

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARMENIA
SALA PENAL DE DECISIÓN**

Armenia, dieciséis de diciembre de dos mil veintiuno

Radicado 63 00 60 00059 2016 00183
Acusados **NÉSTOR JAIME CÁRDENAS JIMÉNEZ, CÉSAR LONDOÑO VILLEGAS, LUIS ALBERTO RINCÓN QUINTERO, MARGARITA MARÍA RAMÍREZ TAFUR, LUZ MERY BEDOYA DE LÓPEZ, MARYLUZ OSPINA GARCÍA, MARIETH VANEGAS CASTILLO**
Delitos Prevaricato por acción
Motivo Conoce apelación auto negó preclusión.

HORA: 9:00 a.m

Magistrado Ponente: **HENRY NIÑO MÉNDEZ**

Aprobado mediante Acta No. 186 del 9 de diciembre de 2021.

1. ASUNTO POR TRATAR

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de los procesados **NÉSTOR JAIME CÁRDENAS JIMÉNEZ, LUIS ALBERTO RINCÓN QUINTERO, MARGARITA MARÍA RAMÍREZ TAFUR, CÉSAR LONDOÑO VILLEGAS y LUZ MERY BEDOYA DE LÓPEZ** contra la decisión del 3 de junio de 2021, por medio de la cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Armenia, denegó la preclusión invocada por la defensa.

2. HECHOS

El escrito de acusación refiere que el 10 de noviembre de 2015, por iniciativa del gobierno del Departamento del Quindío, se presentaron los proyectos de ordenanza Nos. 015, 016, 017 y 018 a través de los cuales se destinan recursos del Departamento del Quindío a proyectos específicos a favor de la empresa sanitaria del Quindío ESAQUIN, empresas públicas de Armenia EPA y los municipios del Quindío, con excepción del municipio de Armenia. La procesada **MARIETH VANEGAS CASTILLO** en calidad de Secretaria General de la Asamblea Departamental del Quindío rindió concepto favorable de constitucionalidad y legalidad de los citados proyectos, concepto emitido en

cumplimiento de lo estipulado en el reglamento interno de esa Corporación Pública.

La acusación indica que los procesados **CÁRDENAS JIMÉNEZ, LONDOÑO VILLEGAS, RINCÓN QUINTERO, RAMÍREZ TAFUR, BEDOYA DE LÓPEZ y OSPINA GARCÍA** en calidad de Diputados dieron su voto positivo para aprobar los aludidos proyectos de ordenanza, sin que hubiesen presentado alguna observación respecto de la inconstitucionalidad, ilegalidad ni inconveniencia de los citados proyectos, a pesar del debate en ese sentido propuesto por los diputados que votaron negativo y pese a las recomendaciones preventivas presentadas a los proyectos por parte del Procurador Delegado para la descentralización y entidades territoriales, quien insistió en la necesidad de analizar de forma cuidadosa los proyectos de ordenanza porque "amenaza la adecuada sostenibilidad financiera y de gestión de las entidades territoriales". No obstante, los proyectos fueron aprobados como se presentaron, no sufrieron ninguna modificación al interior de la Asamblea Departamental, se trata de las ordenanzas Nos. 10, 11, 12 y 15 del año 2015.

La acusación expone que en las citadas ordenanzas se aprobaron fuentes de financiación y ejecutores directos del presupuesto, desconociendo el campo de aplicación del estatuto orgánico de presupuesto del Departamento del Quindío, contenido en la ordenanza 22 de 2014 expedida acorde con los artículos 352 de la Constitución Política, 104 y 109 del Decreto 111 de 1993, sumado a que las entidades ejecutoras incluidas en las ordenanzas Nos. 10, 11, 12 y 15 de 2015 no estaban incluidas inicialmente en el plan operativo anual de inversiones ni en el proyecto de presupuesto general del Departamento del Quindío vigencia 2016, solo fueron incorporadas con posterioridad a la aprobación de las ordenanzas que se califican como contrarias a la ley.

Indica que conforme el Decreto 903 de 2013, las administraciones municipales deben remitir al banco de programas o proyectos de inversión departamental BPPID la programación anual de los recursos que financiarán sus proyectos tratándose de presupuesto del Departamento; sin embargo, en la acusación se afirma, los municipios ni la EPA ni ESAQUIN enviaron proyectos al BPPID, tampoco presentaron proyectos que justificaran el traslado de dineros para la ejecución de los programas señalados en las ordenanzas Nos. 10, 11, 12 y 15 del año 2015 ni demostraron su incapacidad presupuestal para cubrirlos.

La acusación⁷ refiere que el comportamiento de los procesados que se desempeñaban como diputados es antijurídico porque con las citadas ordenanzas se comprometió la capacidad para ejecutar los planes de gobierno, definir sus prioridades de gastos y asignar recursos de acuerdo a esas prioridades, por lo que dejó al Departamento sin recursos.

3. ANTECEDENTES PROCESALES .

3.1 El 3 de junio de 2021 el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Armenia tenía programada la realización de audiencia preparatoria; sin embargo, los defensores de los procesados **CÁRDENAS JIMÉNEZ, RINCÓN QUINTERO, RAMÍREZ TAFUR, LONDOÑO VILLEGAS y BEDOYA DE LÓPEZ** solicitaron variar el objeto de la diligencia para presentar petición de preclusión por atipicidad del hecho investigado; no obstante, ante la negativa del Juez de conceder la palabra para sustentarla atendiendo la restricción señalada en el artículo 332 parágrafo de la Ley 906 de 2004, precisaron que la solicitud de preclusión también se fundamenta en la causal tercera, esto es inexistencia del hecho investigado, invocando los siguientes argumentos:

Se hizo alusión a siete hechos⁸ que en criterio de la defensa sustentan la acusación y mencionó el motivo por el que los mismos no existen:

i) Expuso que la política pública de primera infancia, infancia y juventud que consolidó la constitucionalidad y legalidad de las ordenanzas sí tuvo antecedentes, pues fue adoptada en la ordenanza No. 005 de 2014 para los años 2014-2024 y los Consejos de gobierno departamental del período 2012-2015 declararon como de importancia estratégica proyectos de inversión relacionados en los programas incluidos en las ordenanzas objeto de esta actuación penal, sumado a las reuniones celebradas por el Consejo Departamental del Política Social desde los años 2012, 2013, 2014 y 2015 sobre el mismo tema, por tanto, el postulado de la acusación según el cual las ordenanzas no tienen antecedentes, es inexistente.

ii) Señaló que el documento "observaciones a proyecto de ordenanza" emitido por el procurador delegado para la descentralización y entidades territoriales, no se entregó a la Asamblea Departamental el 12 de noviembre de 2015 sino el 13 de noviembre del mismo año a las 19:05 horas como lo indica la trazabilidad de

correspondencia de la Procuraduría, es decir, con posterioridad a las sesiones en las que fueron discutidas las ordenanzas Nos. 10, 11, 12 y 13 de 2015, objeto de este asunto.

iii) Indicó que de las intervenciones presentadas en la sesión No. 53 del tercer periodo de sesiones ordinarias de la Asamblea Departamental, en las cuales fueron debatidas las ordenanzas materia de este proceso, algunos alcaldes electos para la época, así como representantes del departamento del Quindío dieron conceptos positivos sobre las ordenanzas, es decir, no existió el hecho incluido en la acusación según el cual todas las intervenciones dieron cuenta de la inconstitucional e ilegalidad de las citadas ordenanzas.

iv) Afirmó que es inexistente el hecho de que se presentó una demora injustificada en el trámite del proyecto de presupuesto general del departamento del Quindío para la vigencia 2016 con el fin de permitir la aprobación de las ordenanzas objeto de este asunto, por cuanto la suspensión del procedimiento de aprobación del proyecto de presupuesto no fue contrario al Reglamento interno de la Asamblea Departamental contenido en la ordenanza No. 022 de 2014, pues así lo refleja la comparación del tiempo en que se aprobaron los presupuestos para periodos anteriores.

v). Sostuvo que no existió el hecho de que se pusiera en riesgo el presupuesto del Departamento ni la ejecución del mismo con las ordenanzas que se tildan de ilegales en este asunto, porque conforme oficio del año 2017 suscrito por la secretaría de hacienda del departamento del Quindío, se evidencia que existía recuperación de cartera y superávit en los recursos del departamento, datos coherentes con el acta de cierre fiscal del 31 de diciembre de 2015 según el cual se presentaba superávit en ese periodo, siendo estos hechos sobrevinientes y que configuran la inexistencia del hecho investigado.

vi). Argumentó que las ordenanzas sí tuvieron un análisis de constitucionalidad y legalidad pues así se desprende del oficio de fecha septiembre de 2017 suscrito por la profesional **CIELO LÓPEZ GUTIÉRREZ**, secretaria jurídica y de contratación del departamento del Quindío en el periodo 2016-2019, sumado a que los proyectos de ordenanza fueron presentados con exposición de motivos, el acta de reunión del comité departamental de política fiscal "codefis" del 9 de noviembre de 2015 desarrolla argumentos de oportunidad, legalidad y constitucionalidad de las ordenanzas cuestionadas y tanto la comisión segunda

de hacienda y presupuesto de la asamblea departamental como la secretaria de esa corporación pública emitieron concepto de constitucionalidad y legalidad a dichos proyectos de ordenanza.

vii). Expuso que los recursos de las políticas públicas derivadas de la primera infancia, infancia y juventud sí se ejecutaron por parte de los municipios como unidades ejecutoras, pues como lo indica el oficio emitido en el año 2020 por el director de la oficina de cobertura educativa de la secretaría de educación del departamento del Quindío, durante los años 2016 a 2019 fueron transferidos recursos para los municipios destinado a transporte escolar, distribuidos a través de convenios interadministrativos pese a que, conforme el escrito de acusación, no era posible realizar transferencia de recursos a los municipios para hacer inversiones, por ello la defensa considera que ese hecho de la acusación es inexistente.

Refiere que de acuerdo al informe de gestión del gobierno departamental 2016-2019, se presentó una disminución en la tasa de cobertura de educación que se ve afectada por la no aplicación de las políticas públicas que son el marco de las ordenanzas cuestionadas, lo que muestra la necesidad de estos actos administrativos y refleja que no se cometió una conducta manifiestamente contraria a la ley.

Citó la resolución No. 3832 de octubre de 2019, por la cual el Ministerio de Hacienda expide el catálogo de clasificación presupuestal para entidades territoriales y presupuestales, tema que según la defensa es desarrollado por las ordenanzas materia de esta actuación, es decir, clasificar los recursos del departamento para focalizar su gasto, por tanto, en criterio de la defensa esa resolución también constituye un contexto de la expedición de las ordenanzas.

La defensa señaló que también es posible solicitar la preclusión por atipicidad de orden objetivo aplicando, en virtud del principio de favorabilidad, el artículo 562 de la Ley 906 de 2004, sumado a que la exigencia del dolo para estructurar el delito de peculado ha tenido desarrollo jurisprudencial desde el año 2000 y bajo ese criterio sí se configura la atipicidad de plano y absoluta en la conducta punible endilgada a los procesados.

Indicó que la ausencia de una conducta dolosa y afectación del erario público así como la falta de compromiso de vigencias futuras atendiendo las consideraciones

presupuestales que sí podían hacerse mediante ordenanzas, también se evidenció en el fallo adoptado por la Procuraduría Segunda Delegada para la vigilancia administrativa en el que se absuelve de responsabilidad disciplinaria a los procesados y en el informe de auditoría modalidad express de la Contraloría General del Quindío.

Expuso que para analizar la inexistencia del hecho investigado debe acudirse a la responsabilidad penal subjetiva. Reiteró que los hechos con trascendencia jurídico penal desaparecieron porque hubo superávit presupuestal, la procuraduría absolvió a los procesados y porque diferentes alcaldías se pronunciaron acerca de la conveniencia de las ordenanzas cuestionadas; por tanto, no se afectaron bienes jurídicamente tutelados.

Dijo que el hecho con trascendencia jurídica es que los acusados aprobaron unas ordenanzas en bien del departamento y que ese beneficio para el ente territorial se acredita a través de los elementos materiales probatorios nuevos, diferentes a los señalados por la fiscalía y que se trasladaron al juez para sustentar la solicitud de preclusión.

3.2. Los defensores de los demás procesados coadyuvaron la petición de preclusión. La fiscalía y el ministerio público se opusieron a la misma. El Juez decidió negar la preclusión señalando que la mayoría de documentos mencionados por la defensa como sustento de la solicitud de preclusión fueron descubiertos por la fiscalía, de donde se deduce que no se trató de hechos sobrevinientes como lo exige el parágrafo del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

Precisó que el contexto previo a la expedición de las ordenanzas hace parte del juicio de responsabilidad, sumado a que la antijuridicidad y la culpabilidad no deben analizarse en el escenario de la preclusión, pues hace parte del debate durante el juicio oral.

Señaló que en el punible de prevaricato por acción, el dolo se traduce en el conocimiento que debe tener el servidor público de la manifiesta legalidad o ilegalidad de la decisión, aspecto que solamente se demostrará en juicio oral, así que la preclusión no es el escenario para demostrar si se actuó o no con dolo.

Expuso que la defensa no mostró la inexistencia de la ley, solo se refirió a aspectos eminentemente subjetivos encaminados a demostrar que los acusados

expidieron unos actos conforme a la ley; se evidenció que existen ordenanzas firmadas por los procesados y el argumento de que no se afectó el patrimonio del departamento no justifica la causal de inexistencia del hecho porque el prevaricato por acción no requiere que exista un riesgo a recursos públicos, sino que se configura cuando la persona consigna dentro de sus funciones actos contrarios a la ley

Frente a la existencia de decisiones que absuelven a los acusados en materia disciplinaria, indicó que la Procuraduría ni la Contraloría examinan la responsabilidad penal, porque es el juez penal quien decide ese aspecto.

3.3. El defensor de los acusados CÁRDENAS JIMÉNEZ y RINCÓN QUINTERO apeló la decisión. Adujo que lo relacionado con la afectación al presupuesto, la existencia de un oficio de la Procuraduría durante el debate de los proyectos de ordenanza que daba cuenta de la ilegalidad de las ordenanzas y los términos en los que se desarrollaron dichos debates, sí fueron citados por la fiscalía en el escrito de acusación como argumento para sustentar el actuar doloso de los acusados.

Refirió que contrario a los argumentos del juez, la documentación presentada como sustento de la petición de preclusión fue recopilada por la defensa, no por la fiscalía.

Señaló que si bien el juez afirma que este no es el escenario para traer discusiones sobre la atipicidad, la preclusión no solo debe referir el análisis concreto de las ordenanzas controvertidas sino también a los hechos plasmados en la acusación, por tanto, solicita que se pondere la inexistencia de los hechos de la acusación que sustentaron la solicitud de preclusión para refutar la vinculación o participación de los acusados en la conducta punible endilgada.

Respecto al fallo emitido por la procuraduría, sostuvo que aun cuando se emitió en el marco de un procedimiento diferente, es importante conocer el pronunciamiento de otro ente bajo los mismos elementos y sustentos fácticos objeto de este proceso penal.

Indicó que la ordenanza No. 10 de 2015 es de presupuesto, por ello sí es necesario analizar el tema de la falta de afectación del presupuesto del Departamento.

Afirmó que no pretende dilatar la actuación sino delimitar el escenario y concurrir a juicio con la actuación eventualmente dolosa, por ello pretende que se saquen del debate procesal los hechos enlistados al momento de sustentar la petición de preclusión, porque no existen o no tienen soporte.

Citó decisión SP-916 radicado 55629 del 18 marzo 2020 proferida por la Sala de Casación Penal de la corte Suprema de Justicia, conforme a la cual también puede solicitarse la preclusión por los hechos que nutren las ordenanzas controvertidas.

La defensora de los acusados **LONDOÑO VILLEGAS, RAMÍREZ TAFUR y BEDOYA DE LÓPEZ** apeló igualmente la decisión indicando que no se resolvió su petición de fondo porque si bien su solicitud de preclusión se basó en la causal de inexistencia del hecho investigado haciendo alusión a los conceptos que respaldaron la legalidad de las ordenanzas, el superávit presupuestal y el fallo de la procuraduría, el juez se refirió a los elementos del tipo penal.

Adujo que conforme criterio de favorabilidad, pueden hacerse interpretaciones extensivas de la norma para no limitar el debate a la existencia del hecho sino ampliarlo al análisis de la relevancia jurídica del mismo, más aún cuando la jurisprudencia ha llamado la atención sobre la necesidad de estructurar correctamente los hechos jurídicamente relevantes con el fin de garantizar el ejercicio del debido proceso.

Citó la decisión SP4792-2018 radicación 52507 del 7 de noviembre de 2018 emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y afirmó con fundamento en ella que el problema de invocar la inexistencia del hecho como causal de preclusión es que lleva a una discusión de tipicidad.

Señaló que el fallo de la Procuraduría donde se absolvió a los acusados disciplinariamente, si bien no puede ser el sustento para la decisión del juez penal porque son especialidades distintas, como lo indicó la decisión recurrida, ese documento es importante porque la fiscalía señala en la acusación que hubo alertas de la procuraduría frente a la ilegalidad de las ordenanzas, hecho que con el fallo en mención se considera inexistente pues desdibuja esa alerta.

Sostuvo que la intervención de alcaldes y otras autoridades al dar concepto positivo a las ordenanzas sí es un elemento nuevo y rebate los hechos jurídicamente relevantes de la acusación.

Expuso que con el superávit presupuestal no se pretende abordar una discusión sobre la antijuridicidad material ni sobre la tipicidad, sino demostrar la inexistencia del hecho jurídicamente relevante de que con las ordenanzas se pretendía "amarrar el presupuesto".

3.4. La fiscalía, como no recurrente,⁹ solicitó confirmar la decisión apelada señalando, en síntesis, que la argumentación de la defensa se enmarca dentro de la atipicidad, no en la causal de preclusión de inexistencia del hecho investigado.

El Ministerio Público también consideró ajustada la providencia recurrida y expuso que la decisión SP916-2020 radicado 55629 citada por el defensor apelante, se refiere a la causal de preclusión de atipicidad de la conducta cuando en este caso se invocó la inexistencia del hecho investigado. Señaló también que la providencia SP4792-2018 radicado 52507 mencionada por la defensora recurrente, se refiere a los hechos jurídicamente relevantes y su correspondencia con la norma penal, siendo éste el ámbito de la tipicidad, no de la inexistencia del hecho investigado.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Corte Constitucional en sentencia C-920 del 7 de noviembre de 2007 declaró la exequibilidad de la expresión "contempladas en los numerales 1º y 3º", contenida en el parágrafo del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, explicando que se trata de causales de preclusión que no imponen un pronunciamiento sobre el asunto de fondo, ni sobre la responsabilidad del procesado. La decisión citada señaló:

"(...) cuando el parágrafo del artículo 332 acusado establece que "Durante el juzgamiento" de sobrevenir las causales 1ª y 3ª, podrá solicitarse la preclusión, hace referencia a la fase procesal posterior a la presentación de la acusación, que corresponde a la fase de "El juicio" conforme al Libro Tercero del código procesal y que aglutina los momentos de presentación del escrito de acusación, la audiencia de formulación de acusación, la audiencia preparatoria y el juicio oral.

“Una vez que se ha formalizado la acusación, con el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 337, el escenario previsto por el legislador para controvertir los supuestos fácticos, probatorios y jurídicos que le dan sustento al escrito acusatorio, es el juicio mismo, a través de las diferentes audiencias que lo integran. Como consecuencia de tal concepción las posibilidades de solicitar una preclusión en la fase de juzgamiento quedan reducidas a la constatación de una circunstancia, sobreviniente a la acusación, que impida proseguir con la acción penal, o la verificación de la inexistencia – fáctica- del hecho investigado.

“4.8. Como quiera que el instituto de la preclusión no puede ser visto como una rueda suelta o una figura marginada de la estructura del sistema y de los principios que lo inspiran, conviene relacionarlo con algunos de los rasgos fundamentales del modelo que introdujo el A. L. No. 03 de 2002. En este orden de ideas, los principios de inmediación y de concentración de la prueba, indican que, luego de formalizada la acusación, el reconocimiento de una causal de ausencia de responsabilidad, o un evento de atipicidad de la conducta, o de ausencia de autoría o de participación en el hecho investigado, sólo puede fundarse en la prueba legalmente producida en el proceso, lo cual sólo acontece en la fase del juicio. El reconocimiento de alguno de estos eventos debe ser el producto de un amplio debate probatorio y jurídico orientado a formar la convicción del juez, que sólo es garantizado mediante el agotamiento de las audiencias que conforman la fase de juzgamiento. No obstante, el mismo estatuto procesal prevé (Art.442) que una vez terminada la práctica de pruebas, el fiscal o el defensor podrán solicitar al juez la absolución perentoria cuando resulten ostensiblemente atípicos los hechos en que se fundamentó la acusación”.

Como se desprende del párrafo del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 y de la providencia citada, en la fase de juzgamiento únicamente es procedente solicitar la preclusión por causales que no imponen análisis de fondo sino la verificación objetiva de la situación invocada, pues afirmar lo contrario implicaría dejar sin efectos útiles la limitante establecida por el legislador para reclamar la preclusión por parte de la defensa y de acuerdo a la etapa procesal en la que el asunto se encuentre.

Los defensores que promovieron la petición de preclusión hicieron mención de varios hechos afirmando que constituyen el sustento fáctico de la acusación y, al ser inexistentes, se impone declarar la preclusión, análisis que según la apelación debe realizarse a la luz de la relevancia jurídico penal de esos hechos pues conforme la decisión SP4792-2018 radicación 52507 del 7 de noviembre de 2018, citada al sustentar el recurso: “la relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal”. Este argumento en realidad va dirigido a

examinar la tipicidad de la conducta endilgada a los acusados, siendo este aspecto propio del debate que debe adelantarse durante el juicio oral. Sobre la causal de preclusión de inexistencia del hecho investigado, la Sala de Casación Penal en decisión SP9245-2014 radicación No. 44043 del 16 de junio de 2014, señaló:

"El hecho a que se refiere la disposición debe entenderse con el alcance de una cosa que sucede como fenómeno natural.

Esto, para que tengan cabida y sean de aplicación todas las casuales regladas en el artículo 332. Por tanto, no resulta de buen recibo la inteligencia laxa que el señor defensor pretende darle al concepto para concluir que el "hecho" a que se refiere la disposición debe entenderse como "hecho típico" o "hecho delictivo" o "hecho ilícito" o "hecho prevaricador" (en este caso).

Admitir la tesis defensiva comportaría la inaplicabilidad del motivo 4º de preclusión, que alude a la atipicidad de la conducta, porque este concepto equivaldría al "hecho típico" o al "hecho prevaricador" señalado por el señor apoderado, en tanto para concluir si existió o no un hecho con tales connotaciones, necesariamente se impondría al juez la carga de razonar, previa valoración anticipada de las pruebas, si lo acaecido en el mundo fenomenológico encuadra en el tipo penal de prevaricato, esto es, tendría que hacer el juicio de adecuación típica, de tipicidad, y ello es propio de la causal 4ª, que no de la 3ª, única (junto con la 1ª) que puede proponerse en sede del juicio y que correspondía probar en este caso".

Continuando con el alcance de la expresión "inexistencia del hecho" y puntualmente frente al delito de prevaricato, la Sala de Casación Penal en auto del 18 de junio de 2010 CSJ SP, radicación 33.642, citado en primera instancia, explicó que para invocar la aludida causal de preclusión en esta conducta punible contra la administración pública, el sustento debe dirigirse a indicar una circunstancia objetiva, esto es, que no fue expedida ninguna resolución, dictamen o concepto a partir del cual advertir si se halla o no conforme a derecho. La citada providencia precisa:

"En el delito de prevaricato ocurre que a la par con la acción básica –proferir resolución, dictamen o concepto- se alza el elemento normativo de que ese actuar sea "manifiestamente contrario a la ley", lo que implica una valoración eminentemente subjetiva acerca del contenido y alcances de la acción.

Cuando lo pretendido es que se precluya porque la resolución, dictamen o concepto no son manifiestamente contrarios a la ley, el mecanismo no puede ser el de la causal

tercera del artículo 332 en cita, por lo ya anotado, sino el de la atipicidad, contemplado en el numeral 4°, precisamente, porque se demuestra que no se configura ese elemento normativo del tipo penal”.

Se insiste en que si bien los defensores exponen que la petición de preclusión se enfoca en afirmar que, de forma objetiva, los hechos jurídicamente relevantes son inexistentes, lo cierto es que esos hechos referidos por la defensa claramente se incluyeron en la acusación con el fin de sustentar el elemento normativo de “manifiestamente contrario a la ley”; por tanto, lo que la defensa pretende realmente es acreditar que las ordenanzas aprobadas por los acusados en su calidad de Diputados no son manifiestamente contrarias a la ley lo que, sin duda, refleja un debate frente a la tipicidad de la conducta que la fiscalía atribuye a los enjuiciados, discusión que debe abordarse durante el juicio oral y, en consecuencia, es ajena a la causal de preclusión de inexistencia del hecho investigado.

El argumento en cita también es válido para precisar que no le asiste razón a la defensa cuando asegura que el juez de primera instancia no resolvió de fondo su petición de preclusión sustentada en la causal de inexistencia del hecho, pues el funcionario judicial de primera instancia hizo alusión a los elementos de la responsabilidad y del tipo penal para resaltar que la solicitud de preclusión encubierta en una causal objetiva, en realidad aborda aspectos subjetivos y por ello acertadamente la negó.

En la apelación también se cita la sentencia SP-916 radicado 55629 del 18 marzo 2020 proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, señalando que de acuerdo a ese pronunciamiento puede solicitarse la preclusión analizando los hechos que nutren las ordenanzas controvertidas, sin embargo, como lo señaló el Ministerio Público al pronunciarse como no recurrente, la decisión citada alude a la causal de preclusión de atipicidad, no a la de inexistencia del hecho.

Ahora, es necesario precisar que el defensor de los procesados **CÁRDENAS JIMÉNEZ** y **RINCÓN QUINTERO** al momento de sustentar la solicitud de preclusión, también se refirió a la sentencia atrás citada (SP-916) e indicó que pretendía la aplicación, por favorabilidad, del artículo 562 de la Ley 906 de 2004 adicionado por la Ley 1826 de 2017, norma según la cual la defensa puede solicitar la preclusión por atipicidad, tema frente al que no se pronunció el juzgado de primera instancia y si bien no fue expresamente mencionado al sustentar la

apelación, hizo parte de la petición que fue negada, por lo que se hará alusión al mismo en esta instancia.

Respecto al principio de favorabilidad, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 5 de diciembre de 2018, radicación 52535, AP5266-2018, señaló:

“El principio de favorabilidad tiene su específica aplicación frente al conflicto que surge cuando dos o más normas regulan de manera distinta supuestos fácticos asimilables, derivando consecuencias jurídicas distintas, en cuanto alguna supone mayor restricción en tanto que la otra reporta beneficios, sin que pueda identificarse ningún criterio de razonable diferenciación.

En consecuencia, la favorabilidad de la ley no se predica cuando los asuntos o supuestos de hecho regulados por las normas derogada y vigente o por las coexistentes en el tiempo, no son equiparables en estricto sentido y el propio legislador, en ejercicio de la potestad de configuración, razonablemente ha determinado el criterio diferenciador que justifica los efectos jurídicos disímiles, sin que implique, por tanto, una reglamentación desigual para supuestos iguales o análogos, que la tome arbitraria y contraria a la Constitución.”

La Ley 1826 del 12 de enero de 2017 establece un procedimiento penal especial abreviado y regula la figura del acusador privado, en su artículo 10 fija el ámbito de aplicación de esta normativa a las conductas punibles que requieren querella y agrega un listado específico de delitos, dentro de los que no se encuentra el de prevaricato por acción. La providencia citada, AP5266-2018 citó apartes de la exposición de motivos de esta ley según la cual: “la consagración de un procedimiento abreviado y la posibilidad de conversión de la acción penal de pública a privada se encuentran íntimamente vinculadas en el intento por establecer un diseño procesal que permita un tratamiento más eficiente para las conductas punibles de menor lesividad”. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre los motivos que dieron lugar a la expedición de esta norma, señaló:

“La Corte encuentra necesario precisar que remitidos a los antecedentes de la Ley 1826, los criterios teleológicos que la informaron, así como a las razones de política criminal que le dieron origen, según ya se dejó visto, lo abreviado del procedimiento y los beneficios sustanciales derivados de su aplicación, especialmente en materia de justicia premial, se explican por la naturaleza de las conductas punibles que, en opinión razonable del legislador, dentro de la libertad de configuración que se le confiere, representan una gravedad menguada, criterio diferenciador, que justifica el trato más benigno, así como la

no inclusión en su ámbito de cobertura de otros delitos, haciendo selección de las primeras para someter su investigación y juzgamiento al procedimiento especial".

La Sala de Casación Penal, en la providencia aludida, concluyó que frente a conductas delictivas distintas de las enlistadas en el artículo 10 de la Ley 1826 de 2017 no hay lugar a predicar la aplicación favorable de las reformas introducidas por la Ley 1826 de 2017, específicamente en relación con las rebajas por aceptación de cargos, indicando que esta hermenéutica no transgrede los postulados de favorabilidad, igualdad ante la ley y criterios "pro-libertatis" y "pro-homine" porque las normas coexistentes, según el Alto Tribunal: "no regulan supuestos de hechos idénticos, salvo referirse a la captura en situación de flagrancia, pues la nueva ley se circunscribe a un listado expreso de "conductas punibles de menor lesividad", en tanto que el artículo 57 de la Ley 1453 (...) aplica por regla general, para todos los delitos."

Si bien este criterio jurisprudencial no analizó la posibilidad de aplicar, a conductas punibles que no se regulan por el procedimiento abreviado, el artículo 562 de la Ley 906 de 2004 (adicionado por la Ley 1826 de 2017) que habilita a la defensa para solicitar la preclusión cuando al acusado se le atribuya una conducta que no esté tipificada en la ley penal, la Sala considera que el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia también es válido para dilucidar este asunto, por cuanto en este caso tampoco se trata de disposiciones que regulen la misma situación, pues mientras el artículo 332 parágrafo de la Ley 906 de 2004 regula la posibilidad de que la defensa invoque la preclusión a causales específicas y en la etapa de juzgamiento aplicable para todos los delitos, el artículo 40 de la Ley 1826 de 2017 (que adicionó el artículo 562 a la Ley 906 de 2004) habilita a la defensa para solicitar preclusión por atipicidad tratándose de conductas claramente enlistadas y en el marco de la acción penal privada, pues el aludido artículo 40 hace parte del "título II de la acción penal privada capítulo único", por ende, la pretensión de la defensa de reclamar la preclusión por atipicidad de la conducta de prevaricato por acción es improcedente.

De otro lado, la defensa señaló que al solicitar la preclusión también pretende apartar del debate aquellos hechos que son inexistentes o que llevan a extender la controversia, olvidando que para sustraer de la discusión algunos hechos o circunstancias, los artículos 10 y 356 parágrafo de la Ley 906 de 2004 contemplan las estipulaciones probatorias.

En síntesis, la pretensión de preclusión presentada por los defensores de los acusados **CÁRDENAS JIMÉNEZ, RINCÓN QUINTERO, RAMÍREZ TAFUR, LONDOÑO VILLEGAS y BEDOYA DE LÓPEZ** no es procedente porque aun cuando se invocó la causal de inexistencia del hecho investigado, sus argumentos en realidad se dirigen a demostrar la atipicidad del hecho investigado, sin que esa causal de preclusión pueda ser alegada por la defensa ni en la etapa procesal de juzgamiento, por tanto, ante la claridad de la decisión no es necesario examinar los documentos que soportan la petición de preclusión.

Tratándose de peticiones impertinentes, en concordancia con el rol del juez de director del proceso, la Sala de Casación Penal en decisión AP948-2018 radicación 51882 del 7 de marzo de 2018 resaltó que conforme los artículos 10, 27 y 139 de la Ley 906 de 2004 corresponde a los funcionarios judiciales velar porque los fines de la audiencia se cumplan con celeridad, evitando excesos contrarios a la justicia y es su deber evitar maniobras dilatorias así como actos que sean "manifiestamente inconducentes, impertinentes y superfluos, mediante el rechazo de plano de los mismos". En la aludida decisión, expuso lo siguiente:

"Para garantizar la celeridad del trámite, el Juez tiene el deber de controlar las intervenciones de las partes, en orden a que solo se refieran a los aspectos pertinentes y se abstengan de repeticiones innecesarias. Al efecto, debe tenerse en cuenta que el derecho al debido proceso no abarca la posibilidad de referirse a temas impertinentes, realizar discursos repetitivos e interminables o pretender trastocar el orden del proceso".

Consecuente con la jurisprudencia citada y en atención al artículo 139 numeral 1 de la ley 906 de 2004, siendo la solicitud de preclusión presentada por la defensa manifiestamente impertinente porque, se insiste, se sustentó con argumentos dirigidos a resaltar la atipicidad, no la inexistencia del hecho investigado, debió ser rechazada de plano; decisión contra la que no proceden recursos como lo indicó la Sala de Casación Penal en pronunciamiento AP3307-2020 radicación No. 58395 del 25 de noviembre de 2020; por tanto, la apelación concedida por el juzgado es improcedente y así se declarará.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, en Sala de Decisión Penal, en razón y mérito de lo expresado,

RESUELVE

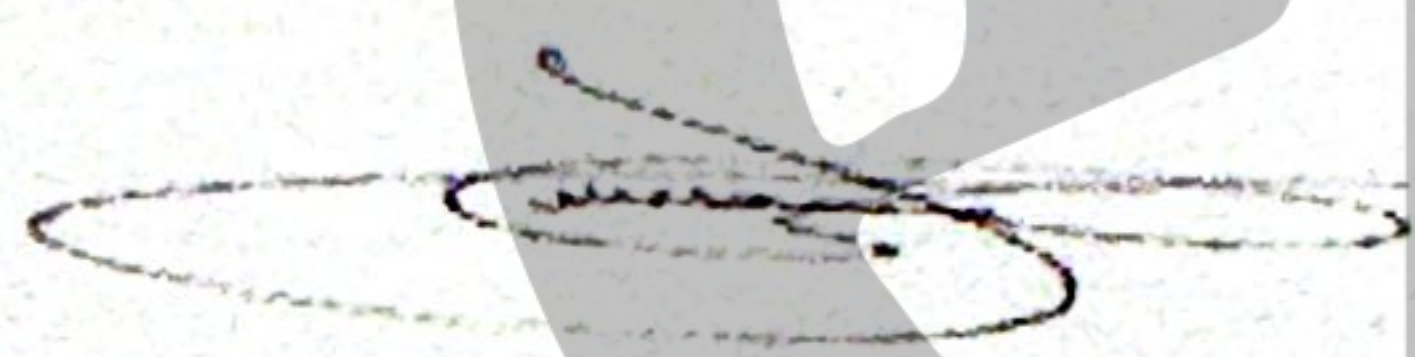
DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso de apelación concedido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Armenia contra la decisión del 3 de junio de 2021, por medio del cual negó la solicitud de la defensa de que se decretara la preclusión.

Esta decisión se notifica en estrados y contra ella no proceden recursos.

Los Magistrados,



HENRY NIÑO MÉNDEZ



JUAN CARLOS SOCHA MAZO



JHON JAIRO CARDONA CASTAÑO