



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C.
-SALA PENAL-**

**Magistrado Ponente
MARIO CORTÉS MAHECHA**

Rad.: 11001 60 00050 2017 48191
Contra: Luis Fernando Escobar Franco
Delito: Prevaricato por omisión
Motivo: Apelación interlocutorio
Decisión: Confirma
Aprobación 131

Bogotá D. C., veinte (20) de octubre de dos mil veintidós (2022).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **Luis Fernando Escobar Franco** en contra del auto proferido el 20 de enero de 2022 por el Juzgado Cuarenta y uno Penal del Circuito, que negó la solicitud de preclusión elevada a su favor.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. El 28 de mayo de 2019 la Fiscalía General de la Nación formuló imputación a **Luis Fernando Escobar Franco** como presunto autor del delito de prevaricato por omisión.

El señalamiento se relaciona con su desempeño como alcalde local de Kennedy, cuyo cargo ocupó desde el 23 de marzo de 2012. Según el

ente investigador, el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) advirtió en el año 2012 la invasión de 176 predios que adquirió para la construcción de la Avenida Longitudinal de Occidente, por cuya razón procedió a la instauración de una serie de querellas, dos de las cuales se asignaron a la Alcaldía Local de Kennedy.

La imputación precisa que la primera querella la presentó el aludido Instituto el 17 de junio de 2011 y versó sobre el predio de uso público ubicado en la carrera 99F No. 42G – 41 sur, tramitada bajo la radicación 2011 0820 08212 2, y solo la falló el 29 de noviembre de 2016, archivando el procedimiento, no obstante haber transcurrido 4 años durante los cuales el querellante llegó a presentar una solicitud para obtener información sobre el trámite adelantado. Y la segunda, por su parte, la instauró el 23 de octubre de 2012, relativa al predio de uso público ubicado en la carrera 91B No. 12-32 de esta ciudad y tramitada bajo la radicación 2012 082 013791.

Según la Fiscalía, aun cuando el Decreto 1355 de 1970, artículo 132, establecía un plazo no mayor a 30 días para “*dictar la correspondiente resolución de restitución*”, **Luis Fernando Escobar** omitió proceder en ese sentido, pese a que el IDU radicó múltiples requerimientos con ese propósito, a tal punto que la autoridad local terminó su periodo, sin tomar decisiones sobre el particular.

2. El asunto correspondió al Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito, que el 12 de noviembre de 2019 llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación. La preparatoria la programó para el 5 de mayo de 2021, pero en esa fecha la defensa presentó solicitud de preclusión, despachada la misma negativamente el 20 de enero de 2022, en decisión oportunamente recurrida por el peticionario.

3. El abogado sustentó la solicitud en la inexistencia del hecho, para lo cual expuso que en ninguno de los predios objeto de la querella policiva se inscribieron las anotaciones relativas a la limitación del derecho de dominio por su destinación a la construcción de vías, por cuya razón esos

bienes no son de uso público, sino fiscal. Desde esa perspectiva, sostuvo que la competencia para conocer de la pretensión del IDU no le correspondía a la autoridad administrativa, sino a un juez en la especialidad civil.

En su opinión, entonces el IDU indujo en error a la alcaldía local al pretender la restitución de un predio que no tenía las características necesarias para ese fin, lo cual torna inexistente el hecho investigado.

SUSTENTO DE LA DECISIÓN

El juzgado negó la solicitud de preclusión acudiendo fundamentalmente a dos argumentos:

De un lado, postuló que la petición fundada en el parágrafo del artículo 332, esto es, luego de iniciada la fase de juicio, debe tener sustento en hechos nuevos, criterio que en este caso no se satisface.

Del otro, indicó que, aunque la petición se base de la causal tercera, el fundamento de la argumentación del abogado es la atipicidad de la conducta, no la inexistencia del hecho. En ese sentido, explicó que en la fase de juzgamiento la preclusión sólo procede por causales objetivas, esto es, que no demanden valoración jurídica o probatoria por parte de la judicatura. En todo caso, añadió, el abogado no aportó ningún elemento para respaldar su postulación.

La funcionaria de primera instancia se abstuvo, finalmente, de declararse impedida para continuar conociendo del asunto, en tanto no realizó análisis que afectase su imparcialidad.

RAZONES DEL RECORRENTE

Según el defensor, *“únicamente tuvo acceso a la información de esos folios de matrícula inmobiliaria hasta el momento en el cual la fiscalía descubrió los elementos materiales probatorios, siendo estos completamente nuevos...”*¹.

Adicionalmente, negó que sus planteamientos correspondan a la atipicidad de la conducta. Al respecto, insistió en que la competencia para conocer de la querrela promovida por el IDU no le correspondía al acusado, razón por la cual la actuación que de él se pretendía resultaba del todo improcedente, a cuya conclusión se llega sin necesidad de efectuar ningún tipo de valoración. En punto a ese aspecto, reiteró que el querellante tenía la obligación de registrar en los folios de matrícula cualquier tipo de limitación al ejercicio de dominio, lo cual no ocurrió y, por ese motivo, los bienes mantuvieron su condición de fiscales, no de uso público.

Aseguró que en el traslado de su solicitud la Fiscalía puso de presente hechos nuevos. Se refirió, en concreto, a la circunstancia de derivar de la querrela inicial 176, a construir viviendas en el predio, causándole daños al IDU, y a la revocatoria por parte del Concejo Municipal de la decisión de la alcaldía local de archivar la querrela policiva. Anotó también cómo su prohijado se posesionó en el cargo de alcalde de Kennedy el 23 de marzo de 2012, luego de presentada la primera demanda.

De esa manera, pidió revocar la decisión. Se opuso, finalmente, a la manifestación de la juez de no encontrarse impedida para continuar con el trámite del juzgamiento.

CRITERIO DE LOS NO RECORRENTES

1. La Fiscalía pidió confirmar la decisión de primera instancia. Rechazó el argumento del defensor referido a la inscripción de la limitación

¹ Récord 00:12:40, audiencia del 20 de enero de 2022. Sustentación del recurso de apelación.

al derecho de dominio en el folio de matrícula. A su juicio, esa situación carece de trascendencia, en tanto no se pretendía oponer dicha situación a un particular, sino a un alcalde local. Agregó que la función del IDU es la construcción de vías, por cuyo motivo ningún otro propósito podría tener la compra de un predio por parte de dicha autoridad.

Negó haber traído hechos nuevos, en tanto las situaciones aducidas por el abogado están contenidas en el escrito de acusación, aun cuando con otras palabras. Destacó cómo el planteamiento se expresa ocho años después para sustentar la preclusión cuando el servidor público debió en su momento pronunciarse sobre la pretensión del IDU.

2. Por su parte, el Ministerio Público empezó por resaltar que el delito de prevaricato por omisión se traduce en una negación de la actuación a cargo del servidor público o en el incumplimiento de un deber jurídico, lo cual solo es posible si existe un mandato. En ese sentido, aseguró que el procesado estaba obligado a actuar, razón por la cual si lo pretendido es demostrar la inexistencia del hecho lo pertinente es poner en evidencia que sí se llevó a cabo el pronunciamiento echado de menos.

De otro lado, coincidió con la apreciación del *a quo* en cuanto al impedimento, en tanto la sola alusión a la existencia de elementos de prueba por cuenta de las partes no basta para comprometer su imparcialidad.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Aun cuando el defensor insiste en sostener que la solicitud de preclusión tiene como sustento la causal 3º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, lo cierto es que el razonamiento ofrecido para fundamentarla atañe a la tipicidad del comportamiento.

Como lo ha expresado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la causal invocada por el interesado no determina el estudio de la solicitud de preclusión sino los argumentos expuestos para sustentarla. En efecto:

“Valga anotar que en este caso era irrelevante el ropaje jurídico que el solicitante pretendió darle a su pretensión, porque aunque insistió en que estaba alegando la causal de preclusión prevista en el numeral tercero, materialmente sus argumentos estaban orientados, sin duda, a cuestionar la tipicidad de la conducta endilgada a los procesados, lo que se ajusta a la causal de preclusión prevista en el numeral cuarto del artículo 332”².

Desde esa lectura, hablando de la inexistencia del hecho investigado, correspondiente a la causal 3ª de la normativa en mención, la alta Corporación en cita tiene dicho:

“... para que la solicitud compagine con la causal, el argumento de fondo debería establecer que, en efecto, no se materializó ese hecho fenoménico que trascendió al entorno objetivo, en otras palabras (verbi gratia), que no fue expedida ninguna resolución, o un dictamen o concepto a partir de los cuales advertir si se halla o no conforme a derecho”³.

Mientras sobre la causal 4º ha expresado:

“En cuanto al componente tipicidad, la Corporación ha indicado que, de una parte, la conducta debe adecuarse a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo), tales como sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento, y de otra, debe cumplir con la especie de conducta (dolo, culpa o preterintención) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo), en el entendido de que, acorde con el artículo 21 del Código Penal, todos los tipos de la parte especial corresponden a conductas

² AP2266, 30 de mayo de 2018, rad. 52723.

³ CSJ, sentencia del 18 de junio de 2010, rad. 33.642.

*dolosas, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales*⁴.

Ciertamente, se reitera, las razones expuestas en el presente caso para sustentar la preclusión aluden a la causal 4^a. Nótese cómo el abogado plantea que el procesado no tenía la obligación de emitir ningún pronunciamiento, en tanto la cuestión puesta de presente en la querrella por parte del IDU competía resolverla a un juez de la especialidad civil, dada la naturaleza que, a su juicio, tenían los predios para ese momento, por cuya razón, en realidad, no predica la inexistencia del hecho fenomenológico (la omisión) del ilícito objeto de acusación, sino que la conducta desplegada por **Escobar Franco** no encuadra en ese tipo penal, porque éste no tenía, atendidas las razones aducidas en la petición, el deber de pronunciarse sobre la querrella.

Y es que el señalamiento en contra del procesado parte, contrariamente, de la premisa según la cual, como alcalde local de Kennedy, tenía la carga funcional de decidir sobre la pretensión del IDU relacionada con la ocupación de predios de uso público. Empero, la defensa no planteó que el acusado sí adelantó algún procedimiento dentro de la actuación a su cargo o que, efectivamente, emitió el pronunciamiento de rigor, cuya situación eventualmente se traduciría en esa inexistencia que define la norma y, antes bien, aspira a que en un escenario distinto al juicio oral la judicatura realice una valoración de los componentes subjetivos subyacentes al comportamiento de **Luis Fernando Escobar**, situación claramente proscrita a partir de la formulación de la acusación.

Procedió correctamente, por tanto, el juzgado de primera instancia cuando negó la preclusión, pues el defensor cuando la invocó no se sujetó a los dictados del párrafo del artículo 332 arriba citado. Dicha decisión, consecuentemente, se confirmará.

⁴ AP210, 23 de enero de 2019, rad. 48271.

2. No es esta la oportunidad para que la Sala se pronuncie sobre el planteamiento del defensor referido al posible impedimento de la juez de primera instancia para continuar conociendo del asunto durante la fase del juzgamiento.

El artículo 60 del Código de Procedimiento Penal establece que, configurándose la causal de impedimento, si el juez no la declara, cualquiera de las partes podrá recusarlo. En ese caso, el funcionario está llamado a decidir sobre el particular de manera inmediata y “*mediante providencia motivada*” y, en el evento de no aceptar los argumentos del peticionario, el asunto tendrá que ser remitido a quien corresponda, para que se desate el conflicto.

La defensa de **Escobar Franco**, sin embargo, no ha recusado a la funcionaria de primera instancia, por cuya razón la alusión al impedimento como parte de la alzada es ajena a la situación sometida a debate, motivo por el cual la Sala se abstendrá de emitir pronunciamiento sobre ese particular.

Por lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Penal,**

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR la providencia objeto de revisión.

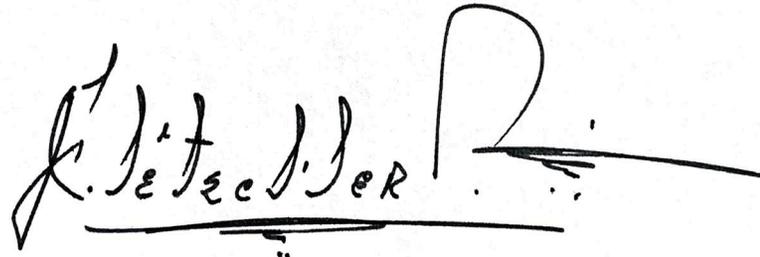
Segundo. Ordenar la devolución del proceso a la oficina de origen para lo de su cargo.

Tercero. Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARIO CORTÉS MAHECHA
Magistrado



JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS
Magistrado



JUAN CARLOS GARRIDO BARRIENTOS
Magistrado