Bogotá D.C.,

Concepto N°

Honorables magistrados

**Sala de Casación Penal**

Corte Suprema de Justicia

Ciudad

|  |
| --- |
| Ref: Sustentación del recurso de queja Radicado No. Contra:  |

Honorables Magistrados:

**MYRIAM ÁVILA ROLDÁN**, representante de la sociedad en la actuación de la referencia, en ejercicio de las facultades que el artículo 277 de la Constitución Política de Colombia otorga al Ministerio Público como garante de los derechos fundamentales de quienes en esta actuación intervienen y en defensa del orden jurídico, comedidamente concurro a su despacho dentro de los términos y para los fines de que tratan los artículos 179B y subsiguientes de la Ley 906 de 2004, con el fin de sustentar el recurso de queja en contra de la decisión del 22 de julio de 2019, leída en audiencia el 2 de septiembre del mismo año, mediante la cual la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, estimó que el Ministerio Público carecía de legitimidad para impugnar la decisión de preclusión de la investigación, declarada en favor del ex XXXXXX, XXXXXX por los delitos de injuria y calumnia.

1. **Antecedentes de la intervención**

El Fiscal 2º Delegado ante la Corte Suprema de Justicia formuló solicitud de preclusión[[1]](#footnote-2) en favor de los ciudadanos XXXXXXXXXXXX, ex XXXXXX, y XXXXXX, respecto de los presuntos delitos de injuria (Ar. 220 C.P) y calumnia (Art 221 C.P), invocando el artículo 332 numeral 2 *“Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el código penal”,* precisando en su sustentación que se remitía a la causal especial de ausencia de responsabilidad prevista en el artículo 227 del Código Penal.

El Ministerio Público apoyó la solicitud de preclusión de la Fiscalía al no encontrar objeción para reconocer la eximente de responsabilidad del artículo 227 del Código Penal, por cuanto evidenció como elemento fáctico, injurias y calumnias recíprocas entre los dos sujetos implicados, y apoyó la preclusión a la luz del numeral 2 del artículo 332 del C.P.P, entendiendo que era la forma legal para solucionar un conflicto entre individuos en los que concurre la doble condición de indiciados y presuntas víctimas.

Mediante providencia del 21 de marzo de 2019, la Sala Especial de Primera Instancia decretó la ruptura de la unidad procesal y mantuvo la competencia exclusivamente para conocer sobre la solicitud de preclusión respecto del ex XXXXXX XXXXXX.

En audiencia del 2 de septiembre del año en curso, la Sala Especial de Instrucción de Primera Instancia, dio lectura al auto del 22 de julio de 2019, mediante el cual resolvió precluir la indagación a favor del doctor XXXXXX por el delito de calumnia, al amparo de la causal cuarta del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, - atipicidad del hecho investigado. Esto es, por una causal no invocada por la Fiscalía.

En el auto preclusivo, se advirtió que contra la decisión procedían los recursos de reposición y apelación, los cuales podían ser interpuestos únicamente por la víctima, en tanto que los no recurrentes solo podían pronunciarse para coadyuvar o no los argumentos del recurrente. La Sala sostuvo que si bien, el Agente del Ministerio Público tiene la facultad para impugnar la decisión que precluye la investigación[[2]](#footnote-3), en el presente caso no es viable dado que coadyuvó la solicitud del ente acusador, y por tanto carece de legitimación para tal efecto.

El Ministerio Público presentó recurso de reposición[[3]](#footnote-4) frente a la decisión de la Sala de no permitirle impugnar el auto preclusivo, con el fin de que fuera reconsiderada esta postura y habilitarse para apelar la providencia en su conjunto. La Sala consideró que no era posible presentar de manera fraccionada dos recursos contra la misma providencia, y expuso que el Ministerio Público, carecía de legitimación sustancial o interés para interponer los recursos legales contra la providencia que precluyó la investigación a favor del ex XXXXXXXXXXXX, teniendo en cuenta que, en audiencia de sustentación de preclusión[[4]](#footnote-5) se coadyuvó la solicitud de preclusión elevada por la Fiscalía, e independientemente de la causal por la cual se haya decretado, **la pretensión procesal está satisfecha** y no advierte que la decisión cause un perjuicio a la pretensión procesal[[5]](#footnote-6).

Frente a esta decisión, el Ministerio Público interpuso recurso de queja en la audiencia del 04 de septiembre del año 2019 y finalmente, de conformidad con los artículos 179B y siguientes de la Ley 906 e 2004, el a quo dispuso compulsar copias de las piezas procesales y ordenó enviar las diligencias a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para lo pertinente.

1. **Consideraciones del Ministerio Público**
	1. **Problema jurídico**

Definir si al Ministerio Público le asiste legitimidad sustancial para recurrir el auto del 22 de julio de 2019, leído en audiencia del 2 de septiembre de 2019, mediante el cual la Sala Especial de Primera Instancia decidió precluir la investigación a favor del ex XXXXXX XXXXXX, por la causal de atipicidad del hecho investigado, no invocada ni sustentada por la Fiscalía.

Para resolver el anterior problema jurídico, esta Procuraduría Delegada dividirá el presente documento en los siguientes apartados: (i) El recurso de queja, (ii) marco de actuación del Ministerio Público (iii) criterios para recurrir una decisión y (iv) la petición del Ministerio Público.

**2.2 Del recurso de queja**

A pesar de que el recurso de queja no fue incluido en el texto original de la Ley 906 de 2004, peste fue regulado por los artículos 92, 93, 94,95 y 96 de la Ley 1395 de 2010, mediante los cuales extendió el contenido del artículo 179 del Código de Procedimiento Penal.

Teniendo en cuenta que la queja se interpone contra a decisión que deniega el recurso de apelación, su discusión se circunscribe exclusivamente a si se debe o no conceder el recurso de alzada, y por tanto su sustentación vincula aspectos de contenido eminentemente procesal, lo mismo que la decisión mediante la cual se resuelve.

El inciso final del artículo 176 de la Ley 906 de 2004, establece que la apelación procede contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra las sentencias condenatoria o absolutoria, salvo las excepciones previstas en la misma ley.

Adicionalmente, el artículo 20 del mismo código consagra que las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, son susceptibles del recurso de apelación, a menos que estén incluidas en las excepciones contempladas en el mismo compendio legal.

En virtud de la mencionada normatividad, son apelables: “la sentencia, los autos que se refieren a la libertad del imputado o acusado, los autos que afecten la práctica de las pruebas, los autos que tengan efectos patrimoniales y, los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias”[[6]](#footnote-7)

Respecto de la facultada para recurrir, ha determinado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que deben reunirse los atributos de: (i) legitimidad, esto es, que quién hace uso del medio de impugnación haya sido admitido como parte o interviniente en el proceso, e (ii) interés jurídico, el cual deviene del agravio que le ocasione la decisión.[[7]](#footnote-8)

De acuerdo con lo anterior, a las partes e intervinientes que les es negada la interposición de la apelación en contra de las decisiones reseñadas previamente, porque el juzgador de primera instancia concluye que la parte inconforme carece de legitimidad para el proceso o de interés jurídico para recurrir, o la providencia no admite dicho recurso, comoquiera que es una decisión de simple impulso, orden, trámite o sustentación, tienen a su alcance la queja para buscar que el superior jerárquico del operador que tomó la decisión denegatoria, conceda el recurso y defina su efecto.

**2.3 Marco de actuación del Ministerio Público**

La Constitución Política de Colombia le asignó al Ministerio Público la guarda y protección de los derechos humanos, la vigilancia del cumplimiento de los preceptos constitucionales, las leyes, decisiones judiciales y actos administrativos, la defensa de los intereses de la sociedad y la intervención en los procesos y ante las autoridades judiciales cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales[[8]](#footnote-9).

Asimismo, la Ley 906 de 2004, estableció que el Ministerio Público intervendrá en el proceso penal cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales[[9]](#footnote-10) ejerciendo funciones en las etapas de indagación, investigación y juzgamiento. Como garante de los derechos humanos y los derechos fundamentales: (i) procurando que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia y como representante de la sociedad: (i) mediante la intervención en la audiencia de control judicial de preclusión, (ii) velando por el respeto de los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso, así como mediante la verificación de la efectiva protección por parte del Estado, y (iii) Participando en las diligencias o actuaciones donde proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima individual o colectiva y en las que exista disponibilidad oficial de la acción penal, procurando que la voluntad otorgada sea real y no se afecten los derechos de los perjudicados[[10]](#footnote-11).

La Corte Constitucional, ha reconocido al Ministerio Púbico como un interviniente especial y discreto al interior del sistema penal acusatorio, el cual debe sujetar su marco de acción al respeto por las garantías procesales, constitucionales y legales.

En criterio de la Corte Suprema de Justicia, la intervención del Ministerio Público en el proceso penal acusatorio *resulta siempre necesaria* para el cumplimiento de los propósitos constitucionales, en el marco de las limitaciones derivadas de la Ley 906 de 2004[[11]](#footnote-12). En este sentido, la Sala de Casación Penal a través de sus recientes pronunciamientos, ha ampliado las facultades de la Procuraduría en el curso del proceso penal.

 Así pues, en auto AP438-2019, 13 feb. 2019, rad. 54466, que resolvió el recurso de queja interpuesto por el Ministerio Público, la Sala habilitó la posibilidad de que apelara la sentencia absolutoria y sostuvo que aquel está facultado para hacerlo cuando evidencie violaciones al orden jurídico, sin que ello creara un desbalance del sistema de partes. Al respecto dijo:

 *[…] esa nueva lectura a la intervención del Ministerio Público, es aplicable a asuntos como el presente, pues, con independencia de que la Fiscalía –titular de la acción penal- interponga recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, aquel está facultado para hacerlo cuando evidencie violaciones al orden jurídico, sin que ello implique un quebrantamiento al sistema de partes.*

*Luego, no es posible negar al órgano de control, hacer uso del recurso de apelación cuando acude como apelante único, pues, se repite, siempre que el propósito sea evitar violaciones al orden jurídico, no constituye un quebrantamiento del sistema adversarial*

De forma complementaria, en auto del 15 de mayo de 2019, radicado 54982, la Sala reconoció la procedencia de la interposición del recurso de apelación en contra de la decisión de preclusión de la investigación, a la Procuraduría General de la Nación. [[12]](#footnote-13) En esta decisión de elevada importancia para la labor de intervención del Ministerio Público, se señalan como aspectos fundamentales los siguientes[[13]](#footnote-14):

1. La intervención del Ministerio Público se torna necesaria cuando la actuación judicial desconoce el ordenamiento jurídico, o afecta el patrimonio público, o vulnera los derechos o garantías fundamentales de las partes, porque la normatividad le confiere la salvaguarda de estos bienes y restringir su acción, comportaría una negación al ejercicio de sus competencias superiores.
2. La intervención del Ministerio Público como veedor y garante de la legalidad del trámite penal, *NO constituye un desbalance para el sistema adversarial,* en cuanto no corresponde a una abierta actividad de parte[[14]](#footnote-15).
3. Para el cumplimiento de los fines encomendados por la constitución y la ley, la Procuraduría dispone de las acciones y recursos previstos en el ordenamiento[[15]](#footnote-16).

**2.4 Criterios para recurrir una decisión**

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha determinado quienes son los facultados para recurrir una providencia a partir de dos factores (i) la legitimación dentro del proceso, esto es, que quién hace uso del medio de impugnación haya sido admitido como parte o interviniente en el proceso y (ii) el interés jurídico (legitimación en la causa) para impugnar, el cual deviene del agravio que le ocasione la decisión [[16]](#footnote-17)

Frente a la legitimación en la causa, ha enfatizado la Corte en que no hay lugar a inconformidad respecto de las decisiones que (i) reporten un beneficio, (ii) que simplemente no lo perjudiquen en los intereses que representa, o (iii)con las cuales se muestre conforme. En concordancia con lo anterior, la providencia de radicado 43659 de 2014, refirió[[17]](#footnote-18):

*“Si la determinación judicial censurada favorece las pretensiones de la parte o se pronuncia en los términos postulados por esta, surge evidente que, por no existir un agravio, la parte se inhabilita para impugnarla, porque ningún daño puede reclamar frente a lo que se resolvió según sus expectativas”.*

En este sentido, la Corte ha señalado que la legitimación en la causa se desprende de un agravio o perjuicio que la providencia haya generado, el cual se configura porque haya sido adversa en todo o en parte a los intereses **o** pretensiones de la parte o interviniente y en esta medida tendrá derecho a impugnarla[[18]](#footnote-19).

Ahora bien, el legislador conforme a los lineamientos del Código de Procedimiento Penal del 2004, establece que tienen la calidad de partes e intervinientes (i) el fiscal art. 13 ss., por el imperativo legal que le asiste de perseguir aquellas conductas que atentan contra la sociedad y la nación, (ii) la defensa art. 118 ss., por tener a cargo el patrocinio del acusado, (iii) el imputado art. 126 ss., como sujeto activo del delito, (iv), las víctimas art. 132 ss., como agente pasivo de la infracción, y (v) **el Ministerio Público** art 109 ss., en concordancia con el numeral 7 del artículo 277 de la Constitución, como garante de los derechos humanos y los derechos fundamentales, y representante de la sociedad, posicionado en el proceso como “sujeto especial”[[19]](#footnote-20)

En este entendido, la Ley 906 de 2004 al reconocer a las partes e intervinientes, otorga al Ministerio Público la calidad de “sujeto especial”, y como tal, la legitimidad dentro del proceso para recurrir una providencia.

Frente al interés del Ministerio Público, como lo ha destacado La H. Sala de Casación Penal, este no es de orden particular, sino que se enmarca en su condición de garante de los intereses de la sociedad en general, y su presencia en el proceso penal tiene justificación en *intereses netamente superiores,* conforme a los postulados del orden jurídico, el patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales. Bajo este entendido, está cobijado por la potestad de intervenir “*cuando se deba dar cumplimiento a los propósitos misionales que, en relación con las actuaciones judiciales”,* le asigna la Constitución Nacional y la ley”[[20]](#footnote-21)

Conforme a estos criterios, considera esta representante de la sociedad, que al Ministerio Público le asiste legitimidad e **interés jurídico** para recurrir la decisión comunicada en septiembre 2 del año en curso, porque, si bien, la H. Sala Especial de Primera Instancia emitió una decisión de preclusión de la investigación, esta no se aviene a los intereses superiores que defiende el Ministerio Público en el proceso penal.

No es posible sostener que la “pretensión” de la Procuraduría General de la Nación fue satisfecha con la decisión cuya impugnación interesa, comoquiera que este ente de control, como interviniente especial que es, no enarbola una pretensión en el proceso, prerrogativa propia de las partes. Su interés jurídico deviene de los cometidos misionales superiores, en este caso representados en la defensa del orden jurídico, y la indemnidad de las garantías procesales.

La decisión de la H. Sala de primera instancia de precluir la investigación en favor del señor ex XXXXXX XXXXXXXXXXXX no responde a los intereses superiores que defiende y representa Ministerio Público por las siguientes razones:

1. El Fiscal Segundo Delegado formuló solicitud de preclusión en favor de los ciudadanos XXXXXX y XXXXXX, respecto de los delitos de injuria y calumnia, invocando el numeral 2 del artículo 332 C.P.P, existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal, amparado para ello en el artículo 227 en el cual se establece que cuando las imputaciones o agravios (injurias y calumnias) fueren recíprocas, se podrán declarar exentos de responsabilidad a los injuriantes, calumniantes o a cualquiera de ellos.

En este sentido, la Procuraduría no encontró objeción para apoyar la solicitud de reconocimiento de la eximente de responsabilidad del artículo 227 del Código Penal, por cuanto evidenció como elemento fáctico, injurias y calumnias recíprocas entre los dos sujetos implicados, y apoyó la preclusión a la luz del numeral 2 del artículo 332 del C.P.P. por cuanto consideró que este era un mecanismo útil, importante, con efectos valiosos de política criminal para terminar de manera razonada con un conflicto que se suscitó entre dos importantes líderes nacionales.

Si bien los implicados en su momento no tuvieron la disposición de llegar a un acuerdo a través de una conciliación, como mensaje positivo para la sociedad, el planteamiento del señor Fiscal, fue observado como una opción razonable para la terminación del conflicto que se encontraba sustentada legalmente.

Sin embargo, la Sala Especial de Primera Instancia precluyó la investigación por el delito de calumnia al amparo de la causal cuarta del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, esto es atipicidad del hecho investigado. En este sentido, no se tuvo la posibilidad de debatir en audiencia pública la causal de atipicidad de la conducta, por cuanto los argumentos expuestos estuvieron encaminados a determinar si se daban los presupuestos del artículo 227 de la ley sustantiva para aplicar la causal presentada por la Fiscalía

1. El Ministerio Público no tuvo posibilidad de impugnar la decisión de preclusión teniendo en cuenta que la Sala cerró esta posibilidad al establecer que (i) solo podía pronunciarse para coadyuvar o no, los argumentos de la víctima, aludiendo a lo señalado en autos AEP00053 de 19 de noviembre de 2018 y 00056 del 21 de noviembre del mismo año., y (ii) que no era viable dado que se coadyuvó la solicitud del ente acusador, por lo tanto, carecía de legitimidad para tal efecto.

Al respecto, encuentra el Ministerio Público que la determinación judicial de precluir la investigación por atipicidad en favor de uno de los iniciales coindiciados, no es un pronunciamiento que recoja o se acompase con los propósitos que inspiraron el apoyo que el Ministerio Público prestara a la solicitud original de la Fiscalía y, por ende, no refleja los intereses superiores que este órgano agencia en el proceso.

 Así las cosas, la preclusión en los términos expuestos originalmente por la Fiscalía era, para el Ministerio Público, la vía legal para solucionar un conflicto, y la coadyuvancia que realizó el Ministerio público estaba encaminada a que efectivamente se precluyera la investigación a favor del señor XXXXXXpor la causal del artículo 227, lo que implicaba que al menos la conducta fuera típica, esperando el mismo resultado respecto de la señora XXXXXX. Lo anterior, en el contexto de buscar una solución equilibrada del conflicto, sin embargo, en respetuoso disenso, considera esta representante de la sociedad que la manera en que la Sala decisión, no responde a esos propósitos.

1. Frente a la decisión que señala que los recursos de reposición y apelación podrán ser interpuestos únicamente por la víctima, en tanto que los no recurrentes solo podrán pronunciarse para coadyuvar o no los argumentos del recurrente, el Ministerio Público sostiene que le asiste un interés jurídico propio y diferente de los demás sujetos procesales; por ello discrepa respetuosamente de la consideración de la H. Sala de Primera Instancia, en el sentido que la Procuraduría debe limitarse a coadyuvar el recurso de alzada interpuesto por el representante de la víctima.

Concluye el Ministerio Público según los argumentos expuestos que, contrario a lo manifestado por la H. Sala Especial de Primera Instancia, sí le asiste interés jurídico para recurrir la decisión de preclusión, por cuanto la determinación judicial del 22 de julio de 2019: (i) precluyó la investigación al amparo de una causal diferente a la solicitada por la Fiscalía, que no fue objeto de debate en la respectiva audiencia y que se aleja de los argumentos que se esgrimieron para apoyar la solicitud del ente acusador; (ii) le negó la posibilidad al Ministerio Público de impugnar la decisión de preclusión, lo cual se traduce en una afectación de los intereses superiores atribuidos constitucional y legalmente en defensa del orden jurídico, y los derechos y garantías fundamentales.

**2.5 petición del Ministerio Público**

De conformidad con los argumentos expuestos en el presente documento, la suscrita Delegada solicita a la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que se habilite la posibilidad para que esta representante de la sociedad interponga recurso de apelación en contra de la providencia del 22 de julio de 2019, leída en audiencia el 2 de septiembre de 2019, mediante la cual la Sala Especial de Primera Instancia declaró la preclusión de la investigación por el delito de calumnia en favor del ex XXXXXX XXXXXXXXXXXX, al amparo de la causal cuarta del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, por atipicidad del hecho investigado.

Atentamente,

**MYRIAM ÁVILA ROLDÁN**

Procuradora Tercera Delegada para

Investigación y Juzgamiento Penal

MÁR/CJSC

1. Folio 255 C.O 1 [↑](#footnote-ref-2)
2. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en decisión del 15 de mayo de 2019 rad. 54982, CSJ AP1820), [↑](#footnote-ref-3)
3. Record 0:03:13. Audiencia del 04 de septiembre de 2019 [↑](#footnote-ref-4)
4. Audiencia del 21 de marzo de 2019 [↑](#footnote-ref-5)
5. Record 0:166:40 Audiencia del 04 de septiembre de 2019 [↑](#footnote-ref-6)
6. Coste Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. AP 2421-2014. 8 de mayo de 2014 Radicado 43481. [↑](#footnote-ref-7)
7. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. AP 3584-2914. 2 de julio de 2014. Radicado 43196. [↑](#footnote-ref-8)
8. Constitución Política de Colombia. Artículo 277. [↑](#footnote-ref-9)
9. Artículo 109 Ley 906 de 2004. [↑](#footnote-ref-10)
10. Artículo 111 Ley 906 de 2004. [↑](#footnote-ref-11)
11. CSJ, SP5210-2014, 30 abr. 2014 y CSJ SP 5 oct. 2011, rad. 30592. [↑](#footnote-ref-12)
12. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. AP1820-2019 Radicado 54982 [↑](#footnote-ref-13)
13. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. AP1820-2019 Radicado 54982. SP 10 mar. 2010, rad. 32868. CSJ, SP2364-2018, rad. 45098, 20 jun. 2018. [↑](#footnote-ref-14)
14. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. AP1820-2019 Radicado 54982. AP438-2019, 13 feb. 2019, rad. 54466. [↑](#footnote-ref-15)
15. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP2364-2018, Radicado. 45098. [↑](#footnote-ref-16)
16. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. AP 3584-2914. 2 de julio de 2014. Radicado 43196. [↑](#footnote-ref-17)
17. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal AP2217 30 abril 2014 Radicado. 43659 [↑](#footnote-ref-18)
18. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal Radicado 52235 del 29 de mayo de 2019 [↑](#footnote-ref-19)
19. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo Rad. 11001-02-30-000-2017-00032-00. APL2931-2017. Auto Interlocutorio del 24 de abril de 2017. [↑](#footnote-ref-20)
20. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radc. 52235, providencia de mayo 29 de 2019. [↑](#footnote-ref-21)