

NULIDAD - Es aquella circunstancia que proviene de la “inidoneidad de un acto para cumplir su finalidad jurídica”.

NULIDADES – PRINCIPIOS QUE LAS RIGEN: No toda falla o equivocación del operador judicial conlleva de manera automática e irreflexible a la nulidad de una actuación; ello es así porque el instituto de las nulidades procesales constituye un mecanismo extremo con el cual se corrigen los yerros en el procedimiento que afectan las garantías fundamentales de las partes e intervinientes, y solamente puede ser decretado si se colman los presupuestos del principio de trascendencia, que a su vez impone la observancia de los principios de taxatividad, protección, convalidación, instrumentalidad y residualidad.

AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN – DESCUBRIMIENTO PROBATORIO: El juez velará porque este sea lo más completo posible.

No hay lugar a decretar la invalidez de lo actuado, al no avizorarse afectaciones del debido proceso por desconocimiento del principio de preclusividad de las audiencias, pues no obstante en la diligencia de formulación de acusación el funcionario judicial anterior no cumplió con el deber de velar porque se desarrolle de una manera correcta y completa el descubrimiento probatorio a cargo de la Fiscalía y no resolvió la solicitud del defensor, cerrando el acto público y de que en razón del principio de preclusividad de los actos procesales, la única forma que habilitaba al Juez para reabrir y recomponer el desarrollo de tal audiencia era a partir del decreto de una nulidad desde el momento en que se dispuso tal cierre, la decisión de otorgar el término de 3 días para que el ente acusador realice el descubrimiento probatorio completo, subsanó tal omisión; por tanto los predicados de los principios que rigen las nulidades, tales como el de instrumentalidad, trascendencia y residualidad, no se hallan colmados, en el sentido de que no se han vulnerado las formas propias del proceso como tampoco las garantías de los sujetos procesales, sumado a que el medio procesal utilizado por el Juzgador fue el remedio válidamente aplicado a la irregularidad detectada, no siendo entonces posible catalogar esa solución como inválida para el propósito que fue creada.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala de Decisión Penal

Magistrado Ponente	:	Franco Solarte Portilla
Asunto	:	Apelación Interlocutorio - SPA
Delito	:	Concierto para delinquir y otros
Acusados	:	VAML y HLZ
Radicación	:	520016000000-201700002 N.I. 21702
Aprobación	:	Acta No. 2019 – 081 (Mayo 29 de 2019)

San Juan de Pasto, junio cuatro de dos mil diecinueve

Objeto del Pronunciamiento

Resuelve el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el defensor que asiste los intereses de los procesados VAML y HLZ, contra el auto dictado el 8 de octubre de 2018 por el cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto, concedió un término adicional a la Fiscalía a fin de que realice el descubrimiento probatorio de los datos de identificación respecto de los testigos que se encuentran bajo reserva de identidad.

Antecedentes y actuación procesal relevante

Por la presunta comisión de los delitos de concierto para delinquir agravado, homicidio simple y porte ilegal de armas de fuego de uso personal, fueron acusados como coautores los señores VAML y HLZ; ello en virtud de haber sido identificados como miembros de la organización criminal “*Los Aguilillos*”, que de acuerdo a los resultados arrojados en la investigación delinque desde hace 8 años atrás por el sector norte del Departamento de Nariño, específicamente en los municipios de La Unión, La Cruz, San Pablo y Colón Génova.

Comoquiera que no se hizo expreso interés de someterse al trámite de la terminación temprana del proceso¹ y por oportuna presentación del escrito de

¹ Se conoce que las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 14 de diciembre de 2016 a cargo del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Unión, Nariño, diligencia en la que se legalizó la captura de los inculcados por orden judicial, se les formuló imputación por los delitos de concierto para delinquir con fines de extorsión y homicidio, homicidio simple y porte ilegal de armas de fuego de uso personal, cargos que no fueron aceptados por los encartados, imponiéndoles finalmente medida de aseguramiento preventiva en establecimiento carcelario.

acusación por la Fiscalía², el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto, designado para adelantar el juzgamiento, programó y llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación el 28 de junio de 2017, escenario en el que luego de efectuarse la oralidad de los cargos en contra de los prenombrados y realizado por la Fiscalía el descubrimiento probatorio, procedió la defensa a solicitar a la Juzgadora se exija al ente acusador *“se le descubra la identidad de las testigos que denomina con reserva de identidad”*³; ante ello la Fiscalía refirió mantener la reserva por cuanto se predicó la acreditación de la causal 4° del artículo 345 del Código de Procedimiento Penal, por el perjuicio que se puede ocasionar a otras investigaciones que están en curso contra terceros, relacionadas con la misma organización criminal a la que pertenecen los acusados, además de conocer de la alta capacidad que tienen para causar intimidación a los testigos; luego de eso la Funcionaria de instancia simplemente adujo que la oportunidad efectiva para determinar tales aspectos, como los relacionados con los testigos que asistirán al juicio oral es en la audiencia preparatoria, pronunciamiento con el que finalizó la diligencia pública.

Citadas las partes e intervinientes para adelantar la audiencia preparatoria el 8 de octubre del año pasado⁴ y habiéndose surtido cambio de titular en el Despacho Judicial, el Juez ahora encargado de la etapa de juzgamiento previo a desarrollar el objeto del acto público convocado⁵, manifestó que *“en tanto le mencionaron de manera extraprocesalmente las partes la necesidad de hacer unas solicitudes”*⁶, tuvo a bien concederles el uso de la palabra a fin de recordar lo acontecido en la diligencia anterior, en aras de verificar ciertas circunstancias ocurridas en ese acto, para luego tomar algunas

² El escrito de acusación se presentó el 17 de abril de 2017.

³ Audio audiencia de acusación, minuto: 47:49 a 48:00.

⁴ Según consta en los folios 31 y 32 del carpeta del Juzgado.

⁵ Tal como consta en el acta de audiencia preparatoria, a folios 33 a 36, ibidem.

⁶ Audio audiencia preparatoria, audio 2, minuto: 1:47 a 1:58.

determinaciones que a la postre generaron el alegato de alzada que ahora nos concita, tal como se pasa a detallar:

El delegado del ente acusador dio a conocer que en ese pasado acto judicial surgió una discusión en tanto el defensor solicitó ante la Juez que regentaba la audiencia, se le exija a la Fiscalía le dé a conocer los datos de identificación de los testigos que figuran bajo reserva de identidad, solicitud a la que no accedió advirtiendo que tal información se mantendría oculta en atención a lo previsto en la norma procesal; al respecto, mencionó que la susodicha pretensión no fue resuelta de fondo por la mentada Funcionaria, en tanto que se limitó a decir que ello se daría en la audiencia preparatoria; por tal razón consideró necesario que el ahora director de la diligencia pública, se pronuncie sobre ese tópico en aras de atender el equilibrio de las actuaciones.

Por su parte, el abogado Guillermo Edmundo Zarama, defensor de confianza de los acusados, inició relacionando ciertos acontecimientos ocurridos en el curso de la formulación de acusación, los que consideró irregulares y quebrantadores de los derechos de sus patrocinados; de igual modo recordó haber elevado la solicitud ya mencionada por la Fiscalía, empero afirmó que la misma no fue atendida por la Judicatura, dando por terminada la audiencia sin haberle resuelto su pedimento y sin otorgarle incluso la palabra para interponer recursos o en su defecto nulidad por el acto desplegado.

La providencia impugnada

Ante el panorama expuesto por las partes, el Juzgador consideró necesario hacer unas precisiones con el fin de sanear el asunto y corregir algunos

aspectos, para entonces tomar una decisión definitiva en el caso; fue así como sostuvo lo siguiente:

(i) Frente a la dinámica de la realización de la audiencia de formulación de acusación en lo que toca al traslado del escrito de esa naturaleza y el descubrimiento de los elementos materiales probatorios por parte de la Fiscalía a la Defensa, se puede predicar que si bien aquel se hizo tardío, finalmente se consolidó por la parte obligada, tal como lo corroboró el apoderado de los procesados; de ahí que no existe lesión alguna a los predicados establecidos en la ley para el efecto.

(ii) Luego, advirtió que en razón de las formas propias de la sistemática acusatoria y de cara al principio de publicidad, frente a la restricción al descubrimiento de prueba contenida en el artículo 345 numeral 4° del Código de Procedimiento Penal, dijo que: *“las argumentaciones al respecto no pueden ser vagas, genéricas, no pueden quedar volando en el ambiente y dejar la sensación a las partes procesales de que yo escondo lo que quiero porque a mí me parece, debe estar argumentado debidamente, soportado y establecido cuál es el perjuicio, grave e irremediable”*;⁷ circunstancias sobre las que consideró que la Fiscalía *“falló”*⁸.

Por lo tanto, expresó que *“subsannando la situación que se generó con la anterior Juez, se debe conceder el traslado y el descubrimiento total y completo toda vez que no se ha certificado de manera clara cuál es el perjuicio notable e irremediable que se causaría a las demás investigaciones que están en curso, como lo dije, no se trata simplemente de mencionar que otras investigaciones sino que se debe hacer la sustentación fundamentada de cuál es esta situación”*⁹; mostrándose para ello necesario que *“nuevamente*

⁷ Audiencia preparatoria, audio 2, minuto: 19:53 a 20:13.

⁸ *Ibidem*, minuto: 20:20.

⁹ *Ibid*, minuto: 21:06 a 21:33.

se utilice “el espacio de los 3 días de ley”¹⁰, para que se cumpla con ese cometido”.

(iii) De igual manera refirió que el levantar la indemnidad sobre esos datos de identificación de los testigos con reserva de identidad de la Fiscalía, dentro del término fijado, en nada afectaría el trámite subsiguiente del proceso, ya que a su parecer las declaraciones en general darán luces a la verdad dentro del asunto, mismas que a la postre serán sometidas a su práctica dentro del juicio para su contradicción y valoración, sin que con ello se afecten los derechos de las partes.

La sustentación del recurso y criterio de los no recurrentes

- **La defensa:**

El señor defensor de los intereses de los procesados argumentó que el Juzgador dando plena garantía a las partes, pretendió subsanar las irregularidades cometidas por su antecesora, no obstante, estableció que la normatividad procesal penal afianza en hombros de la Fiscalía la obligación de suministrar los datos generales y de ubicación de los testigos que pretenda hacer valer en juicio, en el escenario de la audiencia de acusación, pero el ente acusador en el caso en concreto los quiso mantener en reserva, generándose con ello una situación desventajosa para sus representados, ya que se desconoce quiénes serán las personas que van a declarar en su contra. Por ello en su sentir, el acusador dejó precluir el término con el que contaba para dar a conocer la información de los declarantes, dando paso con ello a la consecuencia jurídica de la exclusión de la solicitud probatoria.

¹⁰ *Ibíd*, minuto: 21:38.

Argumentó que la anterior Funcionaria no le brindó las garantías para apelar o plantear una nulidad en la oportunidad pasada, de ahí que agradeció que el nuevo Juzgador esté propendiendo por restablecer esos derechos; empero no compartió el hecho de que a la Fiscalía se le esté dando una nueva posibilidad para descubrir tal información, cuando bien se sabe que las etapas en el sistema procesal acusatorio son preclusivas y no permiten ese tipo de concesiones. Por ello finalizó solicitando se revoque la decisión asumida por el Juzgador de primer nivel.

- **Fiscalía**

Aclaró inicialmente que no es ese el momento procesal pertinente para solicitar exclusión o rechazo de los medios probatorios; de otro lado, dijo que la Judicatura ha sido garante al ordenar un nuevo término para develar la información requerida, ante el silencio suscitado por el Despacho en el tema de debate en el acto de la formulación de acusación; por lo tanto, acogiendo el criterio de la jurisprudencia en la materia¹¹, expresó que el descubrimiento probatorio extemporáneo de los EMP no acarrea nulidad siempre que se realice con suficiente antelación a la realización del juicio oral, tal como ocurre en el presente evento, ya que el apoderado judicial de los acusados contaría con bastante tiempo para preparar su esquema defensivo respecto de los testigos reprochados.

Consideraciones

¹¹ Para ello citó como precedente el siguiente: CSJ, AP5721-2015, Rad. 46571, 30 Sept 2015, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

Al deslindar las circunstancias de la materia objeto de alzada, observa el Tribunal que la temática en la cual deberá guiar los propósitos de esta instancia, se deben concentrar en la resolución del siguiente problema jurídico:

¿Fue correcta la decisión adoptada por el Juez de primer nivel al asumir una determinación relacionada con otorgar el término de 3 días para que el ente acusador realice el descubrimiento probatorio completo a la defensa, en lo que toca a las generales de ley de los testigos con reserva de identidad, bajo la consigna de subsanar las irregularidades cometidas por su antecesora en la precluida audiencia de formulación de acusación?

Con el fin de desatar el punto de censura planteado, sea lo primero recordar el concepto de proceso como una consecución de pasos concatenados y coordinados en el cual cada etapa es subsiguiente de la otra, es decir, se trata de una especie de rito que se rige bajo la fórmula de la relación antecedente – consecuente, que entraña que la existencia de un acto está supeditada y se explica en la medida en que viene otro que de aquél depende y así sucesivamente, formando una cadena, donde cada compartimento se erige como un eslabón que hace parte de un conjunto estructural y por lo tanto conforma el debido proceso, entendido éste como una garantía fundamental que a voces de la Carta Política¹², permite además la concreción de otras prerrogativas superiores tales como defensa, celeridad judicial, contradicción, doble instancia, entre otras, conforme a las que debe imperar la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, bajo la plena observancia de las formas propias de cada juicio en aplicación del principio de legalidad.

Por lo anterior resulta necesario hacer hincapié en la preclusividad de las etapas procesales, en tanto que de llegarse a alterar el curso normal de tales

¹² Artículo 29 debido proceso.

estadios se trastocaría el concepto previamente definido de proceso, ocasionando así un desorden judicial como la afrenta a las garantías fundamentales de los sujetos procesales e intervinientes, tal como lo explica la jurisprudencia del Tribunal de cierre en la materia:

*“En efecto el derecho al debido proceso además de ser una garantía encaminada a proteger a los intervinientes y en mayor grado al sujeto pasivo de la acción judicial penal, **encauza y delimita la acción de los funcionarios judiciales, pues sus actuaciones han de estar ajustadas a los parámetros legales.***

*Esa limitación también ha de ser predicable para las partes en la medida en que han de respetar las precisas etapas en que se surte el trámite irradiadas por un carácter preclusivo que impide retrotraer sin más la actuación, pues ellos deben cumplirse en el marco temporal previamente determinado, en una secuencia lógica, de ahí que una vez cumplidos no es dable su repetición debiéndose proseguir con el siguiente episodio. **No hay que olvidar que en el diligenciamiento los actos están concatenados, siendo unos presupuestos de otros.**”¹³. (Subrayado fuera de texto)*

De ahí que deba entenderse que la ejecución de un acto procesal previamente definido conserva la esencia del carácter preclusivo, razón suficiente para limitar las potestades judiciales, no siendo entonces susceptible de volverse a repetir, so pretexto de mejorarlo o completarlo, más aún cuando éste ya ha finiquitado, puesto que en virtud de la secuencia que se predica de cada acto no existe la posibilidad de retrotraerlos, salvo que se predique la presencia de una irregularidad que conlleve necesariamente a declarar la nulidad; al respecto la Corte Suprema de Justicia en decisión de antaño así lo preciso, siendo menester traerla a colación por su precisión en el tema:

*“5.- La preclusión de un acto procesal – ha dicho la Sala –**“significa que no es posible volver a realizarlo, así sea con el pretexto de mejorarlo o de integrarlo con elementos omitidos en la debida oportunidad, máxime si quien pretende renovarlo (juez) carece de competencia para hacerlo. El principio de preclusión, en la práctica,***

¹³ CSJ, Sentencia Rad. 23974, 18 marzo 2009, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

trata de evitar los retrocesos innecesarios, salvo la nulidad que tampoco podría asumirse como disculpa, pues sería ella una manera de disfrazar la violación de la regularidad procesal y el desbordamiento de las atribuciones constitucionales y legales de los respectivos órganos judiciales.”

En efecto, el debido proceso obedece a una sucesión ordenada y preclusiva de actos, que no son solamente pasos de simple trámite, sino verdaderos actos procesales, metodológicamente concatenados en orden a la obtención de su precisa finalidad, por lo tanto, obedece a unas reglas preestablecidas, las cuales de ninguna manera el arbitrio habrá de reemplazar, puesto que se han promulgado precisamente para limitar la actividad del juez y para preservar las garantías constitucionales que permitan un orden social justo.

(...)

*El juez, ante tales eventos, no es un espectador pasivo. Es, por excelencia, el director del juicio y de los debates en las diferentes oportunidades acotadas y ello le exige el deber de **“resolver los asuntos sometidos a su consideración, dentro de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional”**, como así perentoriamente se lo impone el artículo 142, ordinal 1º del nuevo Código de Procedimiento Penal. **Como bien se aprecia, esta facultad para dirigir el proceso, le exigen atención y cuidado, sin facultarlo para que a su arbitrio lo realice por fuera de la oportunidad legal, vale decir, luego de la preclusión de los actos procesales”**.¹⁴ (Resaltado de la Sala).*

Por consiguiente, ha de predicarse que la seguridad jurídica de las actuaciones viene precedida de su realización legal, por medio de la cual adquiere su consolidación o firmeza una vez ésta haya concluido para el fin que fue creada, motivos que entonces alejan cualquier posibilidad legal de revivirla; es por ello que bajo esa óptica se considera que el respeto del curso normal de la actuación procesal en materia penal está dirigida tanto a los sujetos intervinientes como a los jueces, so pena de correr el riesgo de que su desconocimiento despunte en la invalidación de lo actuado, ante la presencia de una irregularidad que genere la trascendencia necesaria y no se avizore forma distinta de corrección.

¹⁴ CSJ, Proceso Rad. 19960, 20 marzo 2003, M.P. Herman Galán Castellanos.

En este punto vale entonces recordar que “[E]n 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** regulados en la ley **procesal**, los cuales se integran como unidad dentro del marco de una secuencia lógica-jurídica (en la sistemática diseñada en la Ley 906 de 2004: imputación, acusación, audiencia preparatoria, juicio y sentencia).”¹⁵ (Resaltados originales).

Esa secuencia lógica referida al trámite procesal penal que nos rige se compone de dos etapas judiciales bien delimitadas, como son la de investigación y juicio; la primera, que comienza con la formulación de imputación y termina con la presentación del escrito de acusación, momento en el que inicia la fase del juzgamiento, la cual se desarrolla a través de las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y juicio oral, para finalmente dar lugar a la lectura de sentencia; en razón de esa estructura se puede definir que “cada etapa del proceso tiene una finalidad o teleología, de suerte que si a pesar de incurrirse en algún defecto, de todas maneras el acto procesal cumple con su objeto, no es posible descargar sobre el mismo la declaratoria de invalidez (nulidad).”¹⁶

Acorde con esos predicados el legislador ha establecido que los espacios relacionados con la formulación de acusación y la preparatoria están destinados, la primera de manera inicial a sanear el proceso respecto a situaciones que puedan perjudicar la buena marcha para adelantar el juzgamiento, así como también a velar porque se lleve de manera correcta el descubrimiento probatorio a cargo del ente acusador; y la segunda, en razón de verificar que se consolide adecuadamente el interés probatorio de cada

¹⁵ CSJ, Sentencia Rad. 34022, 8 junio 2011, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca,

¹⁶ Auto Interlocutorio Segunda Instancia SPA, Rad. NI 7794, 19 abril 2015, M.P. Silvio Castrillón Paz.

una de las partes, en el sentido de decretar las pruebas que finalmente deberán practicarse en el juicio oral y que servirán de base para sustentar las respectivas teorías del caso tanto para la Fiscalía como para la defensa.

Al tenor de lo anterior y en razón del interés del asunto que nos concita, no está de más traer a colación para un mayor entendimiento, jurisprudencia relacionada con la dinámica de la audiencia de formulación acusación, así:

“La audiencia de acusación, cuyo trámite se encuentra regulado en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, constituye, por antonomasia, el escenario propio para el saneamiento del juicio, pues convoca a la discusión sobre aspectos referentes a la competencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones al escrito de acusación, en relación con los requisitos previstos en el artículo 337 ibídem.

La importancia de esta audiencia que marca el derrotero de la pretensión acusatoria del Estado, es innegable, en tanto hito procesal complejo (escrito de acusación y la consecuente audiencia), precisa de la concreta y clara descripción fáctica y jurídica indispensables para el desarrollo del juicio.(CSJ SP 4323-2013, 16 abr.2015, rad. 44866).”¹⁷

En cuanto al descubrimiento probatorio a cargo de la Fiscalía en esa específica etapa, también la Corte Suprema de Justicia se refirió en estos términos:

“Sin duda alguna, el descubrimiento, como garantía fundamental dentro del proceso adversarial integrante del debido proceso probatorio, surge como obligatorio para la Fiscalía, con el anexo al escrito de acusación. Dice la pauta legal:

*«Artículo 337.- El escrito de acusación deberá contener:
5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener: (...).»*

(...)

Ya en la audiencia de formulación de acusación vuelve a darse un momento para que la Fiscalía realice descubrimiento probatorio

¹⁷ CSJ, AP2405-2018, Rad. 52651, 13 junio 2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

puesto que puede –entre otras cosas- según lo dispone el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, adicionar el escrito de acusación.

*También en sede de la citada vista, **la defensa realiza petición del revelamiento probatorio de lo enunciado en el listado adjunto presentado por la Fiscalía y es imperativo para el funcionario judicial velar porque sea completo.***¹⁸ (Negrillas nuestras).

Referentes que valga la pena resaltar han sido abiertamente acogidos por esta Corporación en una de sus providencias en pretérita oportunidad, que para el análisis del tema aviene ineludible referirla, así:

*“Cumplido este requisito formal, debe el Juez de Conocimiento señalar fecha, hora y lugar para la **Audiencia de Formulación de Acusación**. En este escenario es donde se presenta de manera oral o se verbaliza la acusación desde el punto de vista fáctico y jurídico, activándose también los mecanismos de defensa plena, porque hay lugar al descubrimiento de los elementos probatorios por parte de la Fiscalía. Es aquí donde nace la figura del Juez real o de conocimiento, con verdaderos poderes jurisdiccionales, al punto que ante él se discute la medida de la jurisdicción (conflicto de competencia), la capacidad moral de los intervinientes (impedimentos y recusaciones), **se realiza el saneamiento del proceso (resuelve nulidades), se discuten las observaciones al escrito de acusación y, sobre todo, controla y dinamiza todo lo relativo al descubrimiento material de los elementos probatorios por parte de la Fiscalía**, lo mismo que fija las pautas de aplicación para los casos de excepción. **En esta audiencia se decide lo sustancial del proceso y, se repite, se activa materialmente la defensa de una manera plena.**”¹⁹ (Énfasis del texto original).*

En consonancia con los preceptos mencionados, necesariamente debemos adentrándonos ahora al decurso procesal del caso en concreto, haciendo alusión al desarrollo de la audiencia de formulación de acusación que tuvo lugar el 28 de junio de 2018, en la que una vez la Fiscalía procedió a verbalizar los cargos en contra de los procesados y mencionar el descubrimiento probatorio, la defensa elevó como observación a la Judicatura se requiera al ente acusador para que le descubra los datos completos de los

¹⁸ CSJ, AP644-2017, Rad. 49183, 1° febrero 2017, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

¹⁹ Auto Interlocutorio Segunda Instancia – SPA, NI 7794, 7 abril 2016, M.P. Silvio Castrillón Paz.

testigos que denominó con reserva de identidad mencionados como prueba testimonial; empero, esta pretensión no fue valorada de fondo por la Funcionaria del momento, en tanto que únicamente expresó que *“efectivamente la oportunidad para de determinar los testigos que efectivamente (sic) asistirán al juicio será la audiencia preparatoria”*²⁰, intervención con la que dio por finalizado el acto público sin hacer alusión al tema específico, lo que condujo al actual Juez a tomar una decisión al respecto y adoptar a su parecer una medida de corrección, como fue la de habilitar un espacio para que se lleve a cabo tal revelación por la parte encargada para ello.

Al margen del reseñado acontecimiento, es preciso mencionar que lo ocurrido en la aludida diligencia guarda sin lugar a dudas un aspecto de importante relevancia jurídica, en tanto que sobresale la ausencia del deber que le asistía a la Judicatura de velar porque se desarrolle de una manera correcta y completa una de las fases del acto de acusación, como lo es el descubrimiento probatorio a cargo de la Fiscalía, en razón a que se infiere con claridad que erró la Funcionaria de entonces al trasladar la petición elevada por el apoderado de los acusados a otro escenario, es decir a la audiencia preparatoria, si en cuenta tenemos que el propósito que se buscaba correspondía a obtener información sobre los medios suasorios develados por el ente acusador, circunstancia que por disposición legal se encuentra reglada para ser resuelta en ese espacio procesal (formulación de acusación), tal como lo prevé el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, que a la letra dice:

“Artículo 344. Inicio del descubrimiento. Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien

²⁰ Audio audiencia de acusación, minuto: 57:17 a 57:30.

corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento.

La Fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado.

El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación.

Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.” (Negrillas de la Sala)

Como puede verse una conclusión al respecto permite establecer que efectivamente la Juez que regentó la audiencia de formulación de acusación tenía la obligación de responder a la exigencia transmitida por el defensor de confianza de los encartados, y sin embargo no lo hizo, desconociendo así las reglas del ordenamiento legal aplicable, si no se soslaya que la solicitud planteada estaba sujeta a la valoración de un aspecto relacionado con las posibles restricciones al descubrimiento de la prueba, tal como lo contempla el artículo 345 del Código de Procedimiento Penal²¹, tema que entonces merecía una referencia jurídica concreta, deber que se itera no se cumplió, dando luego paso a la culminación del acto procesal como en efecto ocurrió.

²¹ **ARTÍCULO 345. RESTRICCIONES AL DESCUBRIMIENTO DE PRUEBA.** Las partes no podrán ser obligadas a descubrir:// 1. Información sobre la cual alguna norma disponga su secreto, como las conversaciones del imputado con su abogado, entre otras.// 2. Información sobre hechos ajenos a la acusación, y, en particular, información relativa a hechos que por disposición legal o constitucional no pueden ser objeto de prueba.// 3. Apuntes personales, archivos o documentos que obren en poder de la Fiscalía o de la defensa y que formen parte de su trabajo preparatorio del caso, y cuando no se refieran a la manera como se condujo una entrevista o se realizó una deposición.// 4. Información cuyo descubrimiento genere un perjuicio notable para investigaciones en curso o posteriores.// 5. Información cuyo descubrimiento afecte la seguridad del Estado.(Resaltado de la Sala):

Ante esas circunstancias, viene a relucir de manera posterior la actuación ejercida por el Funcionario que ahora ocupa el cargo; en consecuencia para verificar si fue acertada o no la decisión adoptada por el Juzgador de primer nivel, es pertinente llevar a cabo las siguientes reflexiones:

(i) En primera medida se debe destacar que el sistema procesal ha depositado en el Juez de conocimiento el deber de examinar con juicio el devenir procesal de cada uno de los casos puestos a su consideración en razón de la relación antecedente – consecuente de los actos jurídicos de que se compone el proceso penal; es por ello que en la presente oportunidad considera la Sala que es de reprochar en el actuar del *a quo* el hecho de que haya dejado en evidencia que su proceder se debió a las circunstancias que “*extraprocesalmente*” conoció y no de aquellas relacionadas con el cumplimiento de su deber judicial, como es la revisión del caso, facultad a partir de la cual con claridad hubiera detectado la situación irregular ya conocida, para entonces de entrada sí asumir el remedio respectivo, siendo innecesario dar paso a que en la mentada diligencia se abra el debate para que las partes refieran solicitudes provenientes de la formulación de acusación y de las que el Funcionario dijo que tendrían que tomarse las decisiones correspondientes.

La anterior acotación se hace puesto que en razón del principio de preclusividad de los actos procesales, la única forma que habilitaba al Juez para reabrir y recomponer el desarrollo de la audiencia de formulación de acusación, era a partir del decreto de una nulidad acentuada en el momento en que se dispuso el cierre del acto público en cuestión, sin haber emitido pronunciamiento sobre la pretensión de la defensa; puesto que tal como lo predicen los referentes jurisprudenciales traídos a colación sobre el tema, se sabe que la garantía al debido proceso en razón de la sucesión ordenada y concatenada de los sucesos jurídicos ofrece una limitación al hecho de que el

juez no puede a su arbitrio realizar actividades por fuera de la oportunidad legal permitida, so pena de que se predique una irregularidad que tendría como efecto el desconocimiento de los principios y derechos que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional.

(ii) Con relación a esas circunstancias pasemos a determinar si del acto judicial ejecutado por el Juzgado de instancia se podría avizorar la presencia de una irregularidad que necesariamente conduzca al decreto de su invalidez, por afectar el debido proceso ante el posible desconocimiento del principio de preclusividad de las audiencias; para lo cual deberá afianzarse el Tribunal en los términos que ha bien a expuesto el alto Órgano de cierre en la materia para definir que la nulidad es aquella circunstancia que proviene de la **“inidoneidad de un acto para cumplir su finalidad jurídica”**.²² (Negrillas de la Sala).

Pues bien, si de decretar nulidades se trata, para efectos de rehacer un determinado acto jurídico, estas se predicen precisamente cuando se ha detectado la presencia de un yerro a través del cual se verifique que la actuación procesal se encuentre viciada por defectos sustanciales²³, ya sea porque afecten la estructura, por alteración del trámite procesal o porque se ha conculcado el derecho al debido proceso y, finalmente, por defectos en las garantías que quebrantan el derecho de defensa y eventualmente los derechos de las víctimas, aspectos estos que sin lugar a dudas darían paso a la existencia de una nulidad.

Sin embargo, también debe reconocerse que en la sistemática procesal penal no toda falla o equivocación del operador judicial conlleva de manera automática e irreflexible a la nulidad de una actuación; ello es así porque el

²² Cfr, CSJ, SP, del 15 de junio de 1981. MP. ALFONSO REYES ECHANDIA.

²³ CSJ, SP, Rad. 31675, 17 jun 2009, M.P. Alfredo Antonio Lozano Barrero.

instituto de las nulidades procesales constituye un mecanismo extremo con el cual se corrigen los yerros en el procedimiento que afectan las garantías fundamentales de las partes e intervinientes, y solamente puede ser decretado si se colman los presupuestos del principio de trascendencia, que a su vez impone la observancia de los principios de taxatividad, protección, convalidación, instrumentalidad y residualidad²⁴, que son definidos por la Corte Suprema de Justicia²⁵, como pasa a relacionarse:

*“Estos principios han sido definidos por la jurisprudencia de esta Sala, de la siguiente manera: **Taxatividad:** significa que solo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley. **Acreditación:** que quien la alega debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya. **Protección:** la nulidad no puede ser invocada por quien ha coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular. **Convalidación:** la nulidad puede enmendarse por el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado. **Instrumentalidad:** la nulidad no procede cuando el acto irregular ha cumplido la finalidad para la cual estaba destinado. **Trascendencia:** quien la alegue debe demostrar que afectó una garantía fundamental o desconoció las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento. **Residualidad:** solo procede cuando no existe otro medio procesal para subsanar el acto irregular²⁶.”*

(iii) De cara a los mencionados presupuestos diremos que a juicio de la Sala, si bien el Juzgador no decretó la nulidad como en efecto debía haberlo hecho, frente al antecedente ocurrido en la audiencia de acusación, no obstante lo que nos revela el audio de la diligencia es que por el contrario entró a dilucidar el aspecto que jurídicamente era relevante resolver dentro de ese espacio procesal, relacionado con el pronunciamiento y valoración de fondo de las razones que expuso la Fiscalía para sostenerse en su negativa respecto a no revelar los datos personales de los testigos con reserva de identidad que fueron descubiertos como parte de la prueba testimonial para sostener los cargos endilgados a los acusados, bajo el amparo de las

²⁴ CSJ SP, 13 mar 2013, Rad. 39.574.

²⁵ CSJ, AP2399-2017, Rad. 48965, 18 abril 2017, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

²⁶ CSJ SP, 25 mayo 2000, rad. 12781; AP, 9 jun. 2008, rad. 29092 y; SP, 3 feb. 2016, rad. 43356; entre otras.

restricciones de que habla el artículo 345 numeral 4° del Código de Procedimiento Penal.

Es entonces bajo ese evento fáctico acaecido en la audiencia de formulación de acusación que el Juez de primer nivel se enfocó a hacer unos razonamientos direccionados respecto al principio de publicidad, para luego dejar en claro que aquello que la ley previene como válido para mantener la reserva en el descubrimiento de la prueba, cuando se trata de “*información cuyo descubrimiento genere un perjuicio notable para investigaciones en curso o posteriores*”²⁷, incumbe a un criterio que debe sustentarse con argumentos sólidos en lo que toca al perjuicio notable e irremediable que se podría ocasionar al revelar determinada información, como sería para el caso los datos personales de los testigos con reserva de identidad, tarea que a juicio de la Judicatura la Fiscalía no la cumplió, o mejor “*falló*” al hacerla, ya que no referenció con claridad los fundamentos para ello, dando lugar a que se subsane tal omisión, ordenando específicamente el término o la oportunidad en que estaba obligado el ente acusador a trasladar tales registros a la defensa, con lo que quedaría completo el descubrimiento probatorio realizado en la aludida audiencia.

(iv) En ese orden de ideas diáfano resulta predicar que no existe motivo alguno para considerar la presencia de una nulidad en la actividad desplegada por el Juzgador, ya que aquello que debía corregirse del desarrollo de la mentada audiencia en efecto se llevó a cabo en la diligencia que tuvo lugar el 8 de octubre de 2018, de modo que acorde a los predicados de los principios que rigen las nulidades, el requisito de la *instrumentalidad*²⁸ no se halla colmado,

²⁷ Artículo 345 numeral 4° Ley 906 de 2004.

²⁸ Sobre este principio de las nulidades la Corte Suprema de justicia, en sentencia No. 32143 del 26 octubre de 2011, M.P. José Leonidas Bustos Martínez, dijo: “*no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad a que estaba destinado, pues lo importante no es que el acto procesal se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción, sino que a pesar de no cumplirlas estrictamente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la cual está destinado (instrumentalidad)*”.

si en cuenta se tiene que el acto que se presume irregular cumplió con la finalidad para la cual estaba destinado, es decir, se resolvió en derecho aquel reproche que en su momento elevó la defensa frente al descubrimiento probatorio de la Fiscalía; además, menos aún se encuentran satisfechos aspectos tales como la *trascendencia y residualidad*, en el sentido de que no se han vulnerado las formas propias del proceso como tampoco las garantías de los sujetos procesales, sumado a que el medio procesal utilizado por el Juzgador fue el remedio válidamente aplicado a la irregularidad detectada, no siendo entonces posible catalogar esa solución como inválida para el propósito que fue creada.

(v) Ahora entonces según se desprende de lo dicho, tampoco es posible hablar de la presencia de un perjuicio a los derechos procesales de la defensa, pues tal como se conoce del historial del asunto, fue a costa de este sujeto procesal que se instó en principio a la Judicatura para que se exigiera a la Fiscalía la revelación de una información que a su juicio era importante para desencadenar sus actos defensivos a favor de sus representados, pretensión que al no ser valorada en su momento, generó la posterior intervención del Juez de conocimiento actual en los términos ya conocidos dentro de esta providencia, lo que de suyo entonces desvirtúa desde cualquier punto de vista que se esté ampliando un término procesal para realizar el acto del descubrimiento probatorio, cuando en realidad este nunca se habilitó o consolidó.

En ese orden de ideas, no es de recibo que ante esta instancia el apoderado de la defensa pretenda beneficiarse de aquel error, cuando justamente es a partir de su propio interés que el Juzgado de conocimiento debió culminar el acto procesal que de manera indebida fue cerrado por quien regentó la cuestionada audiencia de formulación de acusación, pues es a partir de esa

misma situación que se ratifica la ausencia de una invalidación de la actuado ante la convalidación de la misma parte en el acto gestado.

De igual modo se desvirtúa cualquier posibilidad de afectación de las prerrogativas que ahora reclama el representante de los intereses de los acusados, en el sentido de que aún le queda a éste la oportunidad de alegar, si bien lo considera pertinente, el tema referido al oportuno o no descubrimiento probatorio de la Fiscalía en el siguiente escenario procesal diseñado por el legislador, como es la audiencia preparatoria, ya que precisamente en esa etapa se podrá consolidar las pretensiones de pruebas de cada una de las partes para ser practicadas en el juicio oral, con lo que se configura que los derechos de los encartados no han sido desconocidos ni muchos menos restringidos con la decisión asumida por el Juez de primer nivel hoy sujeta a contradicción.

Basten por lo tanto los argumentos esgrimidos como suficientes para que la Sala determine en esta oportunidad confirmar la decisión proferida por el Funcionario de primera instancia.

Decisión

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

Resuelve

Confirmar la decisión objeto de recurso de alzada.

Se notifica en estrados y se hace saber que contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese y cúmplase,

Franco Solarte Portilla

Magistrado

Héctor Roveiro Agredo León

Magistrado

Blanca Lidia Arellano Moreno

Magistrada

Miguel Ángel Sánchez Acosta

Secretario