

NULIDADES - La posibilidad de que pueda fustigarse con nulidad una actuación pasa primeramente por verificar que en efecto se haya configurado vicio, irregularidad o yerro alguno.

AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN – NULIDADES: Las nulidades que pueden invocarse en esta audiencia estriban en posibles yerros sobre aspectos procesales previos que confluyeron en la construcción del escrito acusatorio, pero no del escrito mismo.

PREACUERDOS – Su celebración determina la suspensión de los términos procesales, los cuales se restablecerán en caso de que sea improbadado el convenio.

PREACUERDOS – La suspensión de los términos procesales opera para los casos de improbación del preacuerdo, no para el retiro.

PREACUERDOS – RETRACTACIÓN: En la terminación anticipada y consensuada del proceso la intervención del encausado debe ser directa, no solamente para la aceptación de responsabilidad penal sino también cuando esa misma admisión se declina; no basta con una manifestación que en ese sentido eleve el defensor, se demanda de la expresión propia del procesado.

AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN – NULIDAD: No se configura.

No hay lugar a decretar la nulidad de la actuación a partir del escrito de acusación solicitada por la defensa, alegando que tal documento fue presentado de manera extemporánea, por cuanto al haberse elevado, ante el despacho fiscal, solicitud de retiro del preacuerdo únicamente por el defensor, siendo que este derecho solamente lo puede ejercer el procesado en forma directa, el convenio suscrito se encontraba en pie y suspendidos los términos procesales, por lo cual la Fiscalía no estaba obligada a presentar un nuevo escrito de acusación, siendo lo procedente, como en efecto ocurrió, esperar a que el acusado realizara la refrendación de la declinación al preacuerdo y que esto fuera corroborado por la Judicatura, momento en el cual se reanudaron los términos para presentar el escrito de acusación, lo que se hizo dentro del término legal, estando el titular del ente instructor investido de la competencia para ello; verificándose por tanto, que no existió una irregularidad procesal antecesora a la presentación del escrito de acusación.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala de Decisión Penal

Magistrado Ponente :	Franco Solarte Portilla
Asunto :	Apelación auto interlocutorio que niega nulidad
Delitos :	Concierto para delinquir agravado y tráfico de estupefacientes agravado
Acusados :	RZM
Radicación :	1100160000982014002101 NI 10864

Aprobación : Acta No. 2020-001 (enero 13 de 2020)

San Juan de Pasto, enero dieciséis de dos mil veinte

Objeto del Pronunciamiento

Decide la Sala la apelación propuesta por la defensa del señor RZM, en contra del auto dictado por el titular del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Tumaco el día 15 de noviembre de 2019 en curso de la audiencia de formulación de acusación, mediante el cual negó la solicitud de nulidad elevada por dicho sujeto procesal dentro del proceso que por unos punibles de concierto para delinquir agravado y tráfico de estupefacientes agravado se adelanta en contra del referido ciudadano.

Resumen de los hechos jurídicamente relevantes y de la actuación surtida

Los hechos por los que la Fiscalía acusa al señor RZM se contraen a lo acaecido en el mes de marzo de 2014, cuando gracias al intercambio de información entre organismos gubernamentales nacionales y la Agencia del FBI en Colombia pudo conocerse de la existencia de una estructura criminal compleja dedicada al narcotráfico transnacional, de la que el mencionado individuo haría parte como encargado de coordinar y verificar el camuflaje de la sustancia estupefaciente (cocaína) comercializada, el traslado desde y hacia el lugar donde se almacena y el ingreso al puerto de Tumaco por donde sale a varios países de Centroamérica y EE.UU.

Por tales sucesos, el 24 de septiembre de 2018 ante el Juzgado 14 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali se llevó a cabo audiencia de legalización de captura con orden judicial, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra del referido ciudadano, siendo imputada la coautoría de los delitos de concierto para delinquir con fines de narcotráfico y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado bajo el verbo rector transportar, además de que se hiciera pesar en su contra detención preventiva carcelaria.

Pese a que el actor no aceptó los cargos atribuidos, el 10 de octubre de 2018 suscribió un preacuerdo con la Fiscalía 14 DECN con sede en la ciudad de Bogotá, cuyo conocimiento finalmente el 23 de mayo del 2019 fue asignado al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tumaco, sin embargo, en audiencia destinada para la verificación del convenio del 12 de agosto se hizo conocer que quien fungiera para esa época como defensor del acusado radicó un memorial retirando el preacuerdo firmado, recogimiento que fue refrendado por el procesado en dicha diligencia; de ese modo, la Judicatura dispuso dar continuidad a la audiencia de formulación de acusación, que a la postre después de dos intentos se instaló el día 15 de octubre del año 2019, cuando el defensor del encartado alegara la configuración de una causal de nulidad.

Para iniciar su argumentación, el togado postuló que la Fiscalía presentó a destiempo el escrito de acusación en contra de su prohijado, 12 meses después de que se retirara el preacuerdo, de ahí que para la fecha cuando lo hizo la señora Fiscal ya había perdido competencia, y eso, ventiló, constituye una causal de nulidad, no solamente porque se desconociera el término consagrado en el artículo 294 procedimental penal, sino porque ello significó que no se pudieran aprehender con oportunidad los elementos materiales

probatorios de cargo, y de contera, que no se pudiera ejercer en ese lapso el derecho constitucional de defensa.

A su turno, la Fiscalía y la representación del Ministerio Público delataron que el defensor recusó a la titular del ente persecutor por iguales motivos a los que ahora esboza en la petición de nulidad, recusación que fue resuelta por el superior jerárquico de aquella declarándola infundada, y advirtieron que la renuncia al preacuerdo por parte del procesado se hizo el 12 de agosto de 2019, pese a lo cual posteriormente el abogado que en la actualidad representa sus intereses intentó buscar alternativas para la suscripción de uno nuevo, siendo entonces que no hay ningún motivo de nulidad que pueda alegarse.

La Judicatura como se rememora a continuación no accedió al pedido.

La providencia impugnada

Frente al pedimento, el Juez singular rememoró que ciertamente existió un trámite al interior de la Fiscalía ante la recusación presentada por el solicitante, misma que ya se ha absuelto (y cuya parte resolutive ha sido verbalizada en audiencia para el conocimiento de los asistentes). Con eso, destacó que a voces de lo normado en el artículo 63 del Código de Procedimiento Penal el Despacho citó a la celebración de la audiencia pública, comoquiera que la existencia de una recusación no suspende la actuación, y por ello preceptuó que no se ha producido un yerro que signifique un perjuicio para el procesado.

Pasó a explicar luego que el 12 de agosto de 2019 la Fiscalía presentó el escrito de acusación, lo que no obedeció al capricho de ese sujeto procesal,

pues antes existía un preacuerdo y una manifestación de retractación suscrita por el anterior abogado del procesado que debió ser revalidada por éste justamente en esa fecha, y sugirió que inclusive de estar frente a un vicio procesal, no daba lugar a la declaratoria de nulidad sino a una eventual falta disciplinaria.

La apelación

La defensa del encausado discrepó de la decisión emitida, cuya revocatoria propulsó. Insistió el censor que hay una nulidad en el proceso que debe decretarse desde la presentación del escrito de acusación, comoquiera que dicho documento haya sido presentado por la Fiscalía de manera extemporánea, lo que tradujo que durante el interregno se haya trabado el ejercicio del derecho de defensa por cuenta de que no se conocieran los elementos materiales probatorios de la incriminación.

Aludió que el anterior representante judicial del procesado presentó ante la Fiscalía un escrito de desistimiento del preacuerdo el 28 de octubre de 2018, luego, inmediatamente a ese conocimiento debía el instructor radicar la acusación, porque desde el acto de declinación se restablecieron los términos procesales, pero contrario a eso la persecutora solamente allegó la acusación 10 meses después, cuando es que no se necesitaba que el desistimiento estuviera firmado por el procesado y su abogado a la vez, porque bastaba la manifestación de uno de ellos.

Razonó que el proceder de la Fiscalía en cuanto no informó oportunamente al Juez del retiro del preacuerdo hizo creer en la autoridad judicial que los términos estaban suspendidos, cosa que no era así desde mucho tiempo atrás; además señaló que recusó por ese motivo a la señora Fiscal pero desconoce hasta ahora el contenido de la respuesta a la recusación.

Los no recurrentes

La Fiscalía se pronunció en favor de la confirmación de la decisión de primer nivel. Para eso añadió que después de informado por el anterior defensor del señor ZM el retiro del preacuerdo, el togado regente intentó que se llegara a un nuevo consenso con la disminución de la pena en relación con la cantidad que antiguamente había sido pactada, lo que fuera declinado por no tener respaldo legal. Reseñó que con todo el llamado a retractarse del preacuerdo es el encartado y no el defensor, que no hay nulidad alguna que deba ser saneada y que si es del caso el jurista puede acudir ante juez de control de garantías en pro de la libertad por vencimiento de términos del imputado.

A ese mismo estilo el agente del Ministerio Público destacó que no hay nulidad por decretarse y que existen otras vías procesales que pudieran seguirse, además de la aducida por la señora Fiscal, como una investigación disciplinaria.

Consideraciones para resolver

Establecida la competencia de este Tribunal para conocer del presente asunto conforme el artículo 34 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal, es del caso que se resuelva el siguiente problema jurídico:

¿El procedimiento que viene suscitándose en el sub lite está viciado de nulidad por cuenta de que la Fiscalía radicada no presentara escrito de

acusación en contra del señor RZM inmediatamente a que conociera del retiro del preacuerdo elevado por su defensor, sino solamente cuando aquel refrendó su deseo de no consensuar su aceptación de responsabilidad, ni informara de dicho acontecimiento al Fallador encargado del juzgamiento?

Como un acercamiento al instituto de la nulidad, debe decirse que es concebido como un mecanismo extremo con el cual se corrigen las falencias en el trámite que afectan las garantías fundamentales de las partes e intervinientes o que ultrajan las bases fundantes del proceso, empero, en su naturaleza está que no toda falla o equivocación del operador judicial en el proceso conlleva de manera automática e irreflexible a la nulidad de la actuación, lo que solamente sucederá si se colma una serie de principios que son de la esencia de esta figura: hablese de los axiomas de trascendencia, taxatividad, protección, convalidación, instrumentalidad y residualidad.¹

Si bien no existe norma en la Ley 906 de 2004 que prevea de manera expresa dichos principios, en el procesamiento penal más reciente siguen vigentes tras la aplicación de los lineamientos normativos de la Ley 600 de 2000 por integración y porque además pertenecen a la teoría general del proceso penal.

Para hacer hincapié en esas máximas, el de trascendencia impone en quien alegue la nulidad la obligación de documentar que el vicio trastoca las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación o del juzgamiento; el de protección veta su invocación al sujeto que originó la configuración de la causal, salvo en el caso de la ausencia de defensa técnica; el de convalidación manda que la irregularidad puede aceptarse con el consentimiento expreso o tácito del

¹ CSJ SP, 13 mar 2013, Rad. 39.574.

perjudicado siempre que se hayan observado las garantías fundamentales; el de instrumentalidad estriba en el hecho de que las formas no son un fin en sí mismo, de ahí que siempre que se cumpla con el propósito que la regla del procedimiento pretendía proteger no habrá lugar a la declaratoria de nulidad; mientras que el apotegma de residualidad indica que el decreto de nulidad debe ser el único remedio procesal para superar el yerro detectado.²

Lo anterior entonces supone una carga para quien invoca la nulidad: *“tiene el deber de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que se afectaron de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o fueron socavadas las bases fundamentales del proceso”*³, ello a la luz de los principios antedichos, que son concurrentes o lo que es lo mismo que tienen un carácter acumulativo y no alternativo, de manera que la inobservancia de algunos de ellos comporta la inadmisibilidad del reproche por nulidad⁴.

Pues bien, para la Fiscalía, el Ministerio Público y la defensa el artículo 339 de ese estatuto procesal penal prevé un espacio en el que pueden expresar oralmente, además de las causales de incompetencia, impedimentos y recusaciones, hipótesis de **nulidad**, si las hubiere, momento que precede al de las observaciones al escrito de acusación, que se gesta al inicio de la audiencia de formulación de acusación, eso, entre otros actos procesales.

Debe decirse con todo, que las posibilidades de las partes en la proposición de nulidades en ese estadio procesal son limitadas y tienen como norte enderezar el trámite del proceso. Tiene la audiencia de formulación de acusación el objetivo de sanear el proceso en relación con el juez, en aras de

² CSJ AP, 18 jun 2019, Rad. 48.773.

³ CSJ SP, 28 oct 2016, Rad. 44.124.

⁴ CSJ AP, 26 jun 2019, Rad. 50.210.

salvaguardar que sea el funcionario el natural e imparcial para la causa, como con la estructura procesal, para que se verifique la satisfacción de los elementos fundamentales del escrito de acusación de que trata el artículo 337 *ibidem*, en tanto ese acto de parte es presupuesto indispensable para la activación del juicio y a la postre para la construcción de la sentencia.

Ergo, las nulidades que pueden formularse se circunscriben a las probables irregularidades que perturben la estructura del proceso a partir del cuestionamiento de alguno de los elementos constitutivos del escrito de acusación⁵; se refiere entonces a aspectos procesales precedentes que pueden estar manchados de nulidad por afectación al debido proceso y que sirven de soporte a la pretensión acusatoria de la Fiscalía. En efecto, así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia. Veamos:

“Por manera que el alcance de aquella alusión apunta a que aspectos previos que confluieron a la construcción del escrito acusatorio pueden estar viciados de nulidad, pero no el escrito mismo, conclusión que se ratifica cuando con posterioridad la Corte ha insistido en que en la audiencia de formulación acusatoria puede postularse la invalidación de lo actuado, por ejemplo en la fase de investigación previa (sentencia del 25 de agosto de 2010, radicado 32.865).

Si ello sucede, esto es, si se decreta la nulidad de la actuación previa al escrito de acusación, surge evidente que este queda sin piso, pues un requisito necesario para que el Fiscal pueda impulsar un juicio con ese documento es que la actuación previa, como la formulación de imputación, se haya cumplido con el respeto irrestricto a las formas propias de un proceso como es debido.

Cabe precisar que la invalidación de que se trata no puede obedecer al acopio ilegal de elementos de prueba, como que en tal supuesto la queja, que debe presentarse en la instancia procesal oportuna, debe apuntar al cuestionamiento de la prueba misma, sin que las irregularidades cometidas en el recaudo de esta necesariamente afecten de nulidad el procedimiento.

En ese contexto, las nulidades de que se trata se quedarían para supuestos tales como, por vía de simples ejemplos, que no se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación, o que no se vinculó legalmente al sindicado, bien en forma presencial en la

⁵ CSJ SP, 24 ago 2009, Rad. 31.900

audiencia de imputación o por contumacia, o que no existe escrito acusatorio.⁶ (Negrillas fuera del texto original).

Así las cosas, si la petición de nulidad no se funda en cuestionamientos realizados a alguno de los aspectos constitutivos del escrito de acusación, o no logra evidenciar la trascendencia que tiene la misma dentro del proceso, el resultado lógico es la negación de la petición⁷.

En esta materia, cabe reiterar una concepción de viejo entendimiento. Los actos de partes, como uno de ellos es sin duda el escrito de acusación, no son susceptibles de nulidad por tratarse de meras postulaciones sin carácter vinculante, a diferencia de los actos jurisdiccionales, que cuando tienen la potencialidad de afectar garantías fundamentales pueden corregirse a través de la anulación si no existe otra forma menos drástica de sanear el vicio de trámite o de garantía suscitado. A partir de esa digresión es lo cierto que un ataque por vía de nulidad que se pose como tal en contra del escrito de acusación presentado por la Fiscalía no es procedente, sino cuando se trata de irregularidades procesales antecesoras a su formación, pero no del escrito mismo.

“3.- Ahora bien, sabiéndose que el escrito de acusación no es susceptible de nulidad y que solo en caso de cuestionamiento razonable y fundado puede ordenar el juez a la fiscalía que en un plano meramente formal lo aclare, adicione o corrija “de inmediato”, tal cual lo precisa el artículo 339 del C. de P.P., no cabe duda que un pedido ajeno a estos lineamientos deviene manifiestamente improcedente, motivo por el cual el juez de conocimiento está habilitado para rechazarlo de plano.

Este tipo de correctivos, es decir, la inadmisión o el rechazo de plano de pretensiones de nulidad del escrito de acusación es factible cuando por ejemplo, como suele suceder, se controvierte: (i) la configuración de los hechos objeto de investigación (imputación fáctica); (ii) la adecuación jurídica de esos supuestos fácticos; y (iii) los fundamentos

⁶ CSJ SP, 21 mar 2012, Rad. 38256.

⁷ CSJ AP, 9 nov 2016, Rad. 47562.

probatorios (existencia de elementos materiales probatorios y evidencia).”⁸

Para avanzar en la resolución del problema jurídico, pasemos a otro tema. El artículo 175 de la Ley 906 de 2004 contempla que la Fiscalía dispone de un término de 90 días para formular acusación o solicitar la preclusión contados desde el día siguiente de formulada la imputación, término que será de 120 días cuando se presente concurso de delitos, cuando sean 3 o más los imputados o cuando se trate de delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, como es del caso decirlo aquí (porque se está en presencia de unos reatos de concierto para delinquir agravado según el inciso 2o. del artículo 340 del Código Penal y tráfico de estupefacientes agravado conforme el numeral 3 del artículo 384 de la misma obra).

En concordancia con esa norma el artículo 294 regenta también que agotados esos lapsos el fiscal deberá solicitar la preclusión o formular la acusación ante el juez de conocimiento. De no hacerlo perderá competencia para seguir actuando, de lo cual informará inmediatamente a su respectivo superior, y en ese evento, el superior designará un nuevo fiscal, quien deberá adoptar la decisión que corresponda en el término de 60 días, contados a partir del momento en que se le asigne el caso, que será de 90 días en cualquiera de las tres hipótesis enunciadas arriba.

A la par de esa disposición hay que traer a colación otra: el artículo 317 que regula las causales de libertad y señala que ésta se cumplirá de inmediato, entre otros motivos, cuando transcurridos 60 días (o 120 para procesos que se surtan ante la justicia penal especializada) contados a partir de la fecha de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294 del Código de

⁸ CSJ AP, 23 may 2018, Rad. 51959.

Procedimiento Penal; sin embargo, ese es un término que se restablecerá cuando hubiere improbación de la aceptación de cargos, de los preacuerdos o de la aplicación del principio de oportunidad.

Si bien el precepto aludido hace relación con las hipótesis en que procede la libertad del procesado por el vencimiento de los términos judiciales, es de imprescindible estudio en tanto contempla en sí mismo una consecuencia procesal, cual es que presentado el escrito de preacuerdo los términos procesales a que haya lugar contar se suspenden, y solamente se restablecerán hasta cuando se suscite el acto de verificación de sometimiento a derecho del consenso y no sea aprobado por el juez. Así ha sido leído por la Corte Suprema de Justicia como se cita a continuación:

“El párrafo del artículo 317 de la Ley 906 de 2004, modificado por las Leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011, establecía para la época de los hechos que:

En los numerales 4 y 5 se restablecerán los términos cuando hubiere improbación de la aceptación de cargos, de los preacuerdos o de la aplicación del principio de oportunidad.

El tenor del precepto permite inferir sin mayores esfuerzos intelectivos que la celebración de un preacuerdo suspende los términos procesales de que tratan los numerales 4º y 5º, pues no de otra forma se entendería que, de resultar improbada la negociación, aquéllos se reestablezcan. No puede reestablecerse lo que nunca se ha visto detenido o interrumpido.

Aún de admitirse, en gracia de discusión, que el contenido objetivo del aludido párrafo permite una lectura diversa a la recién expuesta, es claro que ya para junio de 2013, fecha en la cual el procesado profirió el auto censurado, **esta Sala había precisado en distintas ocasiones el alcance de la previsión subrayada, explicando con total claridad que la celebración de un preacuerdo entre la persona investigada y la Fiscalía determina la suspensión de los términos procesales.**

Así, en decisión de 6 de agosto de 2010, se indicó:

A su turno, suscribió el 4 de julio de 2007 un preacuerdo con un representante de la Fiscalía General de la Nación en aras de llegar a la

terminación anormal del proceso con base en la negociación de su responsabilidad, evento que, como se desprende del párrafo del artículo 317 de la Ley 906 de 2004, suspende los términos, los cuales se restablecen en los casos en que sea improbadado el convenio, situación que no ha sido apreciada en su verdadera dimensión por el accionante⁹.¹⁰ (Negrillas fuera del texto original)

Pero para hablar con precisión, la no aprobación del preacuerdo que allí se hace referencia no puede equiparse al retiro del mismo ni a su desistimiento. Lo primero tiene que ver con el rechazo que hace el juez de conocimiento del preacuerdo una vez revisa su legalidad al concluir que no consulta los parámetros que rigen su elaboración o porque vulnera garantías fundamentales; lo segundo y tercero, al acto unilateral de los sujetos procesales facultados en cuanto están para no continuar con el convenio en el que no media el examen cognoscitivo de la autoridad judicial.

Por ello, en principio la suspensión de los términos procesales a que hace referencia la norma citada opera para los casos de improbación del preacuerdo, pero no para el retiro, de ahí que en esas circunstancias ha reconocido la alta Corte que no aplica la normativa atinente a la suspensión de los términos, porque con el retiro desaparece el supuesto jurídico, que no es otro que la existencia de un preacuerdo que habilitaba obviar el cómputo de los mismos. Empero, hay que precisar que los casos en los que se ha elevado esa hermenéutica se circunscriben a aquellos en los que la Fiscalía como un acto propio realiza dicho retiro¹¹, no cuando lo hace el procesado.

A propósito de situaciones como la petición de retiro del preacuerdo elevada por la antigua defensa del encausado y la posterior retractación del convenio por parte de éste, el derecho de defensa técnica y material constituye un todo

⁹ CSJ AHP, 6 ago. 2010, Rad. 34727. Así mismo, CSJ AHP, 20 oct. 2008, rad. 30679.

¹⁰ CSJ SP, 16 may 2018. Rad. 52545.

¹¹ CSJ AHP, 28 nov 2018, Rad. 54276.

o una unidad que comprende la actividad concurrente de ambos sujetos procesales (el procesado y su defensor), quienes gozan de amplias facultades para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva, solicitar pruebas, controvertir las que se alleguen, presentar alegaciones, interponer recursos, etc., sin embargo, no siempre el desarrollo de tales atribuciones suele ser coincidente para ambos, porque en relación con ciertas actuaciones solamente el encartado puede ejercer en forma directa su derecho, mientras que para otras prevalecen los criterios del defensor cuando hay discrepancia en sus criterios.

Una de aquellas materias en las que es imprescindible el ejercicio directo de las actuaciones por parte del procesado es la que tiene que ver con la terminación anticipada del proceso. Fe de ello es que la posibilidad de suscribir preacuerdos, los artículos 348 y siguientes de la Ley 906 de 2004 la afincan en la Fiscalía y el acusado o imputado únicamente, labor en la que al defensor le asigna una función de interlocución y desde luego de asistencia al encartado, pero siempre reconociendo que la facultad de renunciar a un juicio público y concentrado es del sujeto pasivo del proceso penal.

Pero más revelador se ofrece que el propio artículo 354 de dicho estatuto contempla que, aunque se consideran *“inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor. Prevalecerá lo que decida el imputado o acusado en caso de discrepancia con su defensor, de lo cual quedará constancia”*, además de que en la audiencia destinada a la verificación del preacuerdo y la lectura de sentencia *“si la índole de los acuerdos permite la rápida adopción de la sentencia, se citará a audiencia para su proferimiento en la cual brevemente la Fiscalía y el imputado podrán hacer las manifestaciones que crean convenientes”*.

A instancias de lo citado de forma diáfana figura que para tópicos como la terminación anticipada y consensuada del proceso la intervención del encausado debe ser directa, no solamente para la aceptación de responsabilidad penal sino también cuando esa misma admisión se declina, de ahí que no basta con una manifestación que en ese sentido eleve el defensor del procesado, se demanda de la expresión propia de éste.

La razón de ello además de encontrarse en la disposición de que trata el artículo 354 procesal (para el que la discrepancia sobre los criterios que sostengan encartado y su defensor se resuelve prefiriendo lo que decida el primero) se halla también en que así como la posibilidad de aceptar la responsabilidad penal enrostrada es del procesado, la de retractación de esa admisión en los escenarios procesales en que es plausible es de ese sujeto procesal y de la Fiscalía según está establecido en el artículo 293, no para el defensor. En demostración citemos lo siguiente:

“Ello para significar que de la sola lectura del inciso segundo del artículo 293 citado se desprende claramente su esencia y finalidad, desde luego encaminada a permitir que el Fiscal o el procesado, motu proprio, se retracten de lo firmado.

(...)

De lo transcrito fácil se concluye que es posible la retractación del preacuerdo, sin ninguna cortapisa o limitación, siempre y cuando ese retracto opere antes de que el juez de conocimiento verifique que se trató de una aceptación de responsabilidad penal libre, consciente, voluntaria, completamente informada y con presencia del apoderado del imputado, en remisión que necesariamente debe hacerse a lo establecido en el artículo 131 de la Ley 906 de 2004.

Ahora, si eso específicamente dice la norma y no es posible aventurar cualesquiera otras interpretaciones que, por lo demás, cercenan un derecho objetivo concedido al imputado, pero que, de igual manera, cobija a la Fiscalía –se repite, la norma habla de “alguno de los intervinientes” en el preacuerdo-, no puede acudirse a argumentos principialísticos referidos a deberes de lealtad o seriedad, ni mucho menos a otros de corte pragmático, para hacer decir a la norma lo que no dice, desnaturalizando completamente su esencia y finalidad.

Entiende la Sala, dejando de lado el argumento exegético, que efectivamente el legislador quiso, y así lo plasmó en la norma, permitir del imputado y la Fiscalía desdecirse de lo inicialmente negociado, ora porque aquel advierte que lo tentativamente firmado puede representar menoscabo para sus intereses, ya en atención a que esta advierta afectación de las finalidades insertas en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004.”¹²

Siendo suficientes esas consideraciones teóricas, es oportuno ya aterrizar al caso concreto. Se recordará entonces que el defensor del encartado propuso la declaratoria de una nulidad a partir del escrito de acusación arrimado por la Fiscalía merced a que dicho documento fue presentado por fuera de los términos procesales previstos en el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal; dicha situación a su turno acaecida por cuenta de que aunque desde el mes de octubre de 2018 el anterior togado que agenciaba los derechos del procesado deprecó por el retiro del preacuerdo otrora suscrito, la instructora no radicó inmediatamente la acusación, sino que ello sucedió solamente en audiencia del 12 de agosto de 2019, una vez que la Judicatura corroborara que era deseo del señor ZM deshacer el convenio.

De lo que viene siendo expuesto con amplitud, las nulidades que pueden invocarse en la audiencia de formulación de acusación estriban en posibles yerros sobre aspectos procesales previos que confluyeron en la construcción del escrito acusatorio, pero no del escrito mismo, pues de ser así el cargo de nulidad no sería ni siquiera procedente entablarlo. En el *sub lite* aunque el censor pregonara la nulidad desde el escrito de acusación, lo cierto es que de su argumentación puede comprenderse que los dislates procesales los deriva desde momentos previos a ese acto de parte, circunscritos a que para cuando la persecutora lo presentara ya no estaba investida de la competencia para hacerlo, por haberla perdido por el agotamiento del término señalado en el artículo 294, por eso no cabía el rechazo de plano de la solicitud.

¹² CSJ STP, 21 mar 2012, Rad. 38500.

Dicho eso, la posibilidad de que pueda fustigarse con nulidad una actuación pasa primeramente por verificar que en efecto se haya configurado vicio, irregularidad o yerro alguno, que es lo que aquí no sucede.

Veamos que no obstante que el 28 de octubre de 2018 se acepta que el anterior defensor del señor ZM elevó ante el despacho fiscal un escrito, cuyos términos exactos se desconocen, pero que en últimas sería contentivo de la manifestación exclusiva del abogado de no continuar con el preacuerdo suscrito, a esas alturas no se contaba con una expresión en ese sentido del procesado mismo, quien como se ha ventilado es el sujeto procesal –junto con la Fiscalía- que está facultado para desistir del convenio, luego, no bastaba con la misiva allegada por el togado para comprender la declinación al preacuerdo.

Por esa cuenta, en el transcurso del tiempo la manifestación del procesado no se obtuvo sino hasta el 12 de agosto de 2019, cuando inquirido por la Judicatura aquel exhibió su deseo de retractación, entonces, francamente la Fiscalía estaba impedida para arrimar un nuevo escrito de acusación antes de ese suceso, existiendo ya uno, porque el preacuerdo hace las veces de acusación, y solamente podía hacerlo –como así ocurrió- cuando se supo de la deliberación del imputado. Antes, se insiste, la persecutora no podía proceder de la manera reclamada por el recurrente, que falla en su juicio jurídico, porque era impensable que se declinara una aceptación consensuada de la responsabilidad penal sin contar con la declaración del procesado.

Y eso trasunta en que hasta el 12 de agosto de 2019 el preacuerdo se encontraba en pie, luego, los términos procesales estaban suspendidos como

es evidente, y solamente se reanudaron cuando el encartado renunció al preacuerdo; así las cosas, para cuando la Fiscalía presentó el escrito de acusación que fue en esa misma fecha, no lo hizo de manera extemporánea, y de contera su titular no estaba sustraída de competencia como equivocadamente viene alegándolo el impugnante.

Esa es la razón diametral de que no pueda verificarse la existencia de una irregularidad procesal antecesora a la presentación del escrito de acusación, esto es, que no haya lugar a declarar la nulidad auspiciada por el petitionerario. Por lo demás es necesario dar respuesta a los restantes alegatos del inconforme.

En tal orden se dirá que si antes de la audiencia prevista para la verificación del fallido preacuerdo el imputado estaba destinado a hacer decaer su aceptación a cargos, lo corriente era que por él –con asesoría de su nuevo abogado- allegara su propia manifestación, más cuando la Fiscalía radicada ya había informado que el preacuerdo había sido remitido al juez de conocimiento, por modo que no correspondía a una decisión unilateral de la instructora la de renunciar a los términos del consenso.

No resulta correcto afirmar que en el interregno comprendido entre la expresión del abogado y la audiencia del 12 de agosto de 2019 el procesado haya quedado desprovisto de la posibilidad de ejercer sus derechos de defensa y contradicción. Es necesario subrayar cuantas veces sea merecedor, que como el señor ZM no se había retractado de su admisión de cargos no cabía entender cosa distinta a que él se mantenía en esa aceptación, que de contera conlleva a la renuncia a ser vencido en un juicio público, oral, concentrado y con inmediación de la prueba, así pues no podía

exigirse una confrontación dialéctica como la que principia por hacerse con la formulación de acusación. Valga adicionar que de cualquier manera cuando ya se supo del deseo del encartado, la Fiscalía estuvo presta a continuar con la acusación bajo los cauces ordinarios y con el descubrimiento probatorio que es connatural, que no ha podido culminarse por fuerza de la petición de nulidad ahora invocada.

No puede pasar desapercibo desde luego que quien ahora confuta vía apelación la decisión de la primera instancia, ha destacado la Fiscalía, siendo conecedor del memorial suscrito por su homólogo, intentó que la firma de un nuevo preacuerdo con la modificación de los términos pactados antes en relación con la cantidad de la pena. Si ello es así, el proceder que ahora ha asumido no es leal, porque ha venido a considerar la falta de competencia de la señora Fiscal cuando ella no asintiera la propuesta del jurista, pero no convenientemente antes.

La existencia de una recusación contra la delegada del organismo persecutor y el supuesto desconocimiento de las resultas de ese trámite tampoco tienen incidencia alguna en el desenvolvimiento del proceso. Bien el artículo 63 de la Ley 906 de 2004 regula que los impedimentos y recusaciones contra otros funcionarios distintos al juez y empleados no suspenden la actuación, entonces, tampoco es ese motivo de nulidad.

Sean las precedentes suficientes razones para no acceder a la petición de nulidad implorada por el defensor del encausado, y en cambio para confirmar la providencia de primer nivel, sin que se estime pertinente abordar el estudio de la satisfacción de los principios que informan el instituto de la nulidad, porque no hay irregularidad o quebrantamiento alguno a las garantías procesales.

Decisión

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

Resuelve

Confirmar la decisión recurrida.

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

Juan Carlos Álvarez López
Secretario