos objetivos del tipo, debe hacer uso de la herramienta del archivo de la actuación consagrada en el artículo 79 C.P.P. y por el contrario el Ente Acusador no podría archivar indagaciones por atipicidad subjetiva, lo que implicaba que en aquellas indagaciones en las que se demuestre la ausencia de alguno de los elementos que integran el tipo subjetivo, debía acudir a la Judicatura para deprecar la preclusión de la investigación acorde con la causal de la atipicidad, la cual, reiteramos, solamente estaría circunscrita a la ausencia de los elementos subjetivos del tipo.

En suma, las razones por las cuales la anterior hermenéutica creó en la comunidad jurídica el imaginario consistente en que a la Judicatura le estaba vedado precluir indagaciones por la causal de atipicidad por ausencia de los elementos objetivos del tipo, la que se sustentaban en la base consistente en que si la Fiscalía demostraba la tipicidad objetiva de la conducta, debía imputarle cargos al indiciado por cumplirse con los requisitos exigidos por el artículo 287 C.P.P., lo que *contrario sensu* quería decir que en aquellos eventos en los cuales la Fiscalía no podía imputar cargos, por no cumplirse con el requisito de la tipicidad objetiva, debía proferir una orden de archivo, acorde con lo preceptuado en el aludido artículo 79 C.P.P.

Como se podrá colegir, como consecuencia de dicha concepción hermenéutica se estableció una especie de frontera que limitaba el actuar de la Fiscalía para acudir a la Judicatura para deprecar una petición de preclusión por la causal de atipicidad, por cuanto solo podía hacerlo luego de formulada la imputación, y solo por atipicidad subjetiva, o sea que se condicionaba la petición de preclusión a la previa existencia de la formulación de la imputación.

Pero esa hermenéutica se puede considerar como errada porque:

* Se desconocería de tajo lo fallado por la Corte Constitucional en la cual se estableció que: *«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…»*[[3]](#footnote-3).
* De un análisis a fondo de los efectos de la sentencia de constitucionalidad C-1154 de 2005, se tiene que los mismos solo están circunscritos a la imposibilidad que le asiste a la Fiscalía de poder archivar indagaciones por la causal de atipicidad por ausencia de los elementos subjetivos del tipo, pero que en momento alguno de manera expresa se inhabilita las facultades que tiene la Judicatura de precluir actuaciones acorde con la causal de preclusión de la atipicidad, la cual puede ser ya se por ausencia de los elementos objetivos o de los elementos subjetivos del tipo.
* Tal interpretación ha sido descalificada tácitamente por la Corte Suprema de Justicia, cuando en el siguiente precedente dio a entender que era factible que la Fiscalía podía solicitar la preclusión de la indagación, pese a no estar acreditada la tipicidad, siempre y cuando estuviera demostrada alguna de las causales de preclusión deprecada:

“En efecto, una vez instaurada la denuncia o iniciada de oficio la indagación, el Fiscal elabora el programa metodológico orientado a constatar la materialidad y autoría de los hechos investigados. Si luego de desplegar amplias y suficientes labores investigativas, a partir de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, logra establecer la configuración del delito e inferir razonablemente la autoría o participación en el mismo, imputará cargos al investigado. Por el contrario, si no obtiene dicha convicción y, además, encuentra presente alguna de las causales previstas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, podrá solicitar la preclusión de la investigación….”[[4]](#footnote-4).

* De un rastreo que la Colegiatura ha hecho de recientes pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[[5]](#footnote-5), en las cuales el Órgano de Cierre ha decretado múltiples preclusiones de indagaciones adelantadas en contra de Jueces de la República, nos hemos percatado que esas preclusiones tuvieron su sustento en la causal de la atipicidad objetiva, sin que se expusieron las razones del por qué ese Alto Tribunal decidió apartarse de la aludida interpretación que se le ha dado al precedente de la Corte Constitucional, la cual, como ya se dijo, erradamente daba a entender que la Judicatura solo podía precluir una actuación por la causal de la atipicidad, siempre y cuando dicha atipicidad estuviera circunscrita a la ausencia de alguno de los elementos subjetivos del tipo.
* Esta Colegiatura no ha sido ajena a la controversia surgida frente a la facultad que le asiste a la Judicatura para decidir peticiones de preclusión fundamentadas en la causal de atipicidad objetiva, tanto es así que en un pasado reciente, sobre ese tópico, al inclinarse en pro de esa facultad, dijo lo siguiente:

“De igual forma, en lo que atañe con los argumentos expuestos por el agente del Ministerio Publico, quien adujo que la Fiscalía hizo mal al acudir a la Judicatura para deprecar la preclusión de la investigación, debido a que por tratarse de un evento de atipicidad objetiva lo que debió hacer el Ente Acusador es proferir una orden de archivo, como lo ordena el articulo 79 C.P.P., la Sala dirá que no comparte dichos argumentos los que al parecer bien pueden ser producto de un malentendido de lo que la Corte Constitucional dijo en la sentencia # C-1.154 de 2.005, en la que dicha Alta Corporación declaró la exequibilidad condicionada del artículo 79 de la Ley 906 de 2004 en el entendido de que la expresión “motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito” corresponde a la tipicidad objetiva. Es de anotar que tales condicionamientos están relacionados es con ciertos elementos objetivos del tipo que no ameritan juicio de valor por aparecer de manera clara, evidente e indiscutible, lo que obviamente habilitaría a la Fiscalía para proferir una orden de archivo, quien no podría acudir a la Judicatura en busca de una decisión judicial en la cual se precluya la investigación. Pero, cuando se está en presencia de una eventual causal de atipicidad relativa por ausencia de elementos que integran el tipo objetivo, los que ameritan juicios de valor, como acontecería con el aludido ingrediente normativo del delito de prevaricato por acción, el cual obliga al operador judicial a confrontar lo acontecido con las normas legales del caso para de esa forma determinar si tuvo o no ocurrencia una conculcación o desconocimiento del ordenamiento jurídico, y si tal desconocimiento puede o no ser catalogado como de manifiesto o grosero, es claro que esa clase de análisis, que se escapan de lo simplemente objetivo, le correspondería hacerlo a los Jueces de Conocimiento acorde con la misión funcional que les encomendó el artículo 250 de la Carta en el escenario de la preclusión…..”[[6]](#footnote-6).

* La doctrina nacional no ha ignorado tal polémica, así tenemos que uno de sus más insignes exponentes, al comentar el aludido fallo de constitucionalidad y confrontarlo con una decisión de la Corte Suprema de Justicia que pretendió explicar lo resuelto y decidido por la Corte Constitucional, dijo lo siguiente:

“En síntesis, a partir de la decisión adoptada por la Corte Constitucional sobre la exequibilidad condicionada del artículo 79 de la Ley 906 de 2004(82), quedó establecido que los fiscales pueden archivar investigaciones cuando encuentren demostrado que no se configura alguno de los elementos pertenecientes al tipo objetivo. Esto descarta la posibilidad de que esa clase de decisiones puedan estar fundamentadas en consideraciones de culpabilidad, en justificantes, en causas de inculpabilidad o en aspectos pertenecientes al tipo subjetivo. Dado que la distinción entre las facetas objetiva y subjetiva del tipo es meramente ontológica en cuanto considera que a este pertenece todo lo que ocurra dentro de la mente del autor y a aquella lo que acaece fuera de ella, lo que desde el punto de vista de la tipicidad le está vedado al fiscal es archivar investigaciones aduciendo razones relacionadas con el aspecto cognoscitivo del dolo, con su elemento intencional o con los ingredientes subjetivos de este, o invocando razones de previsibilidad en los delitos imprudentes. Los demás elementos del tipo pertenecen a su esfera objetiva y, por consiguiente, sirven de fundamento para soportar una decisión de archivo por parte de la Fiscalía.

Las diferencias entre una decisión de archivo adoptada por la Fiscalía conforme al artículo 79 de la Ley 906 del 2004 y la de preclusión emanada de un juez con base en el numeral 4.º del artículo 332 de la misma normatividad son dos: la primera se desprende de la sentencia que declaró condicionalmente exequible el aludido artículo 79, en cuanto limitó los archivos de investigaciones a causales referidas a los elementos objetivos del tipo(83), mientras la ausencia de esa limitación en el numeral 4.º del artículo 332 faculta a los jueces para disponer preclusiones no solo con base en consideraciones del tipo objetivo, sino también invocando razones relacionadas con la tipicidad subjetiva. La segunda diferencia tiene que ver con la firmeza de esas determinaciones, pues mientras la decisión de preclusión hace tránsito a cosa juzgada material (si no se interpone en su contra un recurso, o cuando este es decidido en el sentido de confirmar la decisión), la orden de archivo es provisional en cuanto el inciso segundo del artículo 79 de la Ley 906 del 2004 advierte que esta puede revocarse cuando, antes de la extinción de la acción penal, surgen elementos probatorios que así lo ameriten…..”[[7]](#footnote-7).

De igual manera, la Colegiatura no puede desconocer que para zanjar la anterior controversia, en el escenario académico, desde hace cierto tiempo, estuvo en boga una teoría hibrida, en virtud de la cual se decía que la Judicatura tenia competencia para pronunciarse sobre la pertinencia de las peticiones de preclusión deprecadas por la Fiscalía, con base en la causal de atipicidad objetiva, siempre y cuando el Ente Acusador le hubiere formulado imputación al entonces indiciado. Lo cual nos quiere decir que la imputación se tornaba como una especie de mojón procesal que habilitaba a la Judicatura para pronunciarse sobre las peticiones de preclusión deprecadas por la Fiscalía acorde con la causal de preclusión de la atipicidad, ya sea esta objetiva o subjetiva.

A modo de corolario, se podría decir que acorde con esa teoría, solamente la Judicatura podría pronunciarse sobre la pertinencia de una petición de preclusión deprecada por la Fiscalía, sustentada en la causal de atipicidad por el factor objetivo, siempre y cuando se hubiera dado inicio al proceso penal, lo cual, como es bien sabido por todos, solo tiene lugar luego de la formulación de la imputación. Pero dicha tesis por lo restrictiva no puede ser de recibo para la Colegiatura, por cuanto desconocería los postulados que orientan el principio de la progresividad*, «Según el cual la actividad que se cumple en cada una de las etapas que lo componen se adelanta con la finalidad de alcanzar mayores grados en el conocimiento del objeto de la investigación, pasando de la incertidumbre, a la certeza de lo realmente acaecido…»[[8]](#footnote-8).*

Lo que nos quiere decir que en tales eventos, para que la Fiscalía pueda radicar una petición de preclusión por atipicidad después de formulada la imputación, se requiere de la existencia de elementos materiales probatorios (EMP) sobrevinientes que de tajo desvirtúen los medios de conocimiento con los cuales sustentó la formulación de la imputación en lo que atañe con el escenario de la acreditación de la tipicidad de la conducta punible.

Como se podrá colegir, se estaría en presencia de una tesis sumamente restrictiva que no tendría cabida en el escenario de la hermenéutica, el cual exige que en estos casos se deba aplicar una interpretación *pro homine,* que implicaría acudir a criterios hermenéuticos más laxos que redunden en beneficio de los derechos y garantías de los Procesados, entre ellos la presunción de inocencia; como bien lo ha hecho saber la jurisprudencia constitucional de la siguiente manera:

“Por su parte, el principio de interpretación pro homine, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional. Este principio se deriva de los artículos 1º y 2º Superiores, en cuanto en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social de Derecho, y como fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como la finalidad de las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades…”[[9]](#footnote-9).

En suma, de lo dicho hasta ahora se puede concluir que en ningún momento la aludida sentencia C-1154 de 2005 limitó las facultades que detenta la Judicatura para precluir por atipicidad, sin distinguir su naturaleza, por cuanto, se insiste que los efectos de dicho fallo de constitucionalidad tenían que ver con limitar las facultades que detentaba el Ente Acusador para archivar actuaciones por la causal de marras, las cuales quedaron circunscritas a la atipicidad por la ausencia de alguno de los elementos objetivos del tipo.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con el precedente citado por el Juzgado *A quo* para fundamentar la decisión confutada, o sea la sentencia del 25 de enero de 2017. AP336-2017. Rad. # 48759, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Colegiatura es de la opinión que dicho precedente no tiene cabida en el caso *subexamine* por tratarse de un asunto diferente al que concita nuestra atención, por cuanto en esa oportunidad el tema tratado por la Corte tenía que ver con resolver una problemática surgida respecto de una petición de preclusión deprecada por la Fiscalía, acorde con la causal de prescripción, respecto de una indagación que había sido archivada por atipicidad objetiva.

Si bien es cierto que en esa decisión la Corte hizo alusión a la facultad que le asistía a la Fiscalía para archivar indagaciones acorde con la causal de la atipicidad objetiva, de igual manera no se puede desconocer que se trataron esos tópicos de manera tangencial y por ende lo que se dijo sobre ello se puede considerar como una típica *obiter dictum*, porque no hacia parte del problema jurídico a resolver, y frente a ello no se tomó ninguna decisión de fondo, la cual consistió en aducir que la acreditación de la tipicidad se tornaba como presupuesto necesario para que procediera la extinción de la acción penal por prescripción, por lo siguiente:

“Lo anterior para evidenciar cómo si del instituto de la prescripción se trata, el referente será infaliblemente la acción penal, por lo que, una vez más se reitera la regla conforme a la cual solo se podrá contabilizar el término prescriptivo cuando previamente se constate la existencia de una conducta presuntamente delictiva, porque aquella supone el ejercicio de poder punitivo por parte del Estado y un derecho de tutela para los ciudadanos que sufren las consecuencias de un comportamiento que fue previamente desaprobado por el legislador al tipificarlo como delito….”[[10]](#footnote-10).

A modo de conclusión, lo dicho hasta ahora nos estaría indicando que el Juzgado de primer nivel fundamentó parcialmente su negativa de acceder a la petición impetrada por el Ente Acusador en esa errada y arraigada concepción que muchos operadores judiciales tienen respecto que la Fiscalía no podía acudir a la Judicatura para deprecar la preclusión de una indagación con base en la causal de la atipicidad objetiva, lo cual, como bien lo pudo demostrar la Colegiatura no es correcto, por cuanto ello si es factible que la Judicatura pueda pronunciarse de fondo frente a peticiones de preclusión deprecadas por la Fiscalía en cualquier momento del proceso acorde con la causal de la atipicidad objetiva.

El Tribunal en consecuencia es del criterio que tiene competencia funcional para abordar la temática propuesta y a ello se procederá a continuación.

**2) El no cumplimiento de los requisitos para decretar la preclusión de la actuación preliminar que se adelanta en contra del indiciado JPGM.**

La Fiscalía deprecó la preclusión de la indagación adelantada en contra del ciudadano **JPGM** con base en la causal de la atipicidad objetiva, por cuanto de los medios de conocimiento recaudados durante la indagación no se logró demostrar que el comportamiento punible endilgado en contra del indiciado por parte del denunciante DANIEL SILVA ORREGO, se adecuara típicamente en el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público.

El magistrado MANUEL YARZAGARAY BANDERA presentó una ponencia inicial por medio de la cual argumentó que sí se daban las exigencias para precluir la presente indagación preliminar, y que por tal motivo se debía revocar la determinación proferida por parte del juez de primer grado, para en su lugar decretar la preclusión y disponer el archivo definitivo de la actuación. Los restante integrantes de la Sala no estuvimos de acuerdo con los términos de esa inicial ponencia, al considerar que el señor juez a quo no se equivocó en su determinación, y que por tanto lo que debía hacer el Tribunal era avalar mediante una confirmación la determinación de no acceder a la preclusión y disponer que la actuación en contra del indiciado **JPGM** continúe.

Los argumentos que posee la Sala Mayoritaria integrada por los suscritos magistrados ESCOBAR SANZ y CASTAÑO DUQUE, para no compartir esa ponencia inicial y sostener en contrario que el señor juez de conocimiento tuvo razón en su determinación de primer grado, son los siguientes:

Como es sabido, para decretar la preclusión acorde con todas las causales contenidas en el artículo 332 CPP, es obligatorio que los requisitos que allí se exigen estén debidamente establecidos. Lo cual es apenas obvio en atención a que una determinación de ese talante hace tránsito a cosa juzgada o *res iudicata* y por tanto ya no se podría echar hacia atrás lo decidido en cuanto lo que sigue es el archivo definitivo del expediente.

Precisamente por eso, la jurisprudencia nacional ha sido enfática desde siempre en señalar:

 **“Cualquier duda u oscuridad que desdibuje o haga borrosa su prueba y** **aún la simple posibilidad de que el motivo pueda ser más tarde desvirtuado, debilitado o eliminado**, impide legalmente dar aplicación a la norma, que en tal evento debe dar paso al adelantamiento de la acción, bien para que se califique el sumario, ya, si es del caso, para que se dicte sentencia”.[[11]](#footnote-11)

De ese modo, el interrogante que se debe formular la Corporación es el siguiente: ¿todo está debidamente esclarecido, o por el contrario falta algo sustancial por hacer probatoriamente hablando?; y, de contera: ¿se equivocaron tanto el señor Procurador Judicial como el señor Juez Séptimo Penal del Circuito de esta capital al advertir a la audiencia que el caso estaba incompleto y faltaban actuaciones de suma trascendencia para esclarecer el fondo de este asunto?

Tanto la delegada fiscal como el magistrado MANUEL YARZAGARAY en su inicial ponencia, manifestaron que lo dicho por el Procurador y por el Juez era impertinente, irrelevante, superfluo, es decir, estaba de más y por lo mismo no hacía falta practicar más pruebas porque ya todo estaba satisfecho. Se pregunta la Sala Mayoritaria: ¿será que sí, será que el Procurador habló de más y que el Juez dijo cosas sin sentido, o por el contrario, el tema en verdad no está claro y amerita una mejor averiguación?

A no dudarlo, luego de estudiar en detalle el caso, los integrantes de la Sala Mayoritaria podemos asegurar sin lugar a equivocarnos, que el magistrado disidente MANUEL YARZAGARAY pasó por alto, sin razón, los sustanciales defectos investigativos en que incurrió la señora fiscal, y en esas condiciones es imposible avalar una preclusión en tan particulares condiciones con el consiguiente archivo definitivo que se propone.

Para un mejor entendimiento de la situación la Sala Mayoritaria utilizará el siguiente orden de análisis: (i) lo que en síntesis expuso la delegada fiscal para pedir preclusión; (ii) los puntos concretos que resaltó el Procurador; (iii) lo referido por la defensa; (iv) los fundamentos esenciales de la decisión de primer grado; (v) lo que dijo el magistrado disidente YARZAGARAY BANDERA en su inicial ponencia; y (v) lo que pensamos con respecto a todo lo anterior los integrantes de la Sala Mayoritaria.

- *La Fiscal resaltó básicamente*: (i) El aquí indiciado **JPGM** tuvo necesidad de mudarse de cada junto con su cónyuge, a consecuencia de lo cual la sociedad Espacio y Diseño Construcciones con su representante legal GUSTAVO ADOLFO LOZANO RENDÓN le vendió en marzo de 2016 la propiedad cuestionada por intermedio de la inmobiliaria Claudia Jaramillo, en un valor de 400 millones, los cuales se pagaron 200 millones de contado, y los restantes 200 millones por medio de un crédito de Davivienda (leasing habitacional) que fue desembolsado a la cuenta de la constructora; (ii) todos los apartamentos se vendieron por un valor diferente dependiendo del área, de los acabados y del tipo de negociación; (iii) el bien que adquirió el alcalde fue un apartamento estándar básico; (iv) el CNE certificó que no se había reembolsado todavía para aquella época y a favor del partido liberal el dinero por reposición de votos, lo cual vino a suceder mucho tiempo después; (v) el indiciado rindió entrevista en la cual explicó que el patrono y familiar de la esposa JAIME VELÁSQUEZ, persona con gran capacidad económica, le prestó 200 millones, ya que los otros 200 millones los tenía mediante un leasing habitacional con Davivienda. En noviembre vendió la casa por 235 millones a un amigo de nombre PETERSON LOPERA CARDONA, y de inmediato canceló el préstamo a VELÁSQUEZ, tal cual este así lo corrobora.

- *El Procurador le pidió a la Fiscal que le aclarara lo siguiente*: Al revisar la forma como se explican esos pagos, al renunciar al derecho a guardar silencio el señor **JPGM** aseguró que el apartamento de 400 millones lo adquirió en 200 millones de pesos como producto de un leasing inmobiliario con Davivienda y 200 millones mediante un préstamo, a su vez dice que ese préstamo de 200 millones lo canceló con producto de la venta de la cesión locataria de un inmueble que tenía en la urbanización Los Balsos de los Alpes. Y lo anterior tiene lógica en principio en cuanto nadie discute la capacidad financiera que tuviera el prestamista, pero “**surge la duda en cuanto resulta que la escritura 2979 y la promesa de compraventa adjunta, que hace referencia a la cesión locataria del inmueble de Los Balsos se hizo por una cuantía de 235 millones, de los cuales el señor JPGM y su esposa recibieron únicamente 100 millones de pesos, entonces donde están los otros 100 millones, si los 200 que le prestó el señor de la bomba de Terpel del parque Olaya lo pagaron con el producto de la venta, pero solamente obtuvieron 100, la pregunta, es esos otros 100 de donde salieron?”** En otras palabras: “**si esos 200 que le prestó el señor de la bomba de Terpel, solamente pudieron pagar 100 porque fue lo que obtuvo de la venta de la casa, por que aparece en la promesa y en la escritura pública que obra en la actuación, uno entendería y no encuentro otra explicación de cómo se pagó, si es que se pagó o aun se deben, porque no encontré soporte acá, de qué pasó con esos 100 faltantes, uno entendería que esos 100 podrían ser todavía objeto de endeudamiento”**. Y continúa: **“uno podría prever evidentemente es que diríamos que ese saldo insoluto en efecto si fue cancelado con el producto de la reposición de votos que le hicieran el CNE diríamos que estaría satisfecha esa inquietud, o ese cuestionamiento puntualmente sobre ese saldo insoluto”**

- *La señora defensora* llamó la atención en el sentido que la judicatura debía atenerse a todo lo dicho por su cliente en la entrevista a indiciado que rindió, porque allí reposaban todas las explicaciones pertinentes del caso.

- *El señor Juez planteó la necesidad de negar la preclusión por cuanto*: “**Se ve pertinente y esencial, primero: comprobar qué pasó con esos 135 millones de pesos, o si fue con reposición de votos, o PETERSON al final le pagó y él le pagó a JAIME VELÁSQUEZ el resto. Hay un hoyo de 135 millones, es algo cierto, pero lo que más requiere el juzgado para decir si esto no hay ningún vicio dentro de la presente, es qué pasó con ese leasing de Los Balsos, por qué, porque el leasing de Los Baldos, primero: la escritura pública que nos traen acá, la número 2979 del 28 de diciembre de 2016, en realidad no es una compraventa, es una cesión de ese leasing que tenía JPGM de la parte de ese leasing, entonces, hay que establecer primero cuál es el valor real del inmueble, si todo el valor era 200 millones, Davivienda como permitió esa venta, o si el inmueble valía más pero se lograba cuadrar con lo que se debía el leasing, o si se vendió cancelando el leasing la pregunta es, JPGM de dónde sacó dinero para cancelar el primer leasing de Los Balsos, hay que saber qué sucedió con ese inmueble de Los Balsos, cómo fue, qué pasó con esa deuda, si él se quedó con dos deudas, el leasing de los Balsos y el leasing de Pinamar, si tiene capacidad para esas dos deudas, o si pagó la deuda de Los Balsos la pregunta es, de dónde sacó el dinero para pagar esa deuda de Los Balsos, ese es el primer asunto que no le permite al juzgado acceder a la preclusión”.** Y a título de conclusión señaló: “**Falta labor investigativa de saber que pasó, cuál fue la suerte comercial de esa deuda de JPGM con el apartamento del Balso que vendió a PETERSON, si pagó el leasing de su propio bolsillo o parte de la venta se utilizó para pagar el leasing, lo que generaría un hueco en la teoría de la Fiscalía, porque los 200 millones para JAIME VELÁSQUEZ no pudieron salir de la totalidad de la venta, parte de esa venta tendría que haber sido destinada al leasing, o si el valor real del inmueble no son 235, sino 235 más el leasing y el señor PETERSON aceptó continuar con el leasing es algo que se debe establecer”**

- *El Magistrado MANUEL YARZAGARAY en su inicial ponencia, no obstante la contundencia de lo dicho por el Procurador y el Juez acerca de las deficiencias investigativas, lo único que dijo fue*: **“**[…] **no fueron acertados los argumentos expuestos por el fallador de primer nivel, respecto a la necesidad de conocer quién pagó el Leasing del inmueble que el indiciado tenía en la *urbanización “Los Balsos”* y que le vendiera al señor PETERSON LOPERA CARDONA, por cuanto, como bien lo señaló la recurrente, ese no era un tema de importancia para la investigación, e igualmente porque si hubiera tenido en cuenta que el contrato firmado por el encartado y la persona en mención, era una cesión de ese leasing, se habría percatado que era claro que a partir de la firma de ese contrato quien continuaría pagándole la obligación al banco Davivienda sería el nuevo locatario, o sea, el Sr. PETERSON LOPERA”.**

- *Posición de los Magistrados que integramos la Sala Mayoritaria:* Es evidente que la señora Fiscal no le aclaró al Procurador ni al Juez de conocimiento las válidas y serias dudas que presentaron y que los llevaron a opinar, con total razón, que el caso no se podía precluir sin que previamente esas inquietudes se dilucidaran. Y Sala Mayoritaria considera que en verdad el asunto amerita una explicación, por lo siguiente:

Si nos atenemos a lo dicho por el indiciado **JPGM** en la entrevista que rindió, misma que solicita la defensa se tenga en cuenta en toda su extensión, para poder adquirir la vivienda del conjunto PINAMAR según Escritura Pública 0586 celebrada en marzo 14 de 2016, el dueño de la bomba Terpel del Olaya le prestó 200 millones en efectivo, y 200 millones más que obtuvo en un leasing habitacional acordado con el banco Davivienda en marzo 02 de ese mismo año 2016. Para lograr pagar el préstamo de la bomba vendió una casa que tenía en el conjunto El Balso por un precio de 235 millones, a cuyo efecto el comprador PETERSON LOPERA -que fue su amigo en el Concejo Municipal- le anticipó 100 que se los abonó al prestamista, y el banco BBVA desembolsó a PETERSON los otros 100 que se los transfirió también al dueño de la bomba. En resumen, asegura: el nuevo bien en discusión lo adquirió con los 200 del leasing y los 200 de la venta de la casa del Balso.

Hasta allí aparentemente todo iría bien, porque nadie pone en duda que efectivamente el propietario de la gasolinera -patrono de su esposa- le hizo ese préstamo ya que tiene en efecto capacidad económica suficiente para haber procedido de esa manera. Pero ocurre que existe una regla de la lógica que enseña que nadie puede dar más de lo que tiene, y lo único que según se afirma tenía el ciudadano **JPGM** para ese momento era su vivienda en la Unidad Los Balsos que costaba 235 millones, la cual logró vender poco tiempo después; sin contar que tenía para ese entonces un déficit de un poco más de 80 millones derivado de los aportes a gastos de la campaña electoral según certificación obrante en la actuación.

Se sobreviene el primer interrogante: ¿si todo lo que tenía era su casa, y esa se la entregó luego de la venta al prestamista de la bomba, cómo hizo para pagar el leasing de Davivienda para poder quedarse con el nuevo apartamento? Y la respuesta podría encontrarse en el hecho de que si se mira bien el documento obrante al fl. 221 de la carpeta de la Fiscalía, allí obra una certificación del Banco Davivienda de fecha septiembre 20 de 2017, por medio de la cual se asegura que el señor **JPGM** figura con un crédito leasing habitacional con número de radicación 06012126600072900, con fecha de desembolso 31-03-16, y con un saldo total de $192’277.127,44. Es decir, que se trata del leasing habitacional que fue habilitado para la adquisición del apartamento en PINAMAR, como quien dice que pasado casi año y medio de esa negociación el burgomaestre **JPGM** había pagado muy poco de ese compromiso bancario y lo debía casi todo.

Con fundamento en lo anterior, podríamos asegurar que el comprador aquí indiciado pagó la mitad del bien y la otra mitad aún la estaba debiendo, y entonces, de nuevo, todo estaría aparentemente normal. Pero ocurre que el problema se complica cuando, además de lo que con buen tino hicieron notar tanto el señor Procurador como el Juez, se puede asegurar que lo de ser propietario de la casa del Balso es solo teórico, porque ese inmueble también lo adquirió el señor **JPGM** con otro leasing habitacional, es decir, que estamos hablando ya no de uno sino de dos leasing habitacionales seguidos y diferentes, sin que tampoco se sepa que este haya sido pagado, porque lo único que consta es lo indicado en la Escritura Pública 2979 de diciembre 28 de 2016, en el sentido que el aquí indiciado **JPGM** obtuvo ese leasing también con la mera expectativa de obtener la transferencia del dominio del inmueble del Balso, el cual fue constituido en agosto 05 de 2013 según la cláusula primera de esa escritura que obra a fl. 205 de la carpeta. Y entonces la segunda pregunta es: ¿cómo pagaron la totalidad del leasing pactado respecto al bien del Balso, si el dinero de PETERSON fue a parar totalmente a manos del dueño de la bomba Terpel para cubrir la mitad del valor del nuevo apartamento según la cláusula 4ª de la respectiva escritura? O peor aún: ¿si se supone que el dinero entregado por PETERSON, según consta en escritura 2979 de diciembre 29 de 2016, era para pagar el leasing habitacional de la casa del Balso, entonces por qué fue a parar a manos del señor VELÁSQUEZ en condición de prestamista de la bomba Terpel según lo sostuvo el propio indiciado **JPGM** en su entrevista?, ¿será entonces que al señor PETERSON le tocó pagar por doble vía la casa de los Balso, una frente al dinero entregado al señor VELÁSQUEZ, y otra por la transferencia que se le hizo del leasing habitacional que ese inmueble tenía?

Incluso más complicada la situación cuando se sabe que dentro del mismo leasing suscrito con el banco Davivienda, existe una cláusula expresa que reza: “6. En el evento de que el inmueble que usted va a financiar esté garantizando un crédito vigente otorgado por DAVIVIENDA, deberá previamente cancelar el saldo de esta obligación, para que el leasing habitacional a usted aprobado sea desembolsado”. Situación que lleva a pensar que se requiere hacer claridad acerca de si la existencia de créditos previos por parte de un mismo cliente, en nuestro caso el señor **JPGM**, hacen incompatible el desembolso de un nuevo leasing habitacional.

Sucede además, que la cadena de préstamos no paró allí, porque según se afirmó, el comprador PETERSON no solo obtuvo otro préstamo con la entidad BBVA para poder pagar la mitad del inmueble de la Unidad del Balso -cfr. entrevista del indiciado obrante a fl. 193 de la carpeta-, sino que, a su vez, recibió el traslado del leasing habitacional existente con ese bien del Balso en condición de adquirente hipotecante.

En síntesis, la situación es en verdad compleja y amerita dilucidarse, porque se trató de una cadena indefinida de créditos en donde todos tenían de todo sin pagar nada, y las propiedades tenían un derecho de dominio meramente aparente o con una simple expectativa de adquisición, pero aun así fueron transferidas. Y muy a pesar de ello, el constructor aseguró que le habían pagado absolutamente todo, el prestamista sostiene lo mismo, a consecuencia de lo cual el aquí indiciado quedó con un apartamento nuevo cuyo precio corresponde al doble del anterior, sin que todavía hubiese pagado ni siquiera el primer bien, o al menos no existe prueba hasta el momento que así lo corrobore.

Ahora sí volvámonos a preguntar: ¿es sano y sensato precluir una investigación en tan particulares condiciones?, ¿se equivocaron tanto el señor Procurador como el Juez cuando le pidieron a la Fiscalía una explicación que todavía no está en capacidad de ofrecer?, ¿puede avalar la judicatura el archivo definitivo por la vía de la preclusión de un asunto en donde solo se cuenta con los actos medios en apariencia legítimos (créditos habitacionales), sin averiguar por los actos de origen y los actos finales, no obstante que lo que ordena establecer el tipo penal de enriquecimiento ilícito es precisamente la procedencia lícita que subyace a la adquisición de los bienes en controversia, con miras a determinar si la misma se encuentra o no justificada?, ¿cuál es el problema en que se allegue la información que se echa de menos, cuando hacerlo no tiene inconveniente alguno porque se supone que mientras mayor claridad mayor certeza?. Y la respuesta a esos interrogantes no puede hacerse consistir en que como están probados los créditos entonces eso ya es suficiente, o que como el tema en discusión es solo el inmueble de PINAMAR, entonces lo sucedido con el del Balso no importa, porque es sabido que la información que se allegue tiene que ser no solo completa sino coherente, y, desde luego, la venta del inmueble de los Balsos, tiene, indiscutiblemente, una relación directa con la adquisición del segundo bien, ya que una cosa no se puede desligar de la otra.

En esos términos, confía tanto la Procuraduría, como el juez de la causa, y por supuesto este Tribunal al menos en su Sala Mayoritaria, que por parte de la Fiscalía se logren disipar apropiadamente los interrogantes que se han dejado expuestos antes de que se pretenda proponer nuevamente una solicitud de preclusión o se decante el asunto hacia una acusación, no solo para que las cosas se hagan en debida forma como corresponde, sino porque no queda bien y ni siquiera le conviene al propio indiciado, que su caso se archive en forma definitiva cuando todavía subsiste alguna sombra de duda acerca del modo en que fueron adquiridos esos bienes.

Así las cosas, la Sala Mayoritaria considera que por parte de la Fiscalía General de la Nación se debe designar un perito adscrito al CTI que rinda un informe contable con soporte en la información financiera de cada una de las personas involucradas en estas transacciones, en particular lo relativo a los movimientos existentes en los leasing habitacionales ya referidos[[12]](#footnote-12), en cruce con la información existente en la DIAN y otros entes particulares u oficiales con incidencia en el asunto, a efectos de despejar las inquietudes que se han dejado consignadas tanto por el señor Procurador, el Juez de instancia y la Sala Mayoritaria de esta Corporación, y de ese modo esclarecer el origen y el destino de los recaudos que dieron lugar a cada adquisición, y si las mismas se encuentran debidamente justificadas.

**ANOTACIÓN FINAL**

La Corporación observa con extrañeza que en los registros se dejó expresamente consignado por parte del señor juez de conocimiento, que muy a pesar de haber dispuesto la comparecencia a la audiencia del denunciante DANIEL SILVA ORREGO, dado su personal interés en el presente asunto, la Oficina de Apoyo al Sistema no cumplió esa orden sin que se conocieran las razones para esa omisión. Hará por tanto un llamado de atención la Sala para que en adelante lo dispuesto por el juzgador de instancia se cumpla en forma efectiva en pro de los principios de publicidad y transparencia.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **SE DECLARA** que el Tribunal es competente para conocer de la preclusión solicitada por la Fiscalía General de la Nación en el caso concreto.

**SEGUNDO: SE CONFIRMA** la decisión proferida el 11 de junio de 2019 por el Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira, por medio de la cual SE NEGÓ la preclusión solicitada por el ente acusador a favor del indiciado **JPGM**.

**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior, la Fiscalía está en el deber de continuar con la actuación, a cuyo efecto tendrá en consideración todo lo indicado en el cuerpo motivo de esta providencia.

**CUARTO:** Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Esa fue la razón por la cual el Ministerio Público finalmente estuvo conforme con la decisión del juez de primer grado en cuanto negó la preclusión, y por tanto no recurrió la providencia. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional: Sentencia # C-1154 del 15 de noviembre de 2005. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional: Sentencia C-591 del 9 de junio de 2.005. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 24 de abril de 2013. Rad. # 40367. M.P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ. [↑](#footnote-ref-4)
5. Al respecto se pueden consultar en otras las decisiones: AP-836/19, rad. 53133 del 6 de marzo de 2019; AP-191/19, rad. 52921 del 23 de marzo de 2019; AP-210/19, rad. 48271 del 23 de marzo de 2019; y AP-279/18, rad. 52549 del 5 de diciembre de 2018. [↑](#footnote-ref-5)
6. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal: Auto interlocutorio de 1ª instancia del 14 de agosto de 2018. Rad. # 66000-6000036-2016-05328-01. M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA. [↑](#footnote-ref-6)
7. REYES ALVARADO, YESID: El archivo de la investigación por atipicidad objetiva. Artículo publicado en la Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo # 49 Oct.-Dic. 2014. Legis Editores. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de Única Instancia del 18 de diciembre de 2001. Rad. # 15547. [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Constitucional: Sentencia # T-191 del 20 de marzo de 2009. [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 25 de enero de 2017. AP336-2017. Rad. # 48759. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. [↑](#footnote-ref-10)
11. *C.S.J.*, Sala Penal, auto del 02-05-81, reiterado el 02-08-83. [↑](#footnote-ref-11)
12. Según los lineamientos del Estatuto Orgánico del sistema financiero Dcto. 663/93, y el Decreto Único Sistema Financiero Dcto. 2555/10. [↑](#footnote-ref-12)