



SALA PENAL

Radicado: 11-001-60-00000-2022-01820
Acusados: Fabio Alonso Salazar Jaramillo
Federico José Restrepo Posada
Álvaro de Jesús Vásquez Osorio
Delito: Interés indebido en la celebración de
contratos
Asunto: Apelación de auto que niega preclusión
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 023

Medellín, veintisiete (27) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la defensa del señor Fabio Alonso Salazar Jaramillo en contra del auto del 16 de enero de 2024, proferido por el Juzgado 8° Penal del Circuito de Medellín, que negó su solicitud de preclusión presentada en juicio por la causal de inexistencia del hecho investigado y rechazó por improcedente la preclusión por atipicidad absoluta que fue invocada también por esa parte procesal.

1. EL HECHO Y LA ACUSACIÓN

El 25 de mayo de 2023, ante el Juzgado 8° Penal del Circuito de Medellín, la Fiscalía formuló acusación en contra de los señores Fabio Alonso Salazar Jaramillo, Federico José Restrepo Posada y Álvaro de Jesús Vásquez Osorio como coautores del delito de interés indebido en la celebración de contratos (artículo 409 del Código Penal), con base en los

siguientes hechos narrados en el escrito de acusación en tanto no se formuló oralmente por consenso de las partes, los cuales se transcribirán en sus aspectos sobresalientes en lo que concierne al señor Fabio Alonso Salazar Jaramillo:

b- Fabio Alonso Salazar Jaramillo fue elegido alcalde del municipio de Medellín, para el período 2008 – 2011, servidor público, quien de acuerdo a sus funciones presidía las Juntas Directivas de los establecimientos públicos del municipio y de sus entidades descentralizadas por servicios, por lo que presidió las juntas directivas de EPM ESP, nombró los miembros de la junta directiva y a Federico José Restrepo Posada como su gerente general.

Como Jefe de la Administración Pública en el Municipio y ejecutor de los acuerdos del Concejo, aprovechando la participación accionaria de EPS ESP en HI, a través del señor Restrepo Posada, fue determinante en la decisión de dirigir la contratación de Hidroituango SA ESP, lo que significó la violación de los principios que rigen su manual interno contractual al punto de modificarlo para acomodarlos a las necesidades de EPM ESP y de esta manera, perjudicar a los interesados que concursaban en la invitación pública internacional y al Departamento, que perdió la posición dominante en el proyecto Hidroituango.

Su intervención en las decisiones de la Junta Directiva de Hidroituango y asamblea de accionistas, se dio a través de su agente en EPM, asegurando en favor de esa empresa la adjudicación del contrato BOOMT. La actividad cumplida tanto en las juntas, como su participación directa en los acuerdos de accionistas constituyen un claro desvío de poder porque como miembros de la Junta Directiva de Hidroituango estaban obligados a buscar la mejor oferta, la mejor opción de contratista y asegurar la realización del proyecto, en busca del interés general de la sociedad y no el propio de la entidad territorial y de la empresa EPM.

El doctor Alonso Salazar en calidad de alcalde del Municipio de Medellín, suscribió como testigo los Acuerdos celebrados entre el mes de julio y septiembre de 2010, que definieron la negociación directa, la creación de una nueva empresa de propósito especial a través de la escisión de Hidroituango SA ESP, en contravía del interés general, porque, esa decisión

afectó gravemente el tiempo de la entrada en construcción del proyecto Ituango, según el cronograma rector.

Por ello, en ejercicio de las funciones como alcalde y presidente de la junta directiva de EPM, a través de su agente, intervino, dirigió y decidió junto con él, la forma en que se desarrollaron los procedimientos paralelos para la selección del contratista, inversionista y ejecutor del proyecto y, de manera directa, intervino en la formalización de los acuerdos que hicieron posible la celebración del contrato BOOMT.

(...)

II. La responsabilidad del doctor Alonso Salazar Jaramillo, servidor público, en su condición de alcalde Medellín y presidente de la junta directiva de EPM ESP, segundo accionista mayoritario de HI, por actuar con desvío de poder, como coautor, a título de dolo, en el interés indebido en la celebración del contrato BOOMT del 30 de marzo de 2011, a partir de las siguientes circunstancias:

1) Alonso Salazar Jaramillo, el 28 de marzo de 2008 nombró a Federico Restrepo Posada como gerente de EPM ESP, juntos llevaron la vocería del municipio en las negociaciones que dieron origen al BOOMT con el fin de favorecer a EPM ESP en la adjudicación del contrato, en perjuicio no solo de los preseleccionados para participar en el proceso de Subasta Internacional, sino del Departamento y, sobre todo, del interés general en lo que sería la ejecución de un proyecto de generación eléctrica de carácter esencial y de interés público, Hidroituango.

2) Alonso Salazar Jaramillo autorizó, a través de sus delegados en la Junta Directiva de EPM ESP, el inicio de acciones judiciales en contra del IDEA, así como la coadyuvancia de una acción popular, con el fin de poner en duda la participación y mayor posición accionaria del departamento en HI, para que, de esta forma, poder lograr la mayor participación accionaria de EPM ESP en la sociedad hidroeléctrica, lo que le permitiría tomar las decisiones necesarias para controlar el proyecto.

3) Además, en el segundo semestre del año 2008, a través del Ingeniero Restrepo Posada, aprobó que en las reuniones de Junta Directiva de Hidroituango SA ESP se nombrara gerente de la sociedad al ingeniero Luis Guillermo Gómez Atehortúa, con el objetivo de que se llegara a un acuerdo de accionistas para el desarrollo del proyecto, así aseguró la negociación directa, en beneficio de EPM ESP.

4) Entre los meses de julio y septiembre de 2010, el doctor Alonso Salazar, suscribió como alcalde en calidad de testigo los acuerdos de empresas y accionistas por los cuales: i) se definió la Negociación Directa, ii) la creación de una nueva empresa de propósito especial y iii) la escisión de Hidroituango SA ESP. (Subrayas de la Sala)

2. LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN Y LA INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES

2.1. El 18 de septiembre de 2023, por solicitud del defensor de Fabio Alonso Salazar Jaramillo se instaló audiencia de preclusión con base en la causal 3ª del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por inexistencia del hecho atribuido. Subsidiariamente, invocó la causal contenida en el numeral 4º de la misma norma, por atipicidad del hecho investigado, en concordancia con lo establecido en el artículo 562 Código Procesal Penal que en el proceso abreviado le permite a la defensa solicitar la preclusión por atipicidad absoluta. Esto último por aplicación favorable a los procesos de Ley 906 de 2004, acorde con lo determinado por la Corte Constitucional en la sentencia C-225 de 2019.

Advirtió que no habría ningún debate probatorio y que la decisión que resolvería su solicitud no ameritaba un juicio de valor, por cuanto bastaría lo dicho en el escrito de acusación sin necesidad de que se presentaran elementos materiales probatorios por parte de la defensa.

Sostuvo que el escrito de acusación solo le atribuye a Alonso que era el alcalde de Medellín y nombró gerente de EPM a Federico Restrepo, pero no dice que hubiere asistido a la junta

directiva de EPM, pues su intervención se dio a través de su agente en EPM; tampoco intervino en la contratación, se dice que aprovechando la participación accionaria de EPM ESP en HI, a través de Restrepo Posada, y que fue determinante en la decisión para dirigir la contratación; pero, Alonso no representaba partes del contrato, aunque se dice que firmó en calidad de testigo tratándose de un tercero frente a su suscripción, acorde con la definición de partes del contrato de que tratan los artículos 32 de la Ley 80 de 1993 y 1495 del Código Civil. Alonso obró en estricto cumplimiento de sus funciones como alcalde, conforme con el Acuerdo Municipal 12 de 1998 que le da estas facultades, y no existe un hecho jurídicamente relevante que permita determinar que creó un riesgo jurídicamente desaprobado por haber nombrado a un gerente de EPM, a miembros de la Junta Directiva o a un delegado del alcalde para que presidiera la junta.

Frente a la preclusión por atipicidad absoluta, solicitada como subsidiaria, indicó que, si en gracia de discusión se tuviera que el hecho existió por ejercerse las funciones como alcalde, se trataría de un comportamiento atípico absolutamente, pues no se habla de una atipicidad relativa en tanto lo que sucede es que la conducta no encuadra en ningún delito que parte de un comportamiento jurídicamente desaprobado.

Alega que el artículo 91 de la Ley 136 de 1994 establece la prosperidad integral de su región y como una de las funciones del alcalde impulsar mecanismos que permitan al municipio, en ejercicio de su autonomía, promover el desarrollo local; así

como impulsar el crecimiento económico, la sostenibilidad fiscal, la equidad social y la sostenibilidad ambiental. Como administrador en su calidad de presidente de la Junta Directiva de EPM, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, dispone como deber de los administradores, obrar de buena fe, con lealtad y con diligencia de un buen hombre de negocios, y sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad.

Se quejó porque en la acusación no se dice nada respecto a faltas en el nombramiento, en la selección o en el cuidado, no existe un solo correo en donde se hayan puesto de acuerdo para defalcarse al Estado, no hay llamadas ni reuniones, no hay nada más allá que el hecho de que Alonso nombró a Federico y que debe responder por lo que este haga, lo que repercute en una responsabilidad moral o civil, mas no penal.

2.2. La Fiscalía solicitó se rechazara de plano la solicitud por cuanto para que la defensa proponga la preclusión en el juicio, el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal exige, entre otros requisitos, que se trate de causales sobrevinientes, advirtiendo que las invocadas por el defensor son subjetivas. La conducta de Alfonso Salazar deviene de su gestión como alcalde, como presidente de la Junta Directiva de EPM y como miembro de la Junta Directiva de HI, lo que supone un debate probatorio alrededor del cuál fue su intervención y cuáles son sus funciones; además de considerar que el delito fue imputado en coautoría, sin que se haya limitado la acusación a las funciones como alcalde o administrador. En su sentir, el defensor sí pide un pronunciamiento de fondo por cuanto el

fundamento de la solicitud puede generar una discusión sobre la responsabilidad del acusado.

2.3. La representante judicial de la Gobernación de Antioquia coadyuva la solicitud de la Fiscalía, mientras que el representante de Empresas Públicas de Medellín considera que no existen elementos materiales probatorios o evidencia física de los cuales se pueda concluir la ocurrencia de un delito, por lo que el comportamiento de los acusados es atípico. La representante del Instituto para el Desarrollo de Antioquia, IDEA, manifestó que se atenía a lo dicho por la abogada del Departamento de Antioquia. La representante del municipio de Medellín pidió desestimar lo planteado por el defensor solicitante, mas no su rechazo, porque ello implicaría la compulsión de copias, pues su intervención es legítima, aunque sea desacertada su estrategia. En igual sentido de la abogada anterior, el representante de la Contraloría solicitó desestimar la solicitud y agregó que se están mezclando los conceptos de conducta penalmente relevante y hechos jurídicamente relevantes, cuando son distintos, y la argumentación sí conlleva una valoración.

2.4. El delegado del Ministerio Público consideró que existió una indebida sustentación de la solicitud de preclusión por un mal entendimiento de la causal sobre inexistencia del hecho investigado —que se refiere al acontecer fáctico— y se termina aludiendo a la atipicidad de la conducta, mientras que la sentencia C-225 de 2019, pese a que se ocupa de la causal de preclusión por atipicidad absoluta, no hace referencia a su

ámbito de aplicación que está reservado al procedimiento especial abreviado.

2.5. La juez anticipó que no concedería la palabra a los otros dos defensores por cuanto el debate no concierne a la situación de sus defendidos, decisión a la que se opuso el defensor de Federico Restrepo, sin que la juez variara su posición impidiéndole incluso interponer el recurso de apelación, lo cual fue motivo para que ese defensor presentara el recurso de queja, asunto que es decidido, en esta misma fecha, en providencia aparte.

3. LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La juez de primer grado, en audiencia del 16 de enero de 2024, negó la preclusión solicitada por cuanto la causal invocada debe estar plenamente demostrada, de modo que si le surgen dudas al funcionario que le corresponde decidir, no es posible decretarla y debe continuarse con el trámite a fin de decidir con más elementos de juicio.

Consideró que la atipicidad de la conducta solo podría sustentarse en el marco del procedimiento penal ordinario ante el juez de conocimiento durante la etapa de investigación, es decir, entre la presentación de la noticia criminal y la formulación de acusación. Además, que, según la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando se plantea la atipicidad esta no puede ser relativa sino absoluta, esto es, que el comportamiento no se adecúe a la ley penal porque es probable que pueda

ajustarse a otro tipo penal, caso en el cual la Fiscalía debe efectuar la adecuación respectiva. Advirtió que la causal en cuestión no puede alegarse en la etapa de juzgamiento, en la que solo es posible solicitar las causales 1° y 3° de preclusión.

Con relación a la aplicación de la causal de preclusión por atipicidad absoluta contenida en el procedimiento abreviado, sostuvo que su alcance no ha sido objeto de interpretación por las altas cortes, teniendo en cuenta que el único precedente jurisprudencial versa sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada bajo el argumento de que el artículo 40 de la Ley 1826 ofrece un elemento más favorable para el acusado, pese a lo cual el artículo 44 ídem impide su aplicación como quiera que se concibió para las conductas que se cometan con posterioridad a su entrada en vigencia y en relación con las cometidas con anterioridad en que no se hubiera realizado formulación de imputación; frente a lo cual versa la sentencia C-225 de 2019.

Estimó que la aplicación del artículo 40 de la Ley 1826 no se resuelve con el principio de favorabilidad, sino que debe repararse en la filosofía que inspiró el procedimiento abreviado que no puede equipararse al ordinario, tal como se extrae de la exposición de motivos de la ley en que se da cuenta de que la norma en cuestión se concibió en el marco de un proceso más ágil y expedito que apuntaba a la descongestión del sistema judicial, pero exclusivamente para las conductas punibles de menor lesividad, esto es, todas las denominadas contravenciones.

Por tanto, estimó un desatino de la defensa la invocación de la causal referida en los albores de la audiencia preparatoria en tanto la conducta por la que se está acusando a su patrocinado tiene la connotación de delito, es decir, una conducta punible de mayor lesividad que al no estar enlistada en las del procedimiento especial impide el estudio de la causal por atipicidad absoluta.

En cuanto a la preclusión por inexistencia del hecho investigado consideró que, como causal admisible durante el juzgamiento, es de naturaleza objetiva cuya constatación no demanda juicios o valoraciones excluyendo la posibilidad de propiciar un pronunciamiento anticipado del juez de conocimiento, por lo que no puede ser el resultado de un análisis pormenorizado de los elementos materiales de prueba, evidencia física o información legalmente obtenida que ya han sido descubiertos por el ente acusador, ya que esta labor es propia del escenario de la audiencia de juicio.

Criticó el hecho de que el solicitante haya convocado a ese despacho a verificar si la conducta de su asistido no creó un riesgo jurídicamente desaprobado, aspecto que está íntimamente ligado a la tipicidad del comportamiento, esto es, al análisis de la existencia jurídica de la conducta que no a la inexistencia del comportamiento investigado, circunstancia que por sí sola conlleva a negar el pedimento de preclusión.

Estimó que, cuando menos de los elementos objetivos del tipo por el cual fue acusado al encartado, se advierten presentes elementos que claramente serán sometidos a la discusión

probatoria que habilite el juicio oral; además de que no admite la modalidad culposa siendo lo fundamental que se atribuya una desviación de los fines contractuales entendida como el desconocimiento de los principios de imparcialidad, transparencia y objetividad para dar paso a una ventaja o propósito particular de cualquier naturaleza. Explicó que, al no poderse percibir ese interés de manera directa por los sentidos, debe ser inferido a partir de los datos o hechos indicadores demostrados a lo largo del proceso, con las acciones por las cuales se exterioriza lo que constituyen hechos jurídicamente relevantes y a su vez pueden tenerse como datos trascendentes para establecer por vía inferencial el sentido o la forma en que el servidor se interesó en un contrato público en el que debía intervenir en razón de su cargo o de sus funciones.

Aclaró que en este caso, el doctor Salazar Jaramillo como servidor público que actuaba como alcalde de Medellín y presidente de la Junta Directiva, actuó en la contratación en perjuicio de las entidades preseleccionadas que participaron en la subasta internacional y en concreto del Departamento de Antioquia, y el objeto material estuvo circunscrito al contrato de operación estatal BOOMT del 30 de marzo del año 2011 que sirve como soporte de la acusación, el cual existió y el señor Salazar Jaramillo intervino en la producción de toda suerte de actos de forma directa o indirecta, si se quiere por interpuesta persona, que a la postre permitieron la adjudicación del proyecto eléctrico a EPM; otra cosa es que se establezca si existe un interés indebido en la celebración de tales actos con un propósito distinto al de garantizar el bien común, asunto que constituye tema de debate.

Agregó que en este evento la Fiscalía le enrostra el hecho de que justamente como alcalde no estaba autorizado para actuar con desvío de poder tendiente a la celebración del contrato BOOMT que es una forma de contratación encaminada a favorecer a EPM en detrimento de los intereses de quienes hicieron parte del proceso de subasta pública internacional y del departamento.

En conclusión, rechazó por improcedente la preclusión por atipicidad absoluta de la conducta y negó la solicitud de preclusión con fundamento en el numeral tercero del artículo 332 del C.P.P. por inexistencia del hecho investigado.

4. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN Y LA OPINIÓN DE LOS NO RECURRENTES

4.1. El defensor del señor Fabio Alonso Salazar, inconforme con la anterior decisión alega que, en lo que atañe a la causal de atipicidad absoluta, se debe tener en cuenta que la norma que la contempla se encuentra dentro del Código de Procedimiento Penal, mientras que la Ley 1826 fue apenas el instrumento para reformar la Ley 906, por lo que no existen dos códigos.

Considera que el apartado de la exposición de motivos de la norma en cuestión, aludido por la juez, es inaplicable porque las contravenciones no existen en la Ley 1826 y la motivación leída fue desechada, siendo diseñada la ley para unos casos que

tenían un trámite especial y más ágil, pero no dependiendo de la gravedad.

En su opinión la sentencia C-225 de 2019 permite que la figura de la preclusión por atipicidad absoluta se aplique a todos los procesos y, en cambio, el artículo 40 amplía las facultades para solicitar la preclusión, entre otras normas sustanciales y procesales con efectos sustantivos que sean favorables, de manera que el artículo 44 al establecer en principio la exclusión del proceso abreviado previsto en la ley 1826 para los delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de dicha ley en los que se hubiese formulado imputación bajo la ley 906 del 2004, afectaba el principio de favorabilidad.

En su sentir, resulta inconstitucional por desconocer el principio de favorabilidad la interpretación que ha hecho la primera instancia de que el instituto de la preclusión por atipicidad absoluta previsto en el artículo 562 no aplica por fuera del procedimiento especial abreviado, lo que ha sido declarado expresamente por la Corte Constitucional como inconstitucional; por esto estima que la primera instancia está obligada a dar curso a la solicitud de preclusión que se le ha presentado, considerando que es procedente, y tomar una decisión respecto a si la conducta de su poderdante es típica o atípica.

Sostiene que no son hechos jurídicamente relevantes los supuestos fácticos descritos en el escrito de acusación frente a su representado por cuanto no contemplan el quebranto de norma alguna, por eso la conducta es objetiva y absolutamente

atípica porque su comportamiento no encuadra dentro de ninguna contenida en la parte especial del Código Penal, no porque no cumpla con los requisitos específicos de cada uno de los tipos penales, sino porque no cumple con los generales de la tipicidad como categoría dogmática, esto es, no se ha creado riesgo jurídico penalmente relevante alguno porque no existe norma que prohíba el comportamiento del acusado.

Respecto a la inexistencia del hecho propone que es desde la norma, y con arreglo a esta, que se debe evaluar si existe o no un hecho jurídicamente relevante y en el ámbito penal no nos ocupamos de estudiar el mundo real o físico tal y como es, sino que nos ocupamos del mundo jurídico, luego los hechos son hechos jurídicos no hechos naturales.

Se queja por cuanto la primera instancia, pese a que dice que no se va a ocupar de la tipicidad, recorre los elementos del tipo penal para explicar cómo la fiscalía quería encuadrar los hechos cuando se trata de un ejercicio de adecuación típica el ver cómo los hechos que supuestamente se presentan en el escrito de acusación se adecuan o no a los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. Asevera que en el escrito de acusación no se le reprocha a Alonso Salazar que, como alcalde, actuó con desvío del poder o que se aprovechó de sus funciones, sino que eso lo interpreta la primera instancia.

Asegura que lo cierto es que a su prohijado se le quiere hacer responder por la actuación de un tercero, por lo que ya será en el juicio donde se determine si ese tercero obró de conformidad con la ley, pero lo claro es que no se está poniendo

en tela de juicio lo que hizo o dejó de hacer su representado, pues el escrito de acusación refiere que habría intervenido por conducto de su delegado cuando el derecho penal no se encarga de atribuir responsabilidad por el hecho ajeno y rige el paradigma de la auto responsabilidad, que se expresa a través de múltiples principios como el de culpabilidad que dicta que cada quien es responsable exclusivamente de su propio reproche, o el derecho penal de acto que implica responder por sus propios actos. En su sentir cumplir con la función del alcalde no es un hecho jurídico penalmente relevante como tampoco lo es celebrar un contrato o nombrar un delegado.

4.2. La delegada de la Fiscalía solicita se mantenga la decisión recurrida, al considerar que no están dados los presupuestos para acceder a la preclusión solicitada, en tanto el debate que viene planteando la defensa conlleva a una necesidad de prueba por lo que debe trasladarse al momento del juicio, y no puede pretender que sea este el momento en el que la fiscalía haya agotado esa etapa. Sostiene que, por razones hermenéuticas que fueron referidas por la juez, no resulta aplicable la causal invocada pues basta verificar que se ubica en el artículo 562 adicionado por el artículo 40 de la ley 1826 de 2017 que trata de la acción penal privada.

Agregó que cuando en la fase de juzgamiento se presentan causales de preclusión diferentes a la 1° y 3°, se está sin duda frente a una solicitud impertinente que constituye una manifiesta actuación irregular que amerita el rechazo como lo estipulan los artículos 140 y 141 del C. P. P. y en este evento quedó claro en el escrito de acusación cuál es la conducta por

la que procede la Fiscalía en contra del doctor Alonso Salazar, esto es, por actuar con desvío de poder mediante funciones propias de alcalde en el contrato BOOMT que fue el resultado de dicha acción, advirtiendo que ese desvío se fundamenta en el interés indebido y se concreta en la celebración del contrato. Por tanto, considera que la decisión debe ser confirmada

4.3. Los representantes de víctimas manifestaron que no emitirían pronunciamiento, mientras que el Ministerio Público pidió que se confirme la decisión, indicando que la sentencia C-225 se refiere al contexto de la ley 1826 de 2017 por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado, y que tal como lo ha hecho la Fiscalía, la situación fáctica establecida en la acusación indica un interés indebido.

5. LAS CONSIDERACIONES

Dadas las restricciones que tiene la defensa para pedir la preclusión en el juzgamiento, de entrada, cabe detener la atención en si las causales invocadas son pasibles de ser examinadas en este momento procesal por dicha vía.

Estas restricciones están señaladas en la ley y su alcance debe ser precisado cuando sea del caso, conforme con una visión sistemática de la teoría procesal en general y, en específico, del sistema acusatorio colombiano, acorde al momento procesal en que se solicita puesto que ya está entabada la *Litis*, en tanto fue formulada por parte del fiscal la pretensión punitiva en contra de los acusados y se ha superado la fase de saneamiento del proceso.

Entonces, en principio el proceso debería seguir su curso dentro del cual se contemplan oportunidades efectivas, materiales y formales para que los acusados y sus defensores aleguen sobre la visión que tienen del derecho y los hechos, así como aduzcan pruebas y contradigan las de su contraparte, y en general desplieguen actos defensivos que ordinariamente se inscriben dentro de una estrategia.

Ahora bien, solo excepcionalmente pueden abrirse espacios, que en la teoría procesal corresponderían al concepto de incidente, para establecer motivos no previstos ni obrantes en la actuación que evidencien que la contienda procesal no puede llevarse a cabo, lo cual explica las causales autorizadas en el párrafo del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 para solicitar la preclusión: la 1° por imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; u otra que por su carácter objetivo compromete la materialidad del suceso como lo es la causal 3° por inexistencia del hecho investigado; pero no queda habilitada la defensa para discutir estos mismos aspectos con base en situaciones ya obrantes, como ocurre en este caso.

Por supuesto que no solo se trata de que la ley exija que surja el motivo de preclusión al decir con total claridad: "...de sobrevenir las causales", sino que esta exigencia la reafirma la lógica procesal, en tanto para la discusión de las circunstancias obrantes está asignado el procedimiento principal.

Así, una persona acusada de homicidio de determinado individuo está habilitada para solicitar la preclusión de la actuación si puede demostrar objetivamente que el considerado occiso está vivo y puede acreditarlo con prueba de igual naturaleza. Este sencillo ejemplo se hace con el propósito de que se repare en que la causal no se fundamenta en la discusión sobre la corrección de la pretensión punitiva con lo obrante, sino con el surgimiento de una causa por fuera de atribuido.

La razón para que no quede librado al arbitrio de los jueces si hacen o no pronunciamientos previos que eventualmente podrían constituir una valoración anticipada, cuando menos de parte del fondo del asunto, cobra explicación en la preservación del orden del procedimiento, evitar las trabas innecesarias en su desarrollo y su dilación. Como un valor mayor, a estos de celeridad, subyace el propósito de evitar la contaminación del criterio del juez que eventualmente podría repercutir en su imparcialidad e impedir que su eventual utilización esté dirigida a separarlo del conocimiento de la actuación.

Entonces, los jueces, ante las solicitudes de preclusión, deben actuar con cautela y rigor. Primordialmente, han de verificar la procedencia de las causales invocadas para no dar curso a procedimientos innecesarios y que ofrezcan riesgo de afectar su imparcialidad sin utilidad alguna, puesto que, como contextualizamos, la discusión de la preclusión en el juicio tiene un carácter excepcional en tanto la habilitación de este debate comporta, a no dudarlo, un adelantamiento de lo que podría ser objeto de evaluación a la culminación del juicio oral.

Pero el control a cargo de los jueces no puede quedarse en lo nominal¹, sino que debe evaluar la alegación en términos materiales, lo que de haberse hecho en este caso habría conducido a concluir que era manifiestamente improcedente darle curso a la solicitud de preclusión puesto que, además de no argumentar que la causal sobreviniera, ni ofrecerse prueba de ello, la pretensión del apelante se fundamenta en una clara distorsión de la acusación.

En efecto, formalmente el defensor intenta legitimarse en la causa alegando que despachar sus cargos no demandaba valoraciones, pero sus críticas se centran en lo que fue acusado, por el déficit de atribución de la Fiscalía de aspectos fácticos —reclamos propios de una fase procesal pasada— hasta el punto de que llega a decir, entendemos que retóricamente, que se acusa al exalcalde solo por haber sido el burgomaestre de la ciudad y nombrar gerentes, e incluso ofrece argumentos que apuntan a la justificación de la conducta o a la inculpabilidad en su comisión.

Acertó la Fiscalía cuando propuso que se rechazara la pretensión de plano, pues es manifiestamente improcedente

¹ “En la misma lógica, si, como en este caso, se presenta una solicitud de preclusión durante la fase de juzgamiento, debe establecerse la pertinencia del debate, lo que en buena medida depende de que se invoque una de las causales establecidas en el parágrafo del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, bajo el entendido de que no basta con la simple enunciación, pues lo determinante es que el discurso, materialmente, esté orientado a que se resuelva un asunto de esa naturaleza, esto es, que se establezca si existe una causal que imposibilite continuar con el ejercicio de la acción penal, o se demuestre la inexistencia del hecho, en el sentido desarrollado por la jurisprudencia que fue ampliamente relacionada por el juzgador de primera instancia.

Es pacífico que en ese contexto solo pueden debatirse cuestiones “*objetivas*”, como la muerte del procesado, o la inexistencia del hecho investigado, como bien lo indicó el Tribunal a la luz del respectivo desarrollo jurisprudencial. En la misma línea, en ese escenario procesal no se puede discutir la tipicidad, ni ventilarse una causal de justificación, etcétera”. (Auto AP2266-2018 del 30 de mayo de 2018, radicación No. 52.723, M. P. Patricia Salazar Cuéllar)

pretender la preclusión por ausencia de referentes fácticos de participación en la conducta acusada si a Alonso Salazar se le imputó actuar en coautoría con otras personas que realizarían la conducta. A juicio de la Sala, en la acusación se le atribuye una conducta delictiva como se percibe en los aspectos subrayados por la Sala en los apartes transcritos desde un inicio, en los que específicamente se endilga el interés indebido en la celebración del contrato BOOMT y que este se perfeccionó.

Así las cosas, la funcionaria judicial de conocimiento no estaba obligada a resolver de fondo la inconducente pretensión de la defensa y debió rehusar tramitar la solicitud también por la causa de inexistencia del hecho, puesto que, a partir de la propia alegación que hace el defensor, se establece que discute la acusación y la tipicidad relativa de la infracción al orden penal.

Para el efecto contaba con el sustento del párrafo del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, pero aún más, también tenía a su disposición el contenido del artículo 131 de la misma codificación, que en su numeral 1° establece:

1. Evitar las maniobras dilatorias y todos aquellos actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos, mediante el rechazo de plano de los mismos.

Nótese que el deber de los jueces de rechazar las solicitudes y actos de las partes está condicionado a que la improcedencia, impertinencia o carencia de conducencia sea manifiesta.

Juzga el Tribunal que en este caso es lo que se presenta, por cuanto no es cierto que la inexistencia del hecho surgiera con posterioridad a la acusación, es más, ni se alega, y los reparos están fundados en una particular reconstrucción del sentido de lo acusado, que dista de la realidad, de manera que desde su alegación se podía establecer la real naturaleza de las causales invocadas, que no habían sobrevenido, y que no resultan objetivas o palmarias; a lo que cabe agregar que la discusión de la tipicidad no es por la ausencia de prohibición penal, sino porque no se configura el tipo atribuido, pese a que este está referido a la celebración de un contrato y al eventual interés indebido que se haya presentado para ello, sin que por meras alegaciones sea posible determinar que no haya existido esta u otra conducta que trasgrediera el orden penal.

Precisamente, por esto último, también corre igual suerte la pretensión de la defensa de que anticipadamente se examine la tipicidad de la conducta atribuida al exalcalde Fabio Alonso Salazar, por cuanto a lo que habilita el artículo 562 del Código Procesal Acusatorio, expresamente consagrado para el procedimiento abreviado en el capítulo que regula la acción penal privada, es a precluir cuando la conducta atribuida no esté tipificada en la ley penal.

Dado que en el caso se atribuye el interés indebido en la celebración de un contrato, que se dice fue realizado cuando el acusado era alcalde, y a la vez se le atribuye haber sido determinante en su celebración, así como actuar en coautoría, aunque estuviéramos por fuera de cualquier duda en el ámbito de aplicación de la norma, también sería claro y manifiesto que

no procede la preclusión, pues el juicio en este momento debe ser no solo objetivo sino también con base en lo atribuido.

En efecto, a estas alturas apenas cabe hacer un juicio hipotético fundado exclusivamente en que si la acusación fuese cierta se estaría incriminando un delito de interés indebido en la celebración de contratos, que como tal está contemplado en nuestro orden jurídico, sin que sea menester verificar las apreciaciones del defensor apelante, puesto que, aunque fueran ciertas, carecen de capacidad de conducir a la preclusión porque su discusión no está autorizada para esta fase procesal.

En estas condiciones, en ningún escenario, esto es, en el procedimiento abreviado o el ordinario, puede interpretarse el artículo 562 del Código Procesal Acusatorio como habilitante para discutir la tipicidad de la infracción sobre los particulares hechos atribuidos, pues tan solo faculta a discutir en el procedimiento abreviado a que palmariamente lo atribuido no está consagrado como delito, y no que el delito atribuido no se configura por faltar x o y elemento que lo estructura.

Lo anterior, no solo por el sentido del texto normativo, su ubicación y denominación, sino esencialmente por la sistemática procesal de la que hace parte, toda vez que la resolución de fondo sobre la tipicidad de lo específicamente atribuido por fuera de la sede de la acusación solo tiene sentido si se examina de cara a las pruebas, asunto que aun en este procedimiento no puede hacerse.

En este orden de ideas, dado el alcance de la norma, es innecesario que la Sala reflexione sobre si por aplicación del

principio de favorabilidad es posible traer la regulación del procedimiento abreviado al ordinario, lo cual ciertamente dependerá de la *ratio legis* y su relación con la compatibilidad del instituto en estos dos ordenamientos, según su propia especificidad.

En consecuencia, a simple vista, de haberse pedido al defensor que sucintamente estableciera las causales para examinar su procedencia se podría establecer que ambas, por su naturaleza, no configuraban el surgimiento de la inexistencia de un hecho y que la conducta sería delictiva según lo atribuido, al margen de si las pruebas que lleguen a practicarse la desvirtuaran.

Por consiguiente, la Sala procederá a rechazar la apelación y a disponer el rechazo de la solicitud de plano, sin que sea menester ingresar en la discusión de la favorabilidad, que apenas constituiría un dicho de paso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

Rechazar la solicitud de preclusión efectuada por la defensa de Fabio Alonso Salazar Jaramillo por ser manifiestamente improcedente y, en consecuencia, el Tribunal se abstiene de pronunciarse sobre el recurso de apelación.

Esta decisión queda notificada en estrados al momento de su lectura y contra la misma no proceden recursos.

Radicado: 11-001-60-00000-2022-01820
Acusados: Fabio Alonso Salazar Jaramillo y otros
Delito: Interés indebido en la celebración de contratos

**MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO**

**PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO**

**JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
MAGISTRADO**

Firmado Por:

**Miguel Humberto Jaime Contreras
Magistrado
Sala 08 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Jorge Enrique Ortiz Gomez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

**Pio Nicolas Jaramillo Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b3b447c2f3e34b9aedb6e73085cb4a086623f178b0dcf846186f3454c61d6a9a**

Documento generado en 27/02/2024 03:12:28 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>