

Magistrado Ponente: PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ

Número de Radicación: 13001600000020190004100 Interno: G30 No. 0008-2020

Tipo de decisión: Deniega recurso de queja

Fecha de la decisión: 12 de enero de 2021.

PRECLUSIÓN DE LA ACCIÓN PENAL/ La solicitud preclusiva, en fase de juzgamiento, solo es viable por las causales 1° y 3° del artículo 332 de la ley 906 de 2004

RECHAZO DE PLANO/ Remedio procesal dispuesto para aquellos casos en que las partes elevan peticiones impertinentes y, en ese orden, contra las determinaciones de tal naturaleza no procede el recurso de alzada.

RECHAZO DE PLANO DE PETICIÓN IMPERTINENTE EN VIRTUD DE LA ETAPA PROCESAL EN LA QUE FUE ELEVADA/ Contra esta decisión es improcedente el recurso de apelación.

FUENTE FORMAL/ Artículos 10, 139 y 332 de la Ley 906 de 2004.

FUENTE JURISPRUDENCIAL/ CSJ SP AP 2266 de 2018, SP 1392-2015.



Tribunal Superior de Cartagena Sala de Decisión Penal

**Magistrada Ponente:
Patricia Helena Corrales Hernández
Aprobado mediante Acta No. 001**

Cartagena de Indias D. T. y C., doce (12) de enero de dos mil veinte (2020).

Identificación sujetos procesales

Fiscalía	Dora Patricia Cáceres Puentes, Fiscal Seccional No. 40 de Cartagena.
Procesado	Javier Gil Bejarano
Defensora	Ibeth Martínez Gálvez
Ministerio Público	Diana María Builes González
Fecha de ingreso al despacho sustanciador	16 de diciembre de 2020

I. MOTIVO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver el recurso de queja interpuesto contra la providencia del 18 de octubre de 2019, emitida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, que rechazó de plano una solicitud preclusiva elevada por el ente instructor en favor del señor **Javier Gil Bejarano**.

II. ANTECEDENTES

2.1 Fácticos

De acuerdo con las circunstancias consignadas en el escrito de acusación radicado ante el Centro de Servicios Judiciales de Cartagena, el señor Jair

Alberto Puello Joly, en su condición de investigador del Cuerpo Técnico de Investigación, fue designado para la práctica de una diligencia de registro y allanamiento en el marco de la investigación con radicado 130016008779201700068, presidida por la Fiscalía Seccional No. 15 Especializada de Cartagena.

Como resultado de este acto investigativo, el 12 de mayo de 2017 el señor Jair Alberto Puello Joly, en calidad de investigador líder de la mentada actuación, redactó y firmó **i)** un Informe de registro y allanamiento No. 13-115119, **ii)** un Acta de registro y allanamiento y **iii)** un registro de cadena de custodia.

Según el ente instructor, el informe y el acta de registro y allanamiento del 12 de mayo de 2017 contenían una falsedad, toda vez que en estos no se registró la totalidad de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas recaudados en el marco de la diligencia.

Además, según la fiscalía, el señor Puello Joly omitió poner a disposición de la Fiscal Seccional No. 15 Especializada de Cartagena todas las evidencias recaudadas, pese al deber de hacerlo de conformidad con el Manual de Funciones de la Fiscalía General de la Nación.

Así mismo, el mentado ocultó los siguientes elementos que podrían servir de prueba en el marco de la actuación con radicado 130016008779201700068: **i)** cuatro tubos; **ii)** cuatro bolsas; **iii)** una camara; **iv)** un balde blanco con tapa color amarillo; **v)** una bolsa plástica con contenedores no relacionados; **vi)** una cartuchera azul con ocho contenedores pequeños con una sustancia de color blanco; y **vii)** un bolso negro que en su interior contenía una bolsa pequeña con sustancia de origen vegetal.

En el escrito de acusación se afirma que el señor **Javier Gil Bejarano**, en su condición de agente del Cuerpo Técnico de Investigación, nombrado a través de resolución No. 03433 del 29 de diciembre de 2011 y activo como

investigador SAC GOTI CÓDIGO 15722 para los días 12 y 13 de mayo de 2017, intervino en la ejecución de los hechos precedentes, en calidad de coautor del señor Puello Joly.

2.2 Procesales

2.2.1 Con base en las circunstancias fácticas anotadas, en diligencia del 4 de marzo de 2019, presidida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Cartagena, la fiscalía formuló imputación contra el señor **Javier Gil Bejarano** como presunto coautor de los delitos de *falsedad ideológica en documento público, prevaricato por omisión agravado y ocultamiento, alteración o destrucción de elementos materiales probatorios*.

El imputado decidió no allanarse a los cargos, en tanto que la fiscalía, por su lado, se abstuvo de solicitar la imposición de medida de aseguramiento contra el vinculado.

2.2.2 Con posterioridad, la fiscalía radicó el escrito de acusación el 3 de abril de 2019, pliego que fue repartido al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, para lo de su resorte.

2.2.3 El 11 de junio de 2019 la autoridad jurisdiccional instaló la diligencia que, por orden procesal, correspondía a la audiencia de formulación de acusación, sin embargo, por petición de la fiscalía, el objeto varió a solicitud de preclusión, con base en el numeral primero del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

En ese orden, luego de referirse a los hechos jurídicamente relevantes y los elementos materiales probatorios, la representante del ente persecutor del Estado sostuvo que los “*verbos rectores no se tipifican*”¹ por cuanto quien tenía

¹ Record 26:55 del audio que contiene la audiencia del 11 de junio.

la calidad de investigador líder y coordinador de la diligencia de allanamiento era el señor Jair Alberto Puerta Joly.

Adicionalmente, la solicitante indicó que el señor Puerta Joly fue la persona que realizó el hallazgo de los elementos probatorios recolectados y los embolsó de modo que en virtud del Manual de Cadena de Custodia vigente para la fecha de los hechos que se investigan, era la persona encargada de poner a disposición de la Fiscalía lo recaudado, como “*primer responsable*” de las evidencias.

Así pues, según la fiscalía, el señor **Javier Gil Bejarano** no tenía² “*poder de disposición*” respecto a las evidencias recaudadas, por cuanto no las tuvo bajo su custodia, sino, exclusivamente, el señor Jair Alberto Puerta Joly.

Por ende, el imputado no tuvo la posibilidad de recaudar, embalar y rotular las evidencias objeto de allanamiento, de suerte que no podría ser responsable de las conductas punibles enrostradas en la audiencia de formulación de imputación.

Bajo los anteriores derroteros, la peticionaria acotó que³ “*sí sería viable decretar la preclusión de la investigación con base en ese numeral primero, porque tenemos esa imposibilidad de **derrocar esa presunción de inocencia** (...) y por lo tanto tendríamos ausencia de mérito para sostener la acusación*”. (Se hace énfasis).

Para abundar en argumentos, acto seguido la solicitante agregó que⁴ “*las conductas punibles imputadas a **Javier Gil Bejarano** no se adecúan a las exigencias materiales definidas en las correspondientes disposiciones de la*

² Récord 32:45.

³ Récord 36:20.

⁴ Récord 36:41.

parte especial del estatuto punitivo”, por cuanto “*el verbo rector no está satisfecho*”.

2.2.4 En sesión del 23 de septiembre de 2019, la defensora del señor **Gil Bejarano** y la representante del Ministerio Público coadyuvaron la petición preclusiva elevada por la fiscal.

2.2.5 Con base en los anteriores elementos, a través de providencia del 18 de octubre del 2019 el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena consideró que la solicitud era improcedente, por estar fundada en la causal cuarta del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 -*atipicidad del hecho investigado*-, en atención a que con la radicación del escrito de acusación había iniciado la etapa de juzgamiento, momento en el cual sólo existe posibilidad de invocar los motivos preclusivos primero y tercero del mismo canon.

Igualmente, acotó que pese a que la fiscalía invocó la causal primera contemplada en el canon 332 mencionado, lo cierto es que su argumentación giró en derredor del motivo preclusivo número cuatro, lo que, reiteró, no era procedente.

Por lo anteriormente expuesto, el *a quo* rechazó de plano de la petición, por ser ostensiblemente inconducente y, de inmediato, advirtió que se trataba de una *orden* “*porque tiende a evitar el entorpecimiento de la actuación*”, contra la cual no proceden recursos.

2.2.6 Inmediatamente, pese a que el juez de primera instancia sostuvo que contra la determinación adoptada no procedían recursos, la fiscal manifestó que quería dejar la constancia de que estaba interesada en interponer la apelación.

⁵ Récord 15:23 de la primera sesión de la audiencia del 18 de octubre de 2019. Dijo el *a quo*: “*En este orden de ideas, se ordena rechazar de plano dicha solicitud por ser abiertamente improcedente, y este pronunciamiento es a través de una orden que no admite ningún recurso (...) porque tiende a evitar el entorpecimiento de la actuación*”.

No obstante, el funcionario le recordó que contra la decisión no era posible impetrar la alzada, de manera que la peticionaria acotó que⁶ *“en subsidio entonces interpongo el recurso de queja, dejando la constancia con toda humildad”*.

Frente a esto, el juez respondió⁷: *“no, es que no procede ningún recurso (...) yo no puedo dilatar más este trámite. Le estoy dando cumplimiento, como usted lo oyó, a sentencia de constitucionalidad. Yo no puedo dilatar más el trámite para que el Tribunal venga a regañarme concediendo un recurso de queja que es improcedente también”*.

2.2.7 Ante tal negativa, la Fiscal Seccional No. 40 de Cartagena interpuso acción de tutela contra el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, por la vulneración de sus derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y debido proceso.

2.2.7.1 En primera instancia, el conocimiento de la acción constitucional correspondió a ésta Sala de Decisión que, mediante providencia del 2 de marzo del 2020, concedió el amparo y, en consecuencia, dispuso:

“PRIMERO: TUTELAR los derechos al Debido Proceso y Acceso a la Administración de Justicia invocados por la doctora DORA PATRICIA CÁCERES PUENTES, en calidad de Fiscal 40 Seccional de Cartagena, en contra del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, con fundamento en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia de lo anterior, DEJAR SIN EFECTOS la actuación adelantada dentro de la audiencia del 18 de octubre de 2019, llevada a cabo al interior del proceso penal con radicación No.130016000000201900041, a partir del trámite impartido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, momento en el cual negó la posibilidad a la Fiscalía y demás intervinientes de interponer los recursos ordinarios, contra la decisión adoptada en el curso de la misma y mediante la cual se rechazó la solicitud de preclusión de la investigación, al considerar que tales recursos eran improcedentes.

TERCERO: En ese orden de ideas, ORDÉNESE al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, proceda a convocar a audiencia para correr,

⁶ Récord 25:52.

⁷ Récord 25:56-26:13.

nuevamente, el traslado de la decisión adoptada en la diligencia del 18 de noviembre (sic) de 2019, a las partes intervinientes dentro de la actuación penal de la referencia, a efectos de que éstas manifiesten si tienen intención o no de recurrir la misma, dando estricta aplicación a lo normado en los artículos 176 y s.s. de la Ley 906 de 2004, y a los razonamientos expuestos en la parte motiva de esta providencia”.

2.2.7.2 Impugnada la anterior decisión por parte del despacho demandado, la Sala de Decisión de Tutelas No. 3 de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Gerson Chaverra Castro, en providencia STP 7579-2020 del 13 de agosto de 2020, confirmó el proveído confutado, sin embargo, modificó la orden de ésta Sala de Decisión *“en el sentido de ORDENAR al Juez Quinto Penal del Circuito de Conocimiento de la misma ciudad que, en el término improrrogable de 48 horas siguientes a la notificación de esta decisión, surta el trámite legal previsto para el recurso de queja interpuesto por la actora en audiencia del 18 de octubre de 2019”.*

2.2.8 En virtud de lo anterior, a través de providencia del 29 de octubre de 2020, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena dispuso *“compulsar las copias solicitadas y remitirlas en forma inmediata a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena para que se surta el recurso de queja”.*

2.2.9 El expediente fue remitido a la secretaría de ésta Sala de Decisión, oficina ante la cual la peticionaria radicó la sustentación del recurso de queja, por lo que el expediente pasó al despacho sustanciador el 16 de diciembre de 2020, para lo de su cargo.

III. CONSIDERACIONES

3.1 Conforme a lo dispuesto en el artículo 179D del Código Procedimental Penal aplicable al asunto bajo examen, la Sala es procedente para resolver el recurso de queja interpuesto contra la providencia del 18 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena.

3.2 En atención a los elementos *sui géneris* que motivan el presente pronunciamiento, es necesario precisar que el objeto del mismo es, únicamente, determinar si contra el proveído del 18 de octubre de 2019 -que **rechazó de plano** una solicitud preclusiva por **impertinente**- procede o no el recurso de apelación.

3.2.1 Tal interrogante fue resuelto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia AP 2266 de 2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, en un caso en el que esa Corporación conoció del recurso de apelación interpuesto por la defensa, quien previamente elevó una solicitud preclusiva iniciada la etapa de juzgamiento, con base en la causal primera del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, pero refiriéndose a la atipicidad del comportamiento desplegado por uno de los procesados.

En ésta oportunidad, con base en lo consagrado en los artículos 10 y 139 de la Ley 906 de 2004, la Corte recordó que el **rechazo de plano** es “*el instrumento jurídico dispuesto por el legislador frente a solicitudes impertinentes...*”, en orden a evitar dilaciones injustificadas de la actuación “*y otras consecuencias que afecten la recta y eficaz administración de justicia*”.

En este contexto, a continuación, la Corte se refirió a la *procedencia del recurso de apelación* cuando se está ante determinaciones en las que el juez, como director del proceso, *rechaza de plano* peticiones impertinentes. Sin vacilaciones, la máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria advirtió:

⁸ Al respecto, la Sala observa que en la sentencia STP 7579-2020 en la que la Corte definió el alcance de la concesión del amparo, ésta última apuntó: “*De lo que refulge que, el Juez cognoscente impidió no sólo el ejercicio de contradicción en contra de la determinación de rechazar la preclusión, sino de escrutar si, según lo sostenía, contra la misma no procedía el recurso de alzada a través del mecanismo de queja, última acción que se observa trasgresora de los derechos de la actora, pues, con independencia de que le asista o no razón en los motivos en que sustentó su determinación y de que la misma se entienda como una orden o no, el mecanismo para definir la discrepancia acerca de la procedencia de la apelación, era el recurso de queja, del cual se impidió su ejercicio. Así, como se dijera en el acápite pertinente, el debate que se puede generar respecto de si procede o no el recurso de alzada contra una decisión, corresponde definirlo a través del recurso de queja y por el superior funcional de la autoridad judicial, en tanto su finalidad es proteger la garantía de la doble instancia y, esencialmente a determinar si fue correcta o no la negativa a conceder el recurso de apelación”.* (Se hace énfasis).

“Es cierto que el artículo 176 de la Ley 906 de 2004 dispone la procedencia del recurso de apelación contra los autos “adoptados durante el desarrollo de las audiencias”, y que el artículo 177 establece que este recurso se concederá en el efecto suspensivo cuando se interponga contra el auto que “decreta o rechaza la solicitud de preclusión”, tal y como lo sostienen el impugnante y el Tribunal. Sin embargo, esta reglamentación específica no puede analizarse por fuera del contexto procesal en el que está inserta, que incluye, claro está, los derechos y garantías desarrollados a lo largo del Código de Procedimiento Penal.

En esta línea, debe tenerse en cuenta que el ordenamiento dispone el “rechazo de plano” para las solicitudes impertinentes, y, al tiempo, consagra el recurso de apelación contra las decisiones que resuelven asuntos relevantes, como es el caso de la preclusión. **Bajo el entendido de que impertinente no es sinónimo de intrascendente o inane, debe considerarse que el referido remedio procesal (“rechazo de plano”) procede incluso frente a temas trascendentes, pero que son impertinentes en un determinado escenario procesal,** como cuando se pretende ventilar en la audiencia preparatoria la configuración de una causal de justificación. Aunque en este ejemplo se trata de un tema trascendente para la determinación de la responsabilidad penal, que hipotéticamente podría ser objeto de apelación si se resuelve en la sentencia, el Juez tendría que “rechazar de plano” la pretensión de la parte de lograr un pronunciamiento extemporáneo sobre un tema de esa naturaleza, **sin que resulte procedente el recurso de apelación, simple y llanamente porque no se está resolviendo el asunto de fondo, sino sobre la impertinencia del debate en esa fase de la actuación.**

Para resolver el caso sometido a conocimiento de la Sala, se tiene que el legislador estableció las siguientes reglas frente a las solicitudes de preclusión: (i) en la fase de juzgamiento solo es viable el debate frente a las causales 1° y 3° del artículo 332, lo que, visto de otra manera, implica que sea impertinente ventilar las causales 2°, 4°, 5°, 6° y 7°; (ii) cuando en la fase de juzgamiento se presentan causales diferentes a la 1° y 3°, se está, sin duda, frente a una solicitud impertinente, que constituye una manifiesta actuación irregular de la parte (Arts. 140 y 141 ídem, entre otros); (iii) el remedio dispuesto para corregir esas actuaciones es el “rechazo de plano”; **(iv) este rechazo tiene como consecuencia obvia que el asunto no se resuelve en su fondo; y (v) por tanto, los recursos que procederían frente a una solicitud presentada de forma regular, que obligue un pronunciamiento de orden sustancial, no son predicables frente a la decisión de rechazar de plano una solicitud inoportuna**”. (Se hace énfasis).

En la misma providencia la Sala de Casación Penal sostuvo que era irrelevante el “ropaje jurídico” que el peticionario le otorgara a su solicitud preclusiva en orden a determinar si era pertinente, en atención a la oportunidad procesal elevada.

De ahí que si, “materialmente”, los argumentos del solicitante se ajustaban a una causal diferente a las contempladas en los numerales primero y tercero,

únicas procedentes tras el inicio de la etapa de juzgamiento, entonces la petición era impertinente y, en tal medida, debe ser rechazada de plano⁹.

Finalmente, en lo que concierne al momento en que inicia la etapa de juzgamiento, basta anotar que en un caso de similares características¹⁰, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia advirtió, por un lado, que la etapa de juicio iniciaba con la **radicación del escrito de acusación**¹¹ y, por otra parte, que, a partir de entonces, sólo era procedente invocar las causales preclusivas 1 y 3, según lo dispuesto en el parágrafo del artículo 332 de la Ley 906 de 2004¹².

3.2.2 Luego de las precisiones conceptuales precedentes, de cara al problema jurídico formulado *ut supra* (3.2), para la Sala es evidente que contra la decisión consistente en **rechazar de plano** la petición preclusiva elevada por la fiscalía es improcedente el recurso de apelación.

Lo anterior puesto que, como lo ha enseñado la Corte, el **rechazo de plano** es un remedio procesal dispuesto para aquellos casos en que las partes elevan peticiones impertinentes y, en ese orden, contra las determinaciones de tal naturaleza no procede el recurso de alzada impetrado por la representante del ente persecutor del Estado.

Así las cosas, la Sala debe responder **negativamente** frente al problema jurídico formulado *ab initio* de éstas consideraciones, esto es, si era procedente o no el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de

⁹ Dijo la Corte: “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”.

¹⁰ SP 1392-2015.

¹¹ Ver, sobre el particular, páginas 15 y 16, último párrafo, que reza: “En consecuencia, el **escrito de acusación cumple relevantes funciones en el desarrollo procesal, así pues: (...) (vi) establece unas marcadas diferencias entre las causales por las cuales procede la preclusión y los sujetos que pueden invocarlas...**”.

¹² Ver, sobre el particular, páginas 20-32 de la sentencia aludida.

rechazar de plano una petición **impertinente**, en virtud de la etapa procesal en la que fue elevada.

3.3 Con base en lo expuesto, la Sala **denegará** el recurso de queja interpuesto por la fiscalía contra la providencia del 18 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena.

Inmediatamente, dispondrá la devolución de la actuación al juzgado de origen para lo de su cargo.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR el recurso de queja interpuesto por la fiscalía contra la providencia del 18 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena.

SEGUNDO: ADVERTIR que contra ésta decisión no proceden recursos.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por el medio más expedito y eficaz a los sujetos procesales.

CUARTO: INFÓRMESE lo aquí dispuesto al Centro de Servicios Judiciales de Cartagena, para lo de su cargo. Por su parte, por secretaría, **se registrará** la presente determinación.

QUINTO: DEVOLVER la presente actuación al juzgado de origen para lo de su cargo.

COPÍESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ

MAGISTRADA

PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ

MAGISTRADA



**JOSE DE JESUS CUMPIDO MONTIEL
MAGISTRADO**



**FRANCISCO ANTONIO PASCUALES
HERNANDEZ MAGISTRADO**

**LEONARDO DE JESUS LARIOS NAVARRO
LEONARDO DE JESUS LARIOS NAVARRO
SECRETARIO**