

DEBIDO PROCESO – Su vulneración requiere la ocurrencia de una irregularidad sustancial.

NULIDADES PROCESALES – Causales: Taxatividad.

NULIDADES PROCESALES - Entidad del vicio detectado.

NULIDADES PROCESALES – Demostración de la irregularidad sustancial.

NULIDADES PROCESALES – Principios orientadores.

DEBIDO PROCESO – PÉRDIDA DE AUDIO CORRESPONDIENTE A LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN: No resulta irregularidad invalidante si el acta contiene la información precisa que se requiere para entender el desenvolvimiento de las partes y su actuación en desarrollo del acto público.

NULIDAD PROCESAL – VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO: No se configura.

(...)La nulidad tiene por objeto la protección del orden jurídico y su fin es corregir un yerro en el procedimiento por afectar de manera flagrante una garantía constitucional, de ahí que el artículo 457 del código adjetivo penal eleve a la categoría de sustancial aquella irregularidad que se presenta, debe tener trascendencia es por lo que obliga a la parte que lo aduce indique la magnitud de la afectación.(...)

(...) La finalidad del análisis de los principios que orientan esta declaratoria tiende a excluir irregularidades que no se enmarcan como trascendentales que pueden ser subsanadas mediante la flexibilidad que este instituto debe tener para preservar una actuación procesal importante sin afectar los derechos de las partes, o ser tan irrelevante que resulta más costosa su declaratoria.(...)

(...)La sistemática penal que hoy nos rige señala que mediante la oralidad es la forma como se adelantará la actuación procesal y que para ello se utilizan los medios tecnológicos disponibles con miras a agilizar los procedimientos de lo que se debe tener un registro y en cada instancia debe realizarse esa reproducción para que sea parte del proceso penal, como la evidencia de la realización de los actos que lo conforman y necesario para la comprensión en eventos la segunda instancia y tramites posteriores,(...).

Lo anterior significa que cada audiencia que ante un juez se realice en desarrollo de la etapa de investigación o de la de conocimiento, deberá quedar en un registro de audio y con ella un acta que va a contener la identificación del despacho, la fecha, hora y clase de audiencia, las partes que intervienen y un resumen de los debatido.

(...) se realizó (...) la formulación de imputación (...) Con muy alta similitud en la descripción fáctica y jurídica se redacta y se presenta el escrito de acusación en contra de las mismas dos personas (...) En este orden de ideas, existe un acto en la que se da cuenta de lo sucedido en la audiencia de formulación de acusación en la que se deja con claridad las distintas situaciones que se presentaron (...)

(...)no es posible anunciar la afectación al principio de congruencia, por cuanto sus pilares son la formulación de acusación, la petición de condena en los alegatos de conclusión y la adecuación que hace el fallador en la sentencia, por tanto sin que haya una práctica probatoria y la definición de la situación jurídica del acusado no es posible anunciar la vulneración a principio tan fundamental, por ello se indicó que resultaba importante hasta este momento la formulación de imputación a efectos del principio de coherencia con la acusación presentada, que para el caso resulta acorde.

Ha señalado la jurisprudencia que la argumentación presentada para derruir la estructura procesal debe indicar que la irregularidad resulta trascendental, que el yerro existente impide continuar con el proceso penal, que debe ser sustancial y debe estar acompasada con el análisis de los principios orientadores de la

misma, para el caso debe decirse que la solicitud no colma tales expectativas, no hay irregularidad relevante, el tema de cómo está compuesta la formulación de acusación puede verificarse con el escrito de acusación por ello tal irregularidad no logra adecuarse a los preceptos del artículo 457 del código adjetivo penal, no socava la estructura del debido proceso, como tampoco afecta el derecho de defensa de forma sustancial.(...)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente : Dr. Héctor Roveiro Agredo León
Proceso N° : 110016000000 201701130-01
N. I. : 37655
Delito : Lavado de activos y otro
Procesado : JESY
Decisión : Revoca auto objeto del recurso
Aprobado : Acta N° 53 de 15 de marzo de 2022

San Juan de Pasto, veintitrés de marzo de dos mil veintidós (2022)
(Hora: 09:00 a.m.)

I.- INFORMACIÓN PRELIMINAR

Corresponde a la Sala entrar a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del acusado JESY contra el auto de fecha 24 de agosto de 2021 proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Tumaco (N), mediante el cual decretó la nulidad a partir de la audiencia de formulación de acusación, en este proceso penal que por los delitos de lavado de activos, fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos y concierto para delinquir agravado, en contra del mencionado se adelanta.

1.- Hechos

Se extractan del escrito de acusación presentado por la FGN el 22 de junio de 2017 donde se da cuenta de la existencia de una investigación que se adelanta debido a la existencia de un grupo de personas que tienen como actividad el envío de sustancia estupefacientes desde Colombia a los Estados Unidos y Europa, para tal logro utilizaban países centroamericanos como tránsito de la sustancia, personas con roles definidos, que han perfeccionado el transporte, almacenamiento y venta de la sustancia, no se trata de una sola persona en la cúspide son varios llamados inversionistas, el envío del elemento ilícito se realiza a través lanchas rápidas, semi sumergibles y barcos pesqueros, tienen laboratorios clandestinos y sitios de almacenamiento de lo cual perciben grandes cantidades de dinero.

En desarrollo del proceso investigativo se ordena la interceptación de abonados celulares y unos BlackBerry información que con la también aportada por fuente humana permite establecer las personas que estaban involucradas en tal actividad ilícita, entre los que se encuentra alias “Niño o El Enano”, que corresponde a JESY.

En el escrito se da cuenta de cuenta de dos eventos uno sucedido en el mes de mayo de 2015 donde se coordina el envío de unas armas y una enorme suma de dinero desde la ciudad de Cali hasta el departamento de Nariño, en un camión de placa WZC140 que era conducido por JAJ, quien resulta capturado el 17 de mayo de aquella anualidad en el peaje de Villa Rica en el departamento del Cauca cuando iba con rumbo al departamento de Nariño, encontrando un gran arsenal de armas de largo alcance descritas en el escrito de acusación al igual que la suma de dos mil doscientos cincuenta y nueve millones novecientos ochenta mil pesos, armas y dinero que iba en caletas construidas en aquel automotor, este hecho es

atribuido al acusado. En el escrito de acusación se da cuenta de otro hecho, pero es irrogado a otra persona.

Conforme la situación anterior se presenta acusación en contra de JESY por los delitos de lavado de activos del artículo 323, fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos del artículo 366, y del concierto para delinquir agravado del artículo 340 inciso segundo del código penal.

2.- Actuación Procesal

2.1 El día 23 de febrero de 2017 se adelantaron las audiencias preliminares de legalización de captura, legalización de elementos incautados, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de Control de Garantías de Ipiales respecto de JESY, por los delitos de lavado de activos, fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos y concierto para delinquir agravado.

2.2 El escrito de acusación es presentado el 22 de junio de 2017, para la realización de la audiencia de formulación de acusación se convoca en varias oportunidades finalmente se realiza el día 25 de noviembre de 2019 como consta en el acta respectiva.

2.3 La audiencia preparatoria se realiza el día 24 de febrero de 2020 y cuando se había citado para realización de audiencia de juicio oral el día 24 de agosto de 2021 se presenta la solicitud de nulidad por parte del ente acusador con base en el artículo 457 del Código Penal, pues, pese a que fue citada a audiencia de juicio oral, aquella no conocía del desarrollo de las audiencias de formulación de acusación y preparatoria,

realizadas en datas para las cuales se encontraba en incapacidad por temas de salud, y que si bien se logró constatar, con informe rendido por el director del Centro de Servicios Judiciales, que las mismas se adelantaron con otro delegado del ente acusador, al solicitar los audios de la primera diligencia en mención, con el fin de constatar los términos en los que se presentó la acusación y de ello delinear su teoría del caso, no fue posible acceder al elemento, pues a la fecha de la diligencia en curso, no se había entregado lo propio; agregó que si bien le suministraron la copia del acta de audiencia, la información resulta insuficiente pues se limita a indicar que por parte de la fiscalía se hizo una lectura del escrito de acusación y se corrió traslado de los elementos materiales probatorios a través de un DVD, información escasa para continuar con sus funciones en la etapa de juicio oral.

3. Decisión Recurrida

Ante la solicitud de nulidad presentada y luego de adelantar gestiones de indagación sobre la existencia del audio de la audiencia de formulación de acusación, el *a quo* emitió una decisión, como sigue.

Comenzó por citar el contenido concreto del acta de la audiencia de formulación de acusación y dejó claro que a esa diligencia asistió como fiscal de apoyo el Dr. Armando Francisco Rodríguez y por parte de la defensa la abogada Diana Churta.

Luego señaló que sobre la diligencia no se tiene más información que la genérica que reposa en el acta en mención, y la información que la profesional en derecho que en esa oportunidad ejerció la defensa le comunicó al actual defensor, según la cual la fiscalía se limitó a dar lectura textual del escrito de acusación, siendo que dar plena credibilidad a la escasa información, más que aplicar el principio de buena fe, implica caer en una especulación.

Explicó que es necesario acudir al registro del audio en tanto que el acta levantada sobre la diligencia en cuestión no brinda la información suficiente, misma que se requiere no sólo por la fiscalía para plantear su teoría del caso, sino también por la defensa y la judicatura, a efectos de establecer y sustentar un pronunciamiento debe tenerse en cuenta el principio de congruencia entre los hechos con relevancia jurídica respecto de los cuales se acusó, debiendo verificar si se respetó el mismo en el debate probatorio y los alegatos conclusivos.

Recuerda lo sucedido en la audiencia de 22 de enero de 2018, instalada para realizar la formulación de acusación, en donde participaron las partes presenten la actual actuación, oportunidad en donde por parte de la judicatura se consideró que no era competente para adelantar la diligencia; destaca que de la lectura del acta levantada en esa calenda puede extraerse que la Fiscalía quería plantear al menos una aclaración al escrito de acusación, por lo que no es posible establecer si se adelantó o no ese trámite, resaltando una vez que no se puede entrar en el área de la especulación.

En esa línea, señaló que se está frente a una afectación que amerita una declaratoria de nulidad en tanto que no existe otra alternativa diferente a rehacer la audiencia de formulación de acusación y luego de ello la audiencia preparatoria.

Seguido a ello citó precedente de la Sala Penal de este Tribunal, que a su juicio podría aplicarse al presente caso, explicando que, pese a que la sola ausencia del registro de audio por sí sola no genera declaratoria de nulidad, pues puede acudirse al acta, en el caso dicho documento no brinda la información suficiente para sacar adelante las demás diligencias, pues se está frente a un tema relevante como la determinación de los hechos y el descubrimiento probatorio.

En ese orden dispuso decretar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de acusación, disponiendo que en firme la decisión se fije fecha y hora para el trámite de esta.

4. ARGUMENTOS DEL APELANTE

La defensa del procesado, inconforme con la decisión de primera instancia, la recurre argumentando que no es necesario decretar la nulidad de la audiencia de formulación de acusación, pues lo cierto es que en el acta que se levantó en dicha diligencia, se dejó sentado que al indagar sobre la existencia de observaciones al escrito de acusación o el deseo de efectuar una ampliación, tanto la Fiscalía como la defensa no hicieron observación alguna.

Agrega que, según el acta, conforme a lo que escuchó, el fiscal manifestó que no haría adiciones y que no tenía observaciones, procediendo a verbalizar el escrito de acusación, y después, se leyeron las pruebas, por tanto, considera que lo que falta en el acta esta consignado en dicho escrito, que correspondería a los datos del acusado, los de la defensa y la fundamentación de la acusación tanto fáctico como jurídico, los hechos jurídicamente relevantes, que resalta sí conoce, los delitos que fueron endilgados, los datos de las víctimas y la relación de las pruebas.

Concluye que no se asalta en la buena fe ni hay violación al debido proceso para la Fiscalía, pues fue la funcionaria que ahora acude como ente acusador la que realizó el escrito de acusación, siendo que el fiscal de apoyo que asistió a la audiencia respectiva, se limitó a verbalizarlo.

Afirma que el escrito de acusación presentado por la Fiscalía no cumple con los requisitos de ley, de ello que le haya recomendado a la profesional en derecho que asistió a la diligencia que preste atención a la verbalización del mismo, quien aseguró que se había leído de manera textual conforme a lo planteado, por lo que considera que no puede abrirse un espacio para que ahora el ente acusador enmiende sus errores, siendo enfático en advertir que a juicio de ese defensor, está claro que el escrito de acusación fue leído de la manera en la que se presentó.

Explica que en la audiencia de acusación que se realizó en el 2018, que se trasladó por territorialidad a Popayán, la señora fiscal dejó claro que el asunto debía estar por el porte ilegal de armas, mismo que sí se encontraba contenido en el escrito de acusación; así, se pregunta cuál sería la confusión para las partes e intervinientes, cuando lo cierto que su verbalización tuvo lugar en la audiencia respectiva, siendo suficiente con la revisión del documento y las pruebas relacionadas, para continuar con el trámite procesal, en tanto que está clara la acusación elevada para el señor JESY.

Recontando el trámite impartido, indicó que, pese a que el juzgador afirma que pueden existir dos acusaciones, el aspecto esta clarificado como quiera que en su momento no se presentó una aclaración sobre el escrito, al no haber sido formalizada, sino que se planteó la posibilidad de remitir el expediente a Popayán por jurisdicción.

Finalmente reiteró que el declarar la nulidad de lo actuado implica abrir un espacio para que la fiscalía corrija yerros para lo cual ya se superó la oportunidad para el efecto, en tanto que las etapas son preclusivas, afectando así a su prohijado, generando un desmedro o afección en su contra.

5. ARGUMENTOS DE LOS NO APELANTES

La delegada del ente acusador se pronunció sobre el recurso interpuesto por la defensa, comenzando por indicar que la exposición elevada por el recurrente tiene un contenido especulativo, pues afirma que se dio lectura integral al escrito de acusación con base en lo que de oídas le fue comunicado vía telefónica, presentando una frase especulativa cuando indica que “se leyó completo, pero no se leyó completo”.

Indica que como lo afirmó el señor juez, de manera anticipada esa fiscalía ya había anunciado la necesidad de unificar el escrutio de acusación, al punto de que la judicatura dejó constancia sobre el efecto en la oportunidad en la que el presidente de la audiencia dispuso el cambio de competencia.

Alude que no es posible deducir qué delitos se imputaron, pues no se sabe si se acusó a todas las personas que figuraban en el escrito o por todos los delitos, pues al escuchar la audiencia en la que se habla de procedencia de la solicitud probatoria, se alude a una cantidad de delitos que no fueron imputados a la persona que ahora está de cara a la justicia, por tanto, afirma que sí es necesario contar con el audio de la diligencia.

Destaca que la defensa afirma que se verbalizó el escrito de acusación en su integridad, pero luego afirma, especulando, en tanto que no estuvo en la diligencia, que, si se hizo alguna modificación sobre los delitos, porque afirma que son dos, aspecto que no está en el acta; así mismo, que afirma que se leyeron las pruebas que se pretendían hacer valer en juicio oral y que competían a JES, cuando ese aspecto no se reza en el acta.

Señala que el defensor presenta consideraciones contradictorias y especulativas, pues afirma que la acusación se hizo por dos delitos olvidando pasar a la página siguiente en donde figura el delito de concierto para delinquir, retomando el hecho de que en su momento manifestó que era necesario modificar y aclarar el escrito de acusación, y que, si ese aspecto no se hizo, en nada afecta la teoría del caso de la defensa. Agrega que el escrito de acusación es un acto que además de servir para conocer los cargos por los que se debe responder, presenta los hechos, la adecuación típica, las pruebas que se van a debatir en juicio oral y que podrán ser controvertidas.

Continúa afirmando que el recurrente presenta especulaciones, pues indica que se deslindó lo uno de otro asunto, pero se desconoce qué se leyó y qué no, por lo que el acta simple elaborada en escasos renglones no cuenta qué paso en la audiencia de acusación.

Afirma que el profesional del derecho manifiesta su inconformidad sobre las modificaciones que se puedan presentar al escrito y que no se sabe si se hicieron o no, pero que, las mismas son necesarias en tanto que uno de los procesados salió del asunto; así, alude que se está llevando a juicio a personas que no están o por delitos que no fueron relacionados en el escrito de acusación.

En ese contexto solicitó que se confirme la decisión adoptada en primera instancia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

De acuerdo con la competencia que le asigna el numeral 1° del artículo 33 de la Ley 906 del 2004, esta Sala de Decisión Penal tiene la competencia para desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el Auto de fecha 24 de agosto de 2021 del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Tumaco en audiencia que inicia la etapa del juicio oral.

2. Problema planteado.

Corresponde a la Sala en esta oportunidad analizar si no encontrar el audio correspondiente a la audiencia de formulación de acusación en el presente proceso genera una irregularidad sustancial que afecte el debido proceso y que imponga retrotraer la actuación hasta dicho momento procesal, como lo indica la primera instancia, o dicha irregularidad no deviene esencial como lo señala la defensa en la presente alzada.

3.- Del Debido proceso

De las garantías que el sistema penal acusatorio concede a las partes que establecen la relación jurídico procesal se encuentra el principio de legalidad con arraigo constitucional y legal del cual se extrae que nadie puede ser juzgado sino por un procedimiento previamente establecido en la misma ley y se itera con aplicación de las formas propias de cada proceso.

Esta principal garantía establece con claridad absoluta que el proceso penal es una secuencia de actos los que deben estar debidamente definidos en la normatividad, estructura que adquiere altura con cada acto procesal que se desarrolla, los cuales tienen por característica su propia naturaleza, en otras palabras cada audiencia denota un tema por definir por lo que resulta relevante que culminada la misma

y habiendo cumplido su finalidad se presenta una clausura del tema, a lo que se ha denominado principio de preclusividad de los actos procesales por cuanto cada actuación corresponde a un nivel progresivo no solo en cuanto a la forma también resulta creciente en cuanto al grado de comprensión relativo a la definición de la realización del comportamiento penal.

En el entorno internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos¹, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos², la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y, la Corte Interamericana de Derechos Humanos³, establecen ciertas garantías mínimas fundamentales que obligan al Estado Colombiano a su respeto e imperativo cumplimiento, más aún, cuando se encuentra en trámite una acusación de carácter penal, que pone en juego la libertad de un ciudadano.

La CSJ en radicado 45098 del 21 de junio de 2018 sobre el debido proceso dijo:

“2.6. Ahora bien, como la anomalía recriminada por el censor se contrae a la trasgresión del debido proceso, debe recordarse que en sentido amplio el mismo es una garantía superior reconocida en el ámbito supranacional y desarrollada por el ordenamiento penal interno, de acuerdo con la cual «nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio».

2.7. En materia penal, el proceso tiene una estructura formal y otra conceptual. La primera guarda relación con el principio antecedente-consecuente, inherente al conjunto o sucesión escalonada y consecutiva de actos jurisdiccionales con carácter preclusivo regidos por la ley

¹ Artículo 10 – Derecho de toda persona a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial (...).

² Precepto 14 – Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente (...).

³ Artículo 8 – Garantías judiciales

procesal, los cuales lo integran como unidad dentro del marco de una secuencia lógico-jurídica.

2.8. La segunda, esto es, la estructura conceptual, se relaciona con la definición progresiva y vinculante del objeto del proceso penal, el cual no es otro que el de establecer, más allá de toda duda, por una parte, la realización de un comportamiento humano de acción u omisión verificable en el mundo exterior o físico, que halla correspondencia en la descripción legal y abstracta de una conducta punible; y de otra, determinar la consecuente responsabilidad del sujeto al que se atribuye la respectiva conducta de connotación jurídico-penal.

2.9. Transgredir el debido proceso significa, en resumen, pretermitir un acto procesal expresamente señalado por la ley como requisito sine qua non para adelantar el subsiguiente, o llevarlo a cabo sin que cumpla los requisitos sustanciales inherentes a su validez o eficacia.”

Al hilo de lo antes expuesto, la sistemática penal acusatoria implica la realización de audiencias preliminares ante el Juez de Control de Garantías en cuanto el ente instructor debe determinar si el comportamiento con características delictivas puede enmarcarse en uno de los tipos penales del estatuto penal, debe identificar e individualizar a su autor, debe si resulta necesario ordenar su captura y en desarrollo del programa metodológico recaudar o recolectar los elementos materiales necesarios que le permitan al delegado fiscal pasar de las inferencias al grado de probabilidad que evidentemente se ha quebrantado un tipo penal y tiene la claridad en cuanto a su autor o partícipe.

Es por lo que las audiencias ante el Juez de Conocimiento para adelantar el proceso penal resultan en su naturaleza diferentes, por cuanto la formulación de acusación tiene como finalidades sanear el proceso hasta aquel momento y colocar en contexto a la defensa sobre el delito enrostrado a su prohijado y enterarlo de los sustentos

materiales con que cuenta la fiscalía, claro resulta indispensable que haya un señalamiento, para que entre otras facultades la defensa también profile su estrategia. La audiencia preparatoria como su nombre lo indica, previo a la audiencia principal del juicio oral su finalidad está determinada por la exhibición de los elementos con vocación probatoria que cada parte presenta, y que depende de su solicitud, argumentación y decreto cuales deben practicarse en la audiencia señalada, es esencialmente definición probatoria; y en el juicio oral es donde se produce la prueba, que en otras palabras significa que es el momento en que se demuestra lo sucedido, con las pruebas se reconstruye las situaciones que se ha dicho se adecuan al tipo penal, es como se ha iterado la audiencia más importante dado que es donde con las pruebas se define la situación del acusado, donde se valora si se demostró el delito, la participación o si obro en ejercicio de una de las causales que lo exoneran de responsabilidad.

4.- De las nulidades.

La nulidad tiene por objeto la protección del orden jurídico y su fin es corregir un yerro en el procedimiento por afectar de manera flagrante una garantía constitucional, de ahí que el artículo 457 del código adjetivo penal eleve a la categoría de sustancial aquella irregularidad que se presenta, debe tener trascendencia es por lo que obliga a la parte que lo aduce indique la magnitud de la afectación.

No se puede evitar reconocer que el proceso penal es una construcción humana y como tal susceptible de que se incurra en equívocos, entendiendo por la redacción de la norma y por lo señalado por la jurisprudencia penal que no se trata de cualquier irregularidad debe ser de tal naturaleza que afecte de forma

superlativa una garantía y que no exista otro camino que retrotraer la actuación, siempre como última solución que se tome.

Por la repercusión que conlleva la decisión y con miras a evitar que por cualquier desacierto sea elevada la súplica de la nulidad se establece que sus causales son de carácter taxativo, determinadas en la ley por lo que se impone obligatorio una argumentación que demuestre la afectación de talante sustancial, así lo expresa la Sala de Casación Penal de la CSJ en sentencia SP 2364 radicado 45098 del 21 de junio de 2018:

“...requiere de claras y precisas pautas demostrativas, ya que no cualquier anomalía conspira contra la vigencia de la actuación, pues la misma debe ser esencial y estar vinculada en calidad de medio para socavar las bases esenciales del juicio o algún derecho fundamental de los intervinientes, de suerte que, igual que en las otras causales, debe ajustarse a ciertos parámetros lógicos que permitan comprender el motivo de ataque, el yerro sustancial alegado y la manera como se quebranta la estructura del proceso o se afectan las garantías a consecuencia de aquel.”

Tema que nuestro máximo Tribunal ya había decantado con anterioridad en radicado 32143 del 26 de octubre de 2011 cuando expuso:

“Cuando la norma alude a los “aspectos sustanciales”, dice relación no a la violación de otras garantías fundamentales distintas del debido proceso constitucional, sino a la entidad del vicio detectado, pues en materia de nulidades procesales no se trata de decretar la ineficacia de lo actuado tras advertir la existencia de cualquier irritualidad, asaz, irrelevante, sino tan sólo de aquellas que puedan comprometer severamente la estructura conceptual del modelo de enjuiciamiento penal, o las garantías constitucionalmente establecidas a favor de las partes e intervinientes en el proceso.”

En ese contexto, como se dice en el Auto 2374 del 18 de junio de 2019 con radicado 48773 por la Sala de Casación de la CSJ que:

“la declaración de una nulidad está atada a la comprobación cierta de yerros de garantía o de estructura insalvables que hagan que la actuación y la decisión de primera instancia pierdan toda validez formal y material, por lo que corresponde determinar la forma en que ella rompe la estructura del proceso o lesiona las garantías de los intervinientes, la fase en la que se produjo y demostrar que ninguno de los axiomas que se erigen alrededor de la invalidación de la actuación ha operado en el caso concreto.

Si el vicio denunciado corresponde a una violación del debido proceso, es necesario que el actor identifique el vicio sustancial que alteró el rito legal, pero si infringe el derecho de defensa, se debe especificar la actuación que conculcó esa prerrogativa; en cada hipótesis, la argumentación ha de estar acompañada de la solución respectiva.

Igualmente, la fundamentación del ataque se debe hacer a la luz de los apogemas que rigen la declaración de las nulidades, esto es, los de convalidación⁴, protección⁵, instrumentalidad de las formas⁶, trascendencia⁷ y residualidad⁸, pues si se avizora que el defecto denunciado no alcanza a transgredir, en grado sumo, el desarrollo de la actuación, ni alterar lo decidido en el fallo censurado, no hay lugar a la admisión del reproche.”

Y para ser más exigente con la pretensión que esta institución contiene, se ha indicado que de forma razonada se realice el análisis de los principios orientadores de la declaratoria de nulidad que por vía de jurisprudencia se indica no han perdido vigencia⁹ consagrados

⁴ Las irregularidades pueden convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado.

⁵ El sujeto procesal que con su conducta no haya dado lugar a la configuración del vicio, es el único que lo puede alegar, salvo que se trate de ausencia de defensa técnica.

⁶ Como las formas no son un fin en sí mismo, siempre que se cumpla con el propósito que la regla de procedimiento pretendía proteger, no habrá lugar a la declaración de la nulidad.

⁷ La magnitud del defecto debe tener incidencia en el sentido de justicia incorporado a la sentencia.

⁸ La declaratoria de nulidad debe ser el único remedio procesal para superar el yerro detectado.

⁹ Radicado 43158 del 12 de marzo de 2014

en el código de procedimiento penal anterior en el artículo, que a la letra dice:

“1. No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa.

2. Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.

3. No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica.

4. Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales.

5. Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial.

Cuando la resolución de acusación se funde en la prueba necesaria exigida como requisito sustancial para su procedimiento, no habrá lugar a declaratoria de nulidad si la prueba que no se practicó y se califica como fundamental puede ser recaudada en la etapa del juicio; en cambio procederá cuando aquella prueba fuese imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa o cuando se impartió confirmación a las resoluciones que negaban su práctica, a pesar de su evidente procedencia.

6. No podrá decretarse ninguna nulidad por causal distinta a las señaladas en este capítulo.”

La finalidad del análisis de los principios que orientan esta declaratoria tiende a excluir irregularidades que no se enmarcan como trascendentales que pueden ser subsanadas mediante la flexibilidad que este instituto debe tener para preservar una actuación procesal importante sin afectar los derechos de las partes, o ser tan irrelevante que resulta más costosa su declaratoria.

5.- De la pretensión de anulación solicitada

La situación que se ha planteado en esta oportunidad va referida a la falta del audio que contiene la audiencia de formulación de acusación, de lo que debe dejarse en claro que no porque no se haya realizado, sino que por olvido de quien tenía el deber de realizar la grabación en un CD creyó realizarlo sin que dicha audiencia quedara registrada en aquel documento o no lo hizo.

Ante dicha situación ha planteado la delegada de la fiscalía que tal ausencia afecta el debido proceso y el derecho de defensa por violación de garantías fundamentales, dado que no tiene un derrotero que le permita orientarse en la audiencia de juicio oral, que no hay información respecto de los hechos jurídicamente relevantes, se desconoce a quien se acusa, que no sabe cómo se deslindan las acusaciones para las dos personas vinculadas, considera que lo consignado en el acta no es suficiente para encaminar su actuación en el juicio oral y que ello afecta la defensa técnica, que hay un gran vacío que afecta las garantías del proceso. El Ad quo consideró que se vulnera el principio de congruencia señalando que no se puede conjeturar sobre aclaración o modificación de la acusación y que el acta no brinda la información suficiente. Debe decirse que la defensa considera que si existe la información suficiente dado que el acta de realización de la audiencia señala que se hace lectura del escrito de acusación y en aquel documento se encuentra la información sobre los dos acusados, por tanto, no existe afectación a la estrategia defensiva.

La sistemática penal que hoy nos rige señala que mediante la oralidad es la forma como se adelantará la actuación procesal y que para ello se utilizan los medios tecnológicos disponibles con miras a agilizar los procedimientos de lo que se debe tener un registro y en cada instancia debe realizarse esa reproducción para que sea parte del proceso penal, como la evidencia de la realización de los actos que

lo conforman y necesario para la comprensión en eventos la segunda instancia y tramites posteriores, así se desprende de los artículo 9º, 145 y 146 del código adjetivo penal.

Lo anterior significa que cada audiencia que ante un juez se realice en desarrollo de la etapa de investigación o de la de conocimiento, deberá quedar en un registro de audio y con ella un acta que va a contener la identificación del despacho, la fecha, hora y clase de audiencia, las partes que intervienen y un resumen de los debatido.

Como bien lo registran las partes, y conforme la jurisprudencia indicada no resulta irregularidad invalidante la ausencia del registro de audio en la medida que el acta contenga la información precisa que se requiere para entender el desenvolvimiento de las partes y su actuación en desarrollo del acto público.

Descendiendo al caso planteado, observa la Sala que se trata de un proceso investigativo en el que producto de la interceptación de líneas celulares se logra determinar las actividades ilícitas que realizan y quienes conforman aquella estructura al margen de la ley, es la misma interceptación de llamadas que le ha permitido al ente investigador definir varios eventos en los que se ha dado la incautación de armas, dinero, estupefacientes, etc., producto de todas los movimientos que por fuera de la ley realizaban; en cuanto a las personas que se han capturado en flagrancia su situación jurídica se ha ido definiendo, otras personas señaladas producto de las interceptaciones también han definido su compromiso penal, restando otras personas que han tomado el camino del procedimiento penal ordinario, amparados en su presunción constitucional y legal de la presunción de inocencia, para que con pruebas se demuestre su participación o no en los hechos que se enrostran.

Advierte la Sala que resulta importante entender el contexto de la forma como se ha llegado a la confección de este proceso para desde esta arista comprender el tema de las personas acusadas y las pruebas pedidas en que recaba la delegada de la fiscalía para solicitar la nulidad del proceso penal, y es por ello que indica la necesidad de escuchar el audio de la formulación de acusación porque como lo dice al sustentar el recurso no sabe que pasó por cuanto en audiencia preparatoria hay manifestaciones que no corresponden.

Respecto de la acusación lo que ha señalado la jurisprudencia de la CSJ en SP4253 del 2 de octubre de 2019 con radicado 53440 es que se trata de un acto procesal importante del proceso y señala:

“La acusación es un elemento estructural del proceso, toda vez que (i) el tema de prueba está constituido por la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes establecida por la Fiscalía e incluida en dicha actuación, sin perjuicio de las propuestas factuales que haga la defensa; (ii) por tanto, de la misma depende el estudio de pertinencia y las demás decisiones que deben tomarse sobre las pruebas en la audiencia preparatoria; (iii) es el referente obligado de las estipulaciones probatorias que pueden celebrar las partes; (iv) es la base de los acuerdos u otras formas de terminación anticipada de la actuación penal que tengan ocurrencia luego de su formulación; y (v) en virtud del principio de congruencia, limita el margen decisional del juez (CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311; CSJSP, 11 jun. 2019, Rad. 51007; CSJSP, 17 sep. 2019, Rad. 47671, entre otras).”

Sin embargo, el juicio de acusación del cual es titular la fiscalía no es un elemento aislado de la investigación realizada y esta puntualmente demarcado en sus aspecto fáctico y jurídico por la formulación de Imputación, también de esta manera lo ha dicho nuestro órgano máximo de cierre en SP1653 del 5 de mayo de 2021 con radicado 49157:

“En relación con la trascendencia que la precisión fáctica posee a lo largo de la actuación procesal, con incidencia en la preservación del principio de coherencia, la Sala ha dilucidado (CSJ SP5543–2015, 29 abr. 2015, rad. 43211):

La formulación de imputación se constituye en un condicionante fáctico de la acusación –o del allanamiento o del preacuerdo–, sin que los hechos puedan ser modificados, estableciéndose así una correspondencia desde la arista factual, lo cual implica respetar el núcleo de los hechos, sin que ello signifique la existencia de un nexo necesario o condicionante de índole jurídica entre tales actos.

Con esta perspectiva, la Sala más allá del principio de congruencia que se materializa desde el acto de acusación al definir los aspectos material, jurídico y personal del objeto del proceso los cuales se reflejarán en la sentencia, ha hecho énfasis en el principio de coherencia a fin que a lo largo del diligenciamiento se preserve el núcleo fáctico entre los actos de formulación de imputación y acusación, estándole vedado al ente investigador adicionar gradualmente hechos nuevos (CSJ SP 8 jul 2009 rad. 31280, SP 1º feb. 2012, rad. 36907, entre otras).

Y es que esa precisión que se exige de la Fiscalía desde la formulación de imputación de informar al imputado de los hechos y circunstancias, con las consecuencias jurídicas que aparejan, habilita el ejercicio pleno de derecho de defensa a fin de planear la estrategia tendiente a morigerar el poder punitivo estatal, al punto que le permite optar de manera libre, consciente y voluntaria por aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena o continuar el trámite ordinario para discutir en el juicio los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o contravirtiendo las que se aducen en su contra.

Cuando surgen nuevas arista[s] fácticas que conllevan la configuración de otras hipótesis delictivas será necesario ampliar la formulación de imputación o incluso practicar otra diligencia de esa índole, a fin de no sorprender al procesado, limitante que subsiste aun en la audiencia de formulación de acusación, en la que si bien el Fiscal puede corregir la

acusación, no está facultado para alterar el aspecto fáctico [subrayado fuera de texto].”

Y por la misma vía se ha indicado que las falencia en la acusación no pueden ser subsanadas con la información que se haya vertido en la audiencia de formulación de imputación, en otras palabras, es un referente, pero no va a sustituir las falencias de la acusación.

Como lo reclamado por el ente instructor es el audio de la audiencia de formulación de acusación la labor de la Sala se ha encaminado a escuchar tanto las audiencias anteriores como las subsiguientes a la ausente, para determinar si resulta tan trascendental, que conlleve la invalidez de la actuación y que deba ordenarse nuevamente su realización.

Como se había indicado el 23 de febrero de 2017 se realizó ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Ipiales la formulación de imputación a JESY y a JLSM, en tal acto procesal se hace la determinación clara de solamente dos eventos uno sucedido en el mes de mayo de 2015 referido a una incautación de unas armas y una elevada suma de dinero, que se atribuye a SY, y otro evento de octubre del mismo año y que se refiere a la incautación de una gran cantidad de sustancia estupefaciente en alta mar jurisdicción de la república de El Salvador, en el cual se vincula a SM.

Con muy alta similitud en la descripción fáctica y jurídica se redacta y se presenta el escrito de acusación en contra de las mismas dos personas, donde claramente se delimita que la investigación sobre un hecho corresponde a uno de los acusados y el subsiguiente hecho corresponde en su participación según lo investigado al otro

vinculado, para cada uno se hace una delimitación en cuanto al tipo penal que se le enrostra.

Claro, en ese devenir si se realizaba la audiencia de formulación de acusación pasaron muchas cosas una de ella que JLSM, define su situación jurídica mediante una de las formas alternativas de terminación anticipada, por tanto, queda el proceso penal solamente en contra de SY.

Ello resulta tan diáfano que al escuchar al audiencia preparatoria realizada el 24 de febrero de 2020 con nitidez aquello se deduce dado que la audiencia únicamente se adelanta en contra de JE, no existe petición probatoria alguna respecto de SM, en contra del primero mencionado se solicitan 9 testigos referidos al evento a el imputado y acusado, solamente estipulando lo relacionado con la identificación de aquel.

En este orden de ideas, existe un acto en la que se da cuenta de lo sucedido en la audiencia de formulación de acusación de fecha 25 de noviembre de 2019 en la que se deja con claridad las distintas situaciones que se presentaron con anterioridad relacionadas con un posible preacuerdo, que se reconoce personería a la defensora, se corre traslado del escrito de acusación, se sanea el proceso, la fiscalía indica que no hará modificaciones ni adiciones al escrito de acusación, posterior a que no hay manifestaciones de la defensa se concede la palabra a la fiscalía para realizar la acusación es cuando el fiscal da lectura al escrito de acusación y descubre los EMP, de los que solicita el descubrimiento por la defensa, quien indica no alegará inimputabilidad y con el anuncio que luego de analizar la agenda se fijará fecha para la audiencia preparatoria, se indica en el acta que termina la audiencia.

No se exige ni por las normas ni por la jurisprudencia que se debe elaborar un acta con un contenido detallado de los distintos momentos de la audiencia, solo se pide un resumen de lo sucedido y que pueda comprenderse la situación fáctica y la calificación jurídica, debemos recordar que la acusación en su conjunto es el marco para tener en cuenta para la emisión de la sentencia.

Retornando al caso, tenemos un escrito de acusación que fue verbalizado por el fiscal que acudió al acto público práctica que se ha generalizado y que no corresponde con la esencia del sistema, por cuanto es una audiencia para comunicar al acusado la situación fáctica que se indica se adecua a una tipicidad, debería ser más explícita para el ciudadano convocado, sin embargo, dicho hábito no afecta el debido proceso por cuanto con la lectura se está cumpliendo con la naturaleza de la audiencia.

Debe la Sala indicar que no resulta un despropósito que se haya dejado tal constancia, por cuanto es el más claro resumen que el contenido de la acusación en sus componentes fácticos y jurídicos se encuentran en un documento que las partes tienen en su haber dado que se garantizó el traslado del mismo.

Es por lo que no resulta ni especulativo, ni será objeto de conjeturas, por cuanto para entender la acusación debe acudirse al escrito y comprender que se trata del evento uno que es el enrostrado al acusado SY, lo que está de acuerdo con la solicitud y decreto de las pruebas en la audiencia preparatoria, tomar una decisión distinta es como lo anuncio la defensa, conceder a la fiscalía para mejorar en detrimento de la defensa la acusación.

Es cierto que en fechas que fijó el Juzgado competente para adelantar la audiencia se anunció una posible modificación, la que debió

comunicarse al fiscal que actuó en reemplazo de la titular, que recordemos dice el acta se concedió la oportunidad como lo establece la ley procesal penal, y se señala que no hay modificaciones, pero esta eventualidad tampoco resulta en desmedro para el ente acusador, si lo pretendido es no acusar por un delito, la falta de prueba respecto del mismo le permite como parte de los alegatos de conclusión hacer tal solicitud que conforme a la prueba vertida puede reflejarse en la sentencia.

Para finalizar, se debe indicar que no es posible anunciar la afectación al principio de congruencia, por cuanto sus pilares son la formulación de acusación, la petición de condena en los alegatos de conclusión y la adecuación que hace el fallador en la sentencia, por tanto sin que haya una práctica probatoria y la definición de la situación jurídica del acusado no es posible anunciar la vulneración a principio tan fundamental, por ello se indicó que resultaba importante hasta este momento la formulación de imputación a efectos del principio de coherencia con la acusación presentada, que para el caso resulta acorde.

Ha señalado la jurisprudencia que la argumentación presentada para derribar la estructura procesal debe indicar que la irregularidad resulta trascendental, que el yerro existente impide continuar con el proceso penal, que debe ser sustancial y debe estar acompasada con el análisis de los principios orientadores de la misma, para el caso debe decirse que la solicitud no colma tales expectativas, no hay irregularidad relevante, el tema de cómo está compuesta la formulación de acusación puede verificarse con el escrito de acusación por ello tal irregularidad no logra adecuarse a los preceptos del artículo 457 del código adjetivo penal, no socava la estructura del debido proceso, como tampoco afecta el derecho de defensa de forma sustancial.

Como consecuencia de lo antes expuesto, se deberá revocar la decisión adoptada por el Juez Primero Penal del Circuito Especializado de Tumaco, adiada el 24 de agosto de 2021 que decreto la nulidad, para que continúe el trámite de este proceso que empezó desde el año 2017.

Se debe devolver la carpeta para que continúe el trámite del proceso penal.

III.- DECISIÓN

Por lo expresado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE:

1°. Revocar la decisión objeto del recurso de apelación contenida en el Auto de fecha 24 de agosto de 2021 emitida al inicio de la audiencia de juicio oral en este proceso penal que se adelanta en contra de Jorge Eduardo Solarte Yarpaz por los delitos de lavado de activos, fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos y concierto para delinquir agravado, conforme a las motivaciones de esta providencia.

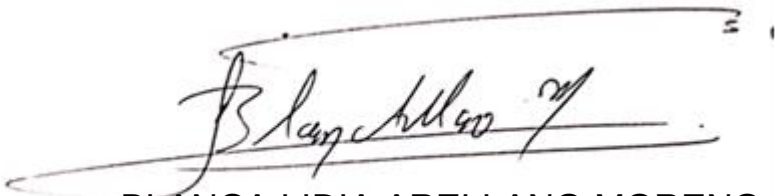
2°. Regresar la actuación para que continúe el trámite correspondiente por el juzgado de conocimiento.

3°. Esta providencia se notifica en estrados y se hace saber que contra ella no procede recurso alguno.

Notifíquese y Cúmplase,



HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado Ponente



3978

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada



SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario

REGISTRO DE PROYECTO No. 048

**EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS
FACULTADES LEGALES,**

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en el Acuerdo PCSJA20-11517 del 15 de marzo de 2020, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19, prorrogadas mediante acuerdos emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura, y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, en manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado en la acción de tutela de la referencia.

Pasto, 9 de marzo de 2022.



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario