

Auto interlocutorio segunda instancia N° 011

Acusado: Jhon Fredy Valencia Loaiza

Delito: Concusión

Radicado: 05001 60 00206 2011 61896

(0161-12)



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, martes, veintidós de mayo de dos mil doce

Acta número 0043

Magistrado Ponente

Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por el señor representante del Ministerio Público, conoce en segunda instancia esta Corporación, la providencia proferida por el Juzgado 22 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín el 16 de abril último, mediante la cual decretó la preclusión de la investigación que había solicitado la Fiscalía a favor del imputado JHON FREDY VALENCIA LOAIZA, procesado por el delito de CONCUSIÓN.

1. ANTECEDENTES

En horas de la noche del 18 de septiembre de 2011, una patrulla motorizada de la Policía Nacional adscrita a la Estación de Villatina en esta ciudad, comandada por el subintendente JUAN GABRIEL QUIÑONES MARCON, inmovilizó la motocicleta de placa YDB-50, conducida por FELIPE JOSE RUIZ GARCIA y en la que iba como pasajero JUAN DAVID LONDOÑO ARIAS, cuando se desplazaba a la altura de la calle 59 con carrera 21 C de esta ciudad, en razón a que tenía regrabados los guarismos de identificación y al parecer falsos los documentos que la respaldaban.

RUIZ GARCIA fue conducido a la estación de Policía de Villatina y allí el patrullero QUIÑONES MARCON le exigió, como condición para devolverle la motocicleta y no entregar el asunto a la Fiscalía, aprovechando que lideraba una organización delincriminal en el barrio, conseguirle un "positivo" en vez de dinero, y le sugirió una pistola. Finalmente lo puso en libertad para facilitarle la consecución del arma de fuego mencionada. Desde entonces le hacía llamadas a su celular insistiéndole en el cumplimiento de lo pactado. Finalmente, RUIZ y LONDOÑO acudieron al GAULA de la Policía Nacional y pusieron en conocimiento la exigencia que le hacía el uniformado. El GAULA preparó un operativo para capturar a los miembros de la Institución que así actuaban y simularon que aquellos les entregarían la pistola debajo de un puente en la calle 52 con carrera 31. Efectivamente hasta allí llegaron los dos uniformados

policiales y cuando recibían un sobre de manila con la supuesta arma de fuego (se puso una de juguete), fueron capturados por los miembros del GAULA, los patrulleros JUAN GABRIEL QUIÑONES MARCON y el aquí imputado JOHN FREDY VALENCIA LOAIZA.

El 27 de septiembre del año pasado, fueron presentados ante el Juez 11 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, quien verificó la legalidad de la captura y les profirió medida de aseguramiento privativa de la libertad en el domicilio, previa formulación de imputación por parte de la Fiscalía por la coautoría del delito de CONCUSION. Los imputados no aceptaron los cargos pero posteriormente QUIÑONES MARCON formalizó con la Fiscalía un preacuerdo que fue sometido a la verificación por parte del Juez de conocimiento, lo que motivó la ruptura de la unidad procesal. En esta carpeta se define lo relacionado con el patrullero JHON FREDY VALENCIA LOAIZA, a quien el Juez de conocimiento le precluyó la investigación por solicitud de la Fiscalía, decisión que fue recurrida en apelación por el representante del Ministerio Público.

2. LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA Y LOS MOTIVOS DEL DISENSO

El Juez de conocimiento accedió a la preclusión solicitada por la Fiscalía aduciendo que de los elementos materiales probatorios y evidencia física presentada por el Instructor emerge con claridad que el patrullero JOHN FREDY

VALENCIA LOAIZA no participó en los hechos que se le endilgaron y que no tenía conocimiento de la acción criminosa que estaba desplegando su compañero. Destaca que el Ministerio Público no puede oponerse a la calificación jurídica que la Fiscalía le dio a la conducta punible (concusión) porque ni siquiera el Juez puede hacerlo, puesto que ese acto no tiene control judicial, a menos que rompa groseramente con el principio de legalidad, lo que no se observa en el proceso.

El señor agente del Ministerio Público recurrente sustentó así su inconformidad:

a). No pretende que la Fiscalía varíe la calificación, pues es ella quien tiene el poder persecutor de la delincuencia y de calificación de las conductas punibles, pero esa actividad debe ser legal y estar precedida de una investigación de fondo, lo que no ha ocurrido en el caso examinado. Encuentra el censor que el imputado sí pudo haber participado en los hechos pues cohonestó la acción criminosa con una actitud silente, omitiendo poner a disposición de la Fiscalía la motocicleta que tenía adulterados los guarismos de identificación, lo que constituiría un prevaricato por omisión, de lo que no se ha ocupado el ente fiscal, razón por la que no puede precluir la investigación. En conclusión, no ve tan claro que el procesado no hubiera participado en la empresa delictuosa y por eso estima que debe continuar la Fiscalía con la investigación. De otro lado, considera que el representante del ente fiscal sí puede moverse de la imputación inicial dado el carácter progresivo del proceso penal.

b). No se le dio participación a las víctimas pues no fueron llamadas a la audiencia de preclusión, asistiéndoles ese derecho dado que resultaron afectados con la conducta delictuosa de los uniformados, vulnerando así los artículos 228 y 229 de la Carta Política y 5°, 10 y 11 de la Ley 906 de 2004, lo que genera una nulidad, que es su petición principal.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Colegiatura observa que la decisión de primera instancia vulnera el derecho de las víctimas y el debido proceso, siendo el único remedio la nulidad de la actuación. Veamos:

El artículo 11 de la Ley 906 de 2004 consagra los derechos específicos de las víctimas dentro del proceso penal y establece mecanismos concretos de justicia restaurativa trascendiendo para ellas el ámbito del interés económico que en el pasado caracterizó su intervención en el contradictorio penal. En la sentencia C-228 de 2002, la Corte Constitucional señaló el alcance de su intervención en el proceso penal a la luz del derecho constitucional y sus derechos, indicando que la víctima o perjudicado por un delito no solo tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios que se le hayan causado, sino que también le asiste el derecho a que se establezca la verdad y se haga justicia, tendencia que se evidencia en el derecho

internacional y en el comparado, recogido en el catálogo constitucional colombiano. Expresó textualmente la Corte:

"El derecho de las víctimas a participar en el proceso penal, se encuentra ligado al respeto a la dignidad humana. Al tenor de lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución, que dice que "Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana", las víctimas y los perjudicados por un hecho punible pueden exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Se vulneraría gravemente la dignidad de las víctimas y perjudicados por hechos punibles, si la única protección que se les brinda es la posibilidad de obtener una reparación de tipo económico. El principio de dignidad impide que el ser humano, y los derechos y bienes jurídicos protegidos por el derecho penal para promover la convivencia pacífica de personas igualmente libres y responsables, sean reducidas a una tasación económica de su valor. El reconocimiento de una indemnización por los perjuicios derivados de un delito es una de las soluciones por las cuales ha optado el legislador ante la dificultad en materia penal de lograr el pleno restablecimiento de los derechos y bienes jurídicos violentados en razón a la comisión de un delito..."(ver también sentencia C-412/93).

El restablecimiento del derecho para las víctimas se traduce en una protección plena e integral a las víctimas y perjudicados, que implica, además de lo económico, la posibilidad de saber la verdad de lo ocurrido, para determinar si es posible volver al estado anterior a la vulneración así como también que se haga justicia. Desde esta óptica, la garantía de las víctimas de acceder a la administración de justicia, consagrada en el artículo 229 de la Carta Fundamental, le permite, además de contar con los instrumentos idóneos para ese acceso, con los "*diversos remedios judiciales diseñados por el legislador, que resulten adecuados para obtener*

la verdad sobre lo ocurrido, la sanción de los responsables y la reparación material de los daños sufridos”.

También ha sostenido la jurisprudencia constitucional que el derecho de las víctimas a participar dentro del proceso penal para obtener el restablecimiento de sus derechos, tienen fundamento constitucional en el principio de participación, consagrado en el artículo 2º de la Constitución Política, conforme al cual las personas pueden intervenir en las decisiones que los afectan (C-412 de 1993), así como tiene fundamento en los derechos al buen nombre y honra de las personas (Arts. 1º, 15 y 21 de la Carta) – sentencia T-275 de 1994). En el caso concreto bajo estudio los autores de la concusión le exigieron a las víctimas la consecución de una pistola diciéndolos miembros de bandas criminales que operan en el sector.

Desde la anterior perspectiva, no puede discutirse la condición de víctimas de los señores JUAN DAVID LONDOÑO ARIAS y FELIPE JOSE RUIZ GARCIA, quienes, tal como lo señala el censor, fueron compelidos bajo amenazas por los uniformados procesados por concusión, ha conseguir una pistola para montar lo que ellos mismos denominaron un **"positivo"**

Ya había dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que también pueden resultar víctimas de

concusión, los particulares. Así señaló en el radicado 28788 de 2008:

*"...Adicionalmente se destaca que la víctima no tiene por que identificarse con el **sujeto pasivo** de la acción, ni con el **ofendido** directamente con el delito (la sentencia C-516/07 declaró inexecutable el vocablo "directa" del artículo 92-1-2 y la expresión "directo" del artículo 132, que se utilizaba para calificar las víctimas), porque el concepto de víctima adoptado por el legislador es omnicomprendido de todos los sujetos que resultan afectados con una acción delictual, al punto que tal calidad la pueden tener los familiares de quien recibe directamente la acción punible.*

"De lo dicho se sigue que en los delitos de concusión y concierto para delinquir, en los cuales el sujeto pasivo no es un individuo o particular sino el Estado y la seguridad pública, respectivamente, podrán ser tenidos como víctimas todos los afectados con el consentimiento y la situación de zozobra creado por quienes ejecutan la acción típica...".

Aclarado lo anterior, tenemos que la víctima tiene importantes facultades frente a la preclusión de la investigación, y ello obliga tanto a la Fiscalía como a la judicatura a que le ofrezcan oportunidad de participar en dicho procedimiento. Su omisión vulnera el derecho de defensa de ese sujeto interviniente y de contera la garantía fundamental del debido proceso y en este caso debe invalidarse lo actuado, tal como lo pregona en este caso el señor representante del Ministerio Público.

En torno a este aspecto señaló la Corte Constitucional en el radicado C-648 de 2010:

*"Según el trámite previsto en el artículo 333 de la Ley 906 de 2004, la solicitud de preclusión la hace el Fiscal ante el Juez de conocimiento, en una audiencia preliminar que tiene lugar a partir de la formulación de la imputación antes del juicio oral. En dicha audiencia participan el Fiscal, **la víctima**, el agente del Ministerio Público y el defensor del imputado. En dicha audiencia, el Fiscal expone su solicitud e indica los elementos materiales probatorios que lo llevaron a concluir que no existe mérito para acusar. Luego de esta intervención, **la víctima**, el agente del Ministerio Público, y el defensor del imputado, pueden oponerse a la solicitud del Fiscal...*

*"...Al igual que lo que sucede con la decisión de archivo de las diligencias, regulada en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, y examinada en la Corte por la sentencia C-1154 de 2005, precitada, **la decisión de preclusión tiene incidencia directa sobre los derechos de las víctimas, en la medida en que afecta el esclarecimiento de la verdad y la obtención de justicia en el caso concreto...***

*"En este caso, dado que cuando se decreta la preclusión, esta decisión tiene como efecto cesar la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación, y tiene efectos de cosa juzgada, **no permitir a la víctima controvertir adecuadamente la solicitud del fiscal puede conducir a una afectación alta de sus derechos e incluso, a la impunidad. En efecto, dado que al decretarse la preclusión, la víctima no puede solicitar la reanudación de la investigación, ni aportar nuevos elementos probatorios que permitan reabrir la investigación contra el imputado favorecido con la preclusión, resulta esencial adelantar un control adecuado de las acciones y omisiones del fiscal y controvertir de manera efectiva sus decisiones. Por ello, el trámite de la solicitud de preclusión debe estar rodeado de las mayores garantías.***

*"...Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, en el curso de la audiencia de preclusión, las víctimas pueden (i) hacer uso de la palabra, precisamente "en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal"; (ii) se encuentran facultadas para allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física, encaminada igualmente a oponerse a la petición del fiscal; y, (iii) **pueden impugnar la decisión que les sea desfavorable.** Por el contrario, la defensa y el Ministerio Público sólo se encuentran facultados para intervenir "en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal", pero carecen de facultades en materia probatoria y de impugnación...". (Negrillas y subrayas fuera del texto original).*

Por su parte la Corte Suprema de Justicia en el radicado 37449 de 19 de octubre de 2011 recordó que desde el auto de 9 de diciembre de 2010 de esa misma Corporación, no quedaba duda sobre la facultad de las víctimas de impugnar no solo la sentencia absolutoria sino también la preclusión de la investigación, dado que la misma les fue reconocida mediante sentencias C-004 de 2003 y C-047 de 2006 de la Corte Constitucional (y más recientemente, agrega la Sala, la C-648 de 2010), pero en estos eventos, debe estar asistido por un defensor técnico, bien contractual ora designado por la defensoría pública (ver también radicado 36852 de 21 de septiembre de 2011).

Como se puede apreciar, no se puede soslayar la participación de las víctimas en el procedimiento de la preclusión olvidándolas tan rotundamente para no permitirles el ejercicio de sus derechos como tales, so pena de afectar esa importante garantía constitucional, como ocurrió en el evento bajo examen, por lo que se decretará la nulidad de las audiencias de 9 y 16 de abril pasado para que, si la Fiscalía insiste en su petición de

preclusión, se le de oportunidad a las víctimas de participar en el debate.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

DECRETAR la nulidad de las audiencias calendadas el 9 y 16 de abril último, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

Contra esta providencia procede el recurso de reposición.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado.

RAFAEL MARIA DELGADO ORTÍZ

Magistrado

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado