



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

Magistrado Ponente
MARIO CORTÉS MAHECHA

Radicación:	11001 60 00098 2013 00136
Contra:	Eduardo José Benavides Rueda
Delito:	Peculado por apropiación y otro
Motivo:	Auto 2ª instancia
Decisión:	Confirma
Aprobación:	Acta No. 069

Bogotá D. C., trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y el defensor de **Eduardo José Benavides Rueda** contra la providencia del 5 de febrero de 2021, mediante la cual el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de esta ciudad negó la preclusión solicitada por el ente acusador y coadyuvada por la defensa.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. El 5 de febrero de 2016 la Fiscalía formuló imputación a **Benavides Rueda**, por los delitos de peculado por apropiación e interés indebido en la celebración de contratos, ambos en condición de interviniente.

2. El 27 de abril siguiente el ente investigador presentó el respectivo escrito de acusación, cuyo trámite le correspondió al Juzgado Veintitrés Penal del Circuito, despacho que en su momento llevó a cabo la respectiva audiencia de formulación, así como la preparatoria.

3. El 11 de noviembre de 2018, fecha fijada para la iniciación del juicio oral, el delegado de la Fiscalía solicitó la preclusión de la actuación, invocando para el efecto la causal 1ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004. Sustentada la petición, la defensa la coadyuvó y pidió decretarla con base en la causal 3ª del mismo precepto.

4. En sesión del 5 de febrero de 2021 el juez negó la solicitud y contra esa providencia tanto el ente acusador como el representante del procesado interpusieron el recurso de apelación.

SUSTENTO DE LA DECISIÓN

Partiendo de considerar que la Fiscalía cimentó la petición en su imposibilidad de obtener condena en contra del acusado porque a otros enjuiciados por razón de los mismos hechos la judicatura los ha absuelto, el *a quo* estimó que dicho fundamento no encaja en la causal invocada por el ente persecutor, que remite a los motivos de extinción de la acción penal previstos en el Código de Procedimiento Penal.

En su criterio, en realidad, la solicitud se ajusta a la causal relativa a la *“imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia”*, pero su invocación resulta improcedente en el presente caso, por cuanto el proceso se encuentra en la etapa de juzgamiento, quedándole solamente la opción al delegado del ente acusador de pedir la absolución perentoria o renunciar a la práctica de las pruebas decretadas en la preparatoria y/o reclamar la absolución del procesado al finalizar el juicio oral.

En cuanto la defensa aduce que el procesado no intervino en la negociación que llevó a la adquisición del inmueble por razón de la cual se predica en la acusación la configuración del ilícito de peculado por apropiación y, además, que de esa transacción no puede inferirse un interés indebido por parte de éste, para el juzgado de primera instancia tampoco el sustento expuesto por ese profesional del derecho se enmarca en la causal 3ª, esto es, inexistencia del hecho investigado.

Se trataría, añadió, de las causales de ausencia de intervención del acusado en el hecho investigado (5ª) y de atipicidad del mismo (4ª), cuya aplicación resulta improcedente, igualmente, en la fase de juzgamiento.

RAZONES DE LOS RECURRENTES

1. El delegado de la Fiscalía insistió en que en este caso se configura la causal 1ª de preclusión, porque el inculpado no intervino ni participó, conforme lo demuestran las “*pruebas*” aportadas por ese organismo, en la negociación relacionada con el bien respecto del cual se predica la comisión de los delitos objeto de acusación, cuyo contrato lo celebraron únicamente la empresa Capital and Bussines por medio de su representante legal, quien compró la hipoteca que tenía el bien, y la Dirección Nacional de Estupefacientes (DNE), representada por Carlos Albornoz Guerrero.

En esas condiciones, agregó, el ente acusador no puede continuar aquí con la acción penal, máxime cuando con esas mismas “*pruebas*”, recalcó, se dictó sentencia absolutoria en primera instancia a favor de Carlos Albornoz Guerrero y Eduardo de Praga Benavides Guerrero.

Solicitó, de esa manera, revocar la providencia objeto de apelación, no sin antes hacer mención a la intangibilidad del principio de congruencia para poner de presente que en su momento la defensa solicitó, sin éxito, la aclaración de los hechos jurídicamente relevantes.

2. Según el defensor, la preclusión procede tanto por la causal 1ª como por la 3ª.

En sustento de su criterio, empezó por catalogar contradictoria la decisión de primera instancia por aducir, con apoyo en decisiones de la Corte Suprema, que la petición de preclusión formulada en la etapa de juzgamiento no puede sustentarse con valoraciones de fondo, pues resulta imposible soportar una solicitud de esa naturaleza sin incluir implícitamente conceptos sobre la responsabilidad del procesado y, ante esa realidad, al juez no le resulta viable obviar esa valoración o, al menos, debe verificar o constatar la documentación aportada, en cuyo caso, de negar la preclusión, quedará impedido de manera irremediable.

Censuró también al *a quo* por exigir, para demostrar la inexistencia del hecho, desvirtuar elementos como la no condición de socio o de depositario por parte del procesado, pues no se trata de presupuestos propios de los delitos objeto de acusación y, por tanto, no conforman aquí los hechos jurídicamente relevantes, los cuales, pese a los reclamos de la defensa efectuados desde la imputación, la Fiscalía no los precisó nunca de manera clara y concisa.

Para el impugnante, precisamente, la ausencia de los hechos jurídicamente relevantes implica la inexistencia del hecho, aun cuando el Tribunal, conforme se lo planteó también al juez, tiene la opción de decretar la nulidad de la actuación por falta de concreción de los cargos por parte del ente acusador, aunque dijo preferir la preclusión, porque la invalidación implica *“prologar la angustia del procesado y demandar gastos y erogaciones para sostener un proceso que no tiene sentido”*

En todo caso, consideró que el inculpado jamás ha sido socio de Capital and Bussines, de modo que ninguna relación mediata o inmediata lo vincula a los negocios realizados por esa empresa con la DNE. Y tampoco,

añadió, ha tenido la condición de depositario del predio objeto de este proceso y sólo actuó como apoderado de quien sí ostentó esa calidad, aun cuando únicamente para reclamar el reintegro o recuperación del terreno por unos invasores que tenía esa finca.

En opinión del recurrente, para predicar la ocurrencia de los delitos objeto de acusación, en particular, el de interés indebido en la celebración de contratos, es necesario demostrar que el procesado suscribió el respectivo convenio. Pero eso, según expresó, no sucedió en este caso, lo cual es fácilmente verificable, sin necesidad de acudir a ejercicios valorativos, y de ahí que no se le pueda atribuir participación en esos punibles, salvo que se le reproche actuar a título de determinador, situación que aquí no se ha afirmado.

En su sentir, además, conforme lo ha sostenido la Corte Suprema, no resulta dable predicar la existencia de concurso entre los punibles de interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación *“cuando no se ha intervenido en el contrato mismo”*.

Estimó, de esa manera, que si la ausencia de los hechos jurídicamente comporta la inexistencia del hecho, si el acusado no participó en la suscripción del contrato y si, además, los referidos ilícitos no pueden concursar, entonces no resulta factible continuar con el juicio, por cuya razón pidió revocar la providencia de primera instancia y decretar la preclusión. Para ese efecto, demandó tener en consideración las sentencias absolutorias dictadas por otros despachos judiciales a favor de Eduardo de Praga Benavides y Carlos Albornoz y la decisión de archivo del 5 de octubre del 2020 proferida respecto de las investigaciones que se adelantaban en contra de Julio Rico Cifuentes y José Antonio Mutis.

CRITERIO DE LOS NO RECURRENTES

1. El representante de las víctimas reclamó confirmar el auto apelado, pues las razones expresadas por la Fiscalía y la defensa no se enmarcan en las causales 1ª y 3ª de preclusión, las cuales contemplan situaciones objetivas, tanto que la primera de ellas dice relación con los eventos de extinción de la acción penal contemplados en el artículo 77 del Código de Procedimiento Penal. En apoyo de su criterio citó la decisión AP2607 del 2016 de la Corte Suprema de Justicia.

2. El delegado de la Procuraduría dijo estar de acuerdo con la providencia de primera instancia, porque la imposibilidad de iniciar o continuar la actuación se refiere a las causales previstas en el artículo 82 del Código Penal, mientras que la ausencia de intervención del acusado en los delitos atribuidos se enmarca en la causal 5ª de preclusión, que no es dable confundir con la inexistencia del hecho.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Debe empezar la Sala por referirse acerca de la irregularidad denunciada por el defensor del procesado, quien sostiene que la Fiscalía no consignó en las audiencias de imputación y de acusación los hechos jurídicamente relevantes.

El precitado recurrente, es de advertir, no le planteó ese aspecto al *a quo* y éste, como era de esperarse, no se pronunció sobre el mismo. Es más, tampoco aquél pretende del Tribunal obtener decisión invalidatoria, sino que dijo preferir la preclusión, porque, según sus propios términos, la nulidad implica *“prolongar la angustia del procesado y demandar gastos y erogaciones para sostener un proceso que no tiene sentido”*.

Lo anterior le impediría a la Sala estudiar el referido asunto, pues de hacerlo vulneraría el principio de la doble instancia. No obstante, como lo propuesto apunta a poner de presente que la alegada irregularidad genera

la ineficacia del trámite procesal, la Sala entrará a examinar lo pertinente, atendido que los jueces, incluso quien actúa en sede de segunda instancia, están facultados para decretar la nulidad de lo actuado en forma oficiosa, cuando quiera que se evidencie causal de esa naturaleza.

Al respecto, es imperioso señalar que aun cuando el juicio de imputación es del resorte exclusivo de la Fiscalía y no está, por ende, sometido *“a control material por parte de los jueces”*¹, esa prohibición, sin embargo, no los exime de velar porque dicho acto de comunicación reúna los requisitos formales previstos en la ley y, en ese sentido, la alta Corporación en cita ha sostenido que cuando *“no contiene una relación adecuada de los hechos jurídicamente relevantes, se afecta la estructura misma del debido proceso y ello conduce a su nulidad”*².

Sin embargo, la Sala no advierte que el ente acusador haya incurrido en la anomalía predicada por la defensa, pues en el referido acto de comunicación, aun cuando con inclusión innecesaria de referencias probatorias y de algunos datos complementarios, se reseñó la siguiente situación fáctica:

Varios empresarios, entre quienes estaba Eduardo de Praga Benavides Guerrero, padre del aquí acusado, acordaron junto con Carlos Albornoz Guerrero, entonces Director de la Dirección Nacional de Estupefacientes (DNE), adquirir, por un precio inferior al real, el predio denominado *“Jesús del Río”*, identificado con la matrícula inmobiliaria No. 0620006848 y situado en el municipio de Zambrano (Bolívar), que se encontraba bajo la administración de dicha entidad pública y había sido objeto de extinción de dominio, y es así como Albornoz Guerrero, en la referida condición, el 29 de diciembre de 2008 simuló dárselo en dación en pago por la suma de \$2.372.507.410 a la firma Capital and Bussines, compañía que luego, el 16 de abril del año siguiente, se lo vendió por ese

¹ CSJ SP2042 del 5 de junio de 2019, rad. 50007.

² SP4045, 17 de septiembre de 2019, rad. 53264.

mismo monto a la empresa Inveragricol, constituida para ese exclusivo fin y respecto de la cual fungía como representante legal Benavides Guerrero y de la misma eran socios su hijo **Eduardo José Benavides Rueda**, entre otros, y ello pese a que su verdadero precio correspondía a \$4.442.380.746

En la imputación la Fiscalía agregó que **Benavides Rueda** se sumó al referido propósito ilícito cuando, mediante resolución 1019 del 25 de julio de 2008, se designó como depositario provisional del inmueble a José Antonio Mutis Perdomo, quien tenía la condición de socio de Capital and Bussines y, a la vez, de Inveragricol, y éste, luego de posesionarse en ese cargo, el 30 de julio siguiente le otorgó poder a aquél para recibirlo y administrarlo, por cuyo medio entró en posesión del mismo, asumiendo su total control, con lo cual se aseguró la concreción del cometido propuesto, esto es, la apropiación del predio.

En esencia, en el acto complejo de la acusación se consignó el mismo supuesto episódico, sin que se observe la existencia de incongruencia con la imputación, como lo insinúa el fiscal recurrente de manera, por demás, inmotivada.

Es de anotar que en audiencia de formulación de los cargos, incluso, se incorporaron las aclaraciones que la Fiscalía presentó en respuesta a las observaciones que en su momento formuló la defensa, siendo, por tanto, imperioso rechazar la afirmación de los recurrentes encaminada a dejar entrever que dicho organismo omitió pronunciarse sobre éstas. En dichas aclaraciones, es de advertir, el delegado del órgano persecutor, entre otros aspectos, precisó lo relacionado con la cuantía del peculado e hizo énfasis en que la designación de Mutis Perdomo la realizó el subdirector de bienes de la DNE con base en hoja de vida propuesta por Albornoz Guerrero.

Si los hechos jurídicamente relevantes, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, *“corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las*

*respectivas normas penales*³, no hay duda que en la referida relación fáctica quedaron comprendidos los elementos típicos de los delitos objeto de imputación y acusación.

Desde luego, conforme lo precisó la misma Fiscalía en los referidos actos de comunicación, la condición de servidor público la reunía Carlos Albornoz Guerrero, mas no **Eduardo José Benavides Rueda**, quien actuó en calidad de particular, por cuya razón le reprochó incurrir en las conductas punibles a título de interviniente.

Carece, por tanto, de fundamento la manifestación del recurrente, pues, insiste la Sala, la Fiscalía sí precisó los hechos jurídicamente relevantes en su momento.

2. El párrafo del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 autoriza solicitar la preclusión de la actuación en la etapa de juzgamiento, pero únicamente por las causales 1ª y 3ª allí previstas, esto es, en su orden, *“imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal”* e *“inexistencia del hecho investigado”*.

La primera de esas causales, como con acierto lo señaló el *a quo*, se refieren a los motivos de extinción de la pena enunciados en el artículo 82 del Código Penal, los cuales se caracterizan por su estirpe objetiva, es decir, que no requieren elaboradas valoraciones probatorias para evidenciarlos. En ese sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-920 de 2007 cuando expresó:

“De otra parte, durante la fase de juzgamiento, tal como lo prevé el párrafo acusado, el legislador limitó a dos, los motivos que, por hechos sobrevivientes, pueden ser invocados por el fiscal, el ministerio público y la defensa para solicitar la preclusión durante el juzgamiento. Ellas se reducen a: (i) la imposibilidad de iniciar o

³ Decisión del 8 de marzo de 2017, rad. 44599.

continuar el ejercicio de la acción penal; y (ii) la inexistencia del hecho investigado.

La imposibilidad de proseguir con el ejercicio de la acción penal, durante el juicio, puede surgir debido a un evento sobreviviente a la acusación, como puede ser la consolidación del término de prescripción de la acción, la muerte del acusado, la despenalización de la conducta imputada, la constatación de la existencia de cosa juzgada, el decreto de una amnistía, la rectificación del escrito injurioso o calumnioso, y en general aquellos eventos susceptibles de verificación objetiva, con potencialidad para extinguir la acción penal. Así mismo, puede surgir como consecuencia de la constatación de circunstancias que indican que la acción penal no podía iniciarse, como podría ser la verificación de la inexistencia de querrela respecto de un delito que exige este presupuesto de procedibilidad”.

Así también lo ha sostenido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Obsérvese:

“En este sentido, es ostensible la confusión en la que incurre la apelante cuando, buscando ejemplificar los casos que pueden ser objeto de solicitud de preclusión a través de la causal cuarta consagrada en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, rotulada como “Atipicidad del hecho investigado”, relaciona circunstancias como la oblación, la prescripción o la muerte del indiciado, imputado o acusado, dado que estas no dicen ninguna relación con el delito y sus elementos, sino con factores externos al mismo que impiden, por el camino objetivo, adelantar o proseguir el proceso penal.

Esas circunstancias, cabe detallar, se referencian en el artículo 82 del C.P., como causales de extinción de la acción penal y representan, en términos de la preclusión dispuesta en la Ley 906 de 2004, la causal establecida en el ordinal primero del artículo 332 antes citado: ‘Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal’”⁴.

⁴ AP789, 4 de marzo de 2020, rad. 56391. En el mismo sentido, SP9245, 16 de junio de 2014, rad. 44043.

Desde luego, para determinar si concurre o no alguna de las causales de extinción de la acción penal será necesario realizar ciertas constataciones probatorias, y en esto le asiste razón a la defensa. Verbi gracia, si se aduce la muerte del procesado, habrá de verificarse si se aportó el respectivo elemento de convicción que demuestre el deceso. Y si se trata de desistimiento, será función del juzgador establecer, a partir de los medios probatorios sustento de la petición, que la víctima tomó esa decisión y lo hizo en forma voluntaria.

Lo inadmisibile es invocar la aplicación de la causal 1ª de preclusión, aduciendo que el sujeto pasivo de la acción penal no intervino en la comisión del delito, porque ello implica abordar el análisis integral de los elementos probatorios anunciados por la Fiscalía en la acusación y ese tipo de valoraciones, una vez se presenta dicho acto de comunicación, solamente puede efectuarse al momento de emitirse el respectivo fallo y con sustento en las pruebas recaudadas en el juicio oral de manera pública, con sujeción a los principios de confrontación y contradicción y con inmediación del juez.

La ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado e, incluso, la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, situación esta última que, al parecer, llevó en últimas a la Fiscalía a demandar la preclusión en el presente evento, constituyen motivos que desbordan por completo los confines de la causal 1ª y se ubican, sin discusión, en las 5ª y 6ª, pero a ellas no puede acudir en la fase de juzgamiento, como perentoriamente lo establece el párrafo del artículo 332 arriba citado.

Al respecto, es del caso acotar que, conforme lo tiene expuesto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la causal invocada por el interesado no determina el estudio de la petición 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”⁵.

Situación similar acontece con la defensa cuando, sobre la base de argumentar que el acusado no participó en la suscripción del contrato, pretende la aplicación de la causal 3ª de preclusión. De esa manera dicho profesional no hace sino enmascarar su verdadera pretensión, esto es, acudir a la causal 5ª que, repítese, no opera en la fase de juzgamiento. Ni más ni menos, pues el precitado recurrente no controvierte la real suscripción del contrato que llevó a la Fiscalía, en la imputación y en acusación, a predicar la existencia de los delitos de peculado por apropiación e interés indebido en la celebración de contratos. Su planteamiento se orienta a aducir que **Benavides Rueda** no lo firmó y de esa premisa edifica su ajenidad en esos punibles, cuya alegación, por tanto, cae en los terrenos de la causal última señalada.

La afirmada imposibilidad de presentarse concurso entre los delitos objeto de acusación tampoco conduce a predicar la inexistencia de los hechos. Si uno de esos punibles, eventualmente, recoge el desvalor del otro, lo pertinente sería concluir que este último no encuentra adecuación en su descripción legal, y ello traslada ya la discusión al ámbito de la causal 4ª de preclusión (atipicidad del hecho investigado), que tampoco resulta dable invocarse en este momento procesal.

Como lo ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, la literalidad de la norma que contempla la causal 3ª *“no se presta a equívocos, porque la inexistencia del hecho no puede tener un*

⁵ AP2266, 30 de mayo de 2018, rad. 52723.

*entendimiento diferente al sentido fenomenológico*⁶⁶, por cuya razón no puede confundirse con la 4ª, que se presenta cuando “*el indiciado ha ejecutado una conducta y esta no es punible por faltar alguno de los elementos de la descripción típica*”⁷, ni con la 5ª, que se estructura cuando “*alguien ha cometido un delito, pero el investigado no tuvo parte en el mismo, es decir, no hay acción u omisión que le sea atribuible*”⁸.

En otras palabras, mientras en la primera de esas causales el hecho no tuvo ocurrencia, en las otras sí, aun cuando en la segunda la conducta no se adecúa en ningún tipo penal, en tanto en la tercera sí, sólo que el imputado no intervino en su ejecución.

Resta acotar que, como quedó visto en el apartado precedente, no es cierto que la Fiscalía no haya reseñado los hechos jurídicamente relevantes. Si esto es así, resulta infundado pretender obtener la preclusión, argumentando que la ausencia de los mismos implica la inexistencia de los hechos, según así lo sostiene la defensa. Por lo demás, lo primero no lleva necesariamente a lo segundo, pues es posible que éstos sí existan, sólo que no se precisaron adecuadamente en la imputación. Si eso ocurre, la solución no es la preclusión sino la nulidad, pero a ese remedio procesal no hay lugar a acudir aquí, pues tal anomalía, se reitera, no se estructuró.

En tales condiciones, procedió correctamente el juzgado de primera instancia cuando negó la preclusión y, por ello, su decisión se confirmará.

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

R E S U E L V E

Primero. CONFIRMAR la providencia objeto de revisión, por las

⁶⁶ AP8356, 30 de noviembre de 2016, rad. 48969.

⁷ AP210, 23 de enero de 2019, rad. 48271.

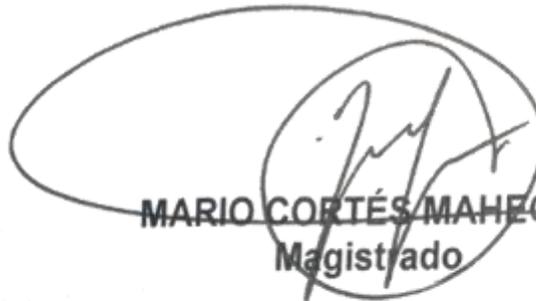
⁸ AP ídem.

razones expresadas en la presente decisión.

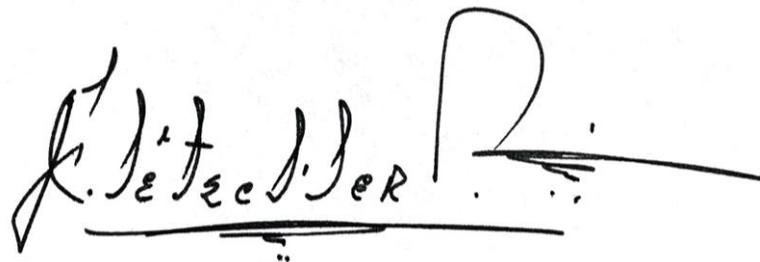
Segundo. Ordenar la devolución del proceso a la oficina de origen, para lo de su cargo.

Tercero. Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARIO CORTÉS MAHECHA
Magistrado



JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS

Magistrado



JUAN CARLOS GARRIDO BARRIENTOS

Magistrado