**NULIDAD PROCESAL / SOLICITUD TESTIMONIO / APELLIDO DIFERENTE**

Aduce el abogado, que hay lugar a la declaratoria de una nulidad por cuanto se configura una vulneración del derecho de defensa, la cual radica ante la imposibilidad que tiene de controvertir un testimonio pedido por la fiscalía, toda vez que en la audiencia de formulación de acusación el ente acusador descubrió la declaración de Luisa Fernanda Restrepo Ramírez, pero en la audiencia preparatorio solicitó la admisión del testimonio de Luisa Fernanda Jaramillo Restrepo; es decir, una persona totalmente diferente…

**NULIDAD PROCESAL / ERROR APELLIDO TESTIGO / NO GENERA NULIDAD / NO AFECTA DERECHOS FUNDAMENTALES**

Desde ya anuncia el Tribunal, que acompañará la decisión de la Juez Séptima Penal del Circuito de esta capital, toda vez que de la argumentación que en este sentido trae el recurso es insuficiente para lograr la anulación que ahora se reclama, porque del estudio de los registros del juicio, no se vislumbra ninguna irregularidad que trascienda o afecte garantías fundamentales del procesado. (…) , el tema sobre la testigo Luisa Fernanda Jaramillo Ramírez ha sido objeto de discusión por parte de la defensa desde audiencias anteriores, y aunque el temor del abogado que representa los intereses del señor OFRE radica principalmente en que podría tratarse de dos personas diferentes…, lo que vulneraría sus derechos de defensa ante la imposibilidad que tuvo de realizar actividades investigativas con el objeto de controvertir el testimonio, lo innegable es que lo discurrido en este asunto obedece a un error que no trasciende en afectación de garantías fundamentales, por cuanto la Fiscalía ha insistido en que se trata de un único testigo…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Pereira, veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Acta de aprobación N° 1297

Segunda Instancia

Radicación: 66001600005820140039101

|  |  |
| --- | --- |
| Imputado:  | OFRE  |
| Cédula de ciudadanía: |  |
| Delito: | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Víctima: | La salud pública  |
| Procedencia: | Juzgado Séptimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa, contra el auto de julio 19 de 2023 que negó la declaratoria de nulidad desde la audiencia de acusación. CONFIRMA. |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la decisión en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

1.1.- Los hechos fueron plasmados de la siguiente manera en el escrito de acusación:

“Se tiene que el día 2 de octubre de 2014, en la bodega 472 ubicada en el aeropuerto el Dorado de Bogotá, el patrullero de la Policía Nacional CRISTIAN RIVILLAS NIETO, se encontraba realizando inspección antinarcóticos al correo que sale con destino al exterior, se pasó por escáner una caja de cartón enviada desde la ciudad de Pereira, figurando como remitente la señora c.c. 1087998…, con destino a FILIPINAS, con documentos guía No CP00048892CO y carta de responsabilidad de fecha 25 de septiembre de 2014, dirigida a Policía Antinarcóticos, la caja que contenía la sustancia le fue entregada a la señora JARAMILLO RAMÍREZ por el señor **OFRE**, la cual resultó contener dos bolsos que llevaba camuflado en su interior sustancia sólida, que fue identificada preliminarmente como cocaína y sus derivados, arrojando un peso neto de doscientos veinticinco punto cinco (225.5) gramos”.

**1**.2.- En marzo 16 de 2021, ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira, se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación, en la cual le endilgaron al procesado la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes -artículo 376 inciso tercero C.P.-. Cargos que NO ACEPTÓ.

1.3.- Por lo anterior, la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (junio 10 de 2021) en el que atribuyó idénticos cargos en la persona del imputado, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esta capital, despacho ante el cual se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación (noviembre 30 de 2021), preparatoria (octubre 25 de 2022), inicio de juicio oral (julio 19 de 2023), vista pública en la cual el defensor solicitó una nulidad desde la audiencia de formulación de acusación, a la cual no accedió la titular del despacho a-quo.

- Previamente, la Fiscalía había solicitado el aplazamiento de la audiencia de juicio oral con la finalidad de ubicar a su principal testigo la señora LUISA FERNANDA JARAMILLO RAMÍREZ quien se encuentra recluida en centro carcelario de mujeres de Neiva.

- Para sustentar la nulidad, el abogado señaló que en la audiencia de acusación la Fiscalía descubrió el testimonio de la señora **LUISA FERNANDA RESTREPO RAMÍREZ**, y en el acta de la audiencia quedó dicho nombre, siendo dicho documento pieza fundamental para la estructuración de la defensa en el juicio oral, toda vez que desde ese momento se orienta la actividad defensiva. Es decir, se contaba con el descubrimiento del testimonio de la señora **LUISA FERNANDA RESTREPO RAMÍREZ.**

Sin embargo, en la audiencia preparatoria la fiscalía solicitó el testimonio de **LUISA FERNANDA JARAMILLO RAMÍREZ**, por lo que nos ubica en el plano de otra persona, toda vez que solicitó el testimonio de una persona diferente a la mencionada en la acusación.

En la audiencia preparatoria solicitó la inadmisión de dicha declaración, pero el despacho no accedió a la petición y decretó el testimonio de **LUISA FERNANDA JARAMILLO RAMÍREZ**, lo que representa el cambio a última hora de un testimonio que no conocía la defensa.

La Fiscalía en la audiencia preparatoria no advirtió que se trataba de un error humano el aparente cambio de apellidos, o si se trata de la misma persona, razón por la cual la defensa se encuentra en desventaja, y no tiene porque la defensa cargar con los errores de la Fiscalía.

En este asunto se cumplen los principios para alegar la nulidad, como lo son la **taxatividad**, toda vez que nos podemos remitir al artículo 457 C.P.P. en cuanto existe la vulneración del derecho de defensa. La **acreditación**, se presenta con suficiencia, toda vez que se trata del cambio de un testigo sin ningún tipo de explicación, y en su momento se manifestó la inconformidad. La **convalidación**, se cumple, toda vez que desde la audiencia preparatoria mostró su inconformismo, y presentó únicamente el recurso de reposición, como quiera que se trataba de una prueba que no fue negada. La **instrumentalidad**, también se supera, por cuanto no cualquier afectación da para una nulidad, y la situación que aquí se presenta afecta el derecho de defensa. En cuanto al principio de **trascendencia** indudablemente no permitirse a la defensa controvertir un testigo traería consecuencias en el proceso. Finalmente, en cuanto al principio de **protección** lo que se pretende es respetar una garantía fundamental, y no se trata de una falta de defensa, sino que se proteja el derecho de contradicción.

- La delegada del ente acusador luego de mencionar las actividades que ha realizado, indicó que lo ocurrido con el nombre de la testigo fue un “lapsus” por parte de la compañera que anunció el nombre con el error en el apellido. Sin embargo, si la defensa pretendía realizar alguna actividad investigativa frente a dicha ciudadana -LUISA FERNANDA JARAMILLO RAMÍREZ-, en la actuación se encontraba el nombre y cupo numérico.

- El representante del Ministerio Público manifestó que el abogado defensor tendría razón acerca de la posible afectación del derecho de defensa si en efecto entre la audiencia de formulación de acusación y la preparatoria se descubrió un testigo diferente. Pero lo que aquí ocurre es que se trata de un error en un solo apellido de la testigo LUISA FERNANDA. En este caso, la testigo que menciona la fiscalía también fue judicializada; por tanto, la defensa ya la conocía, por cuanto se trata de una persona que fue capturada por estos hechos. Incluso, no se ha cuestionado que la cédula haya sido cambiada. ¿En que se podría estar sorprendiendo a la defensa? Si la defensa hubiera querido hacer alguna labor frente a ese testigo, en realidad siempre supo quién era.

La Corte en varias sentencias, ha dicho que una cosa es la identidad y otra la individualidad, y basta con que sea individualizado el testigo para ser presentado en el juicio oral. De lo acontecido se puede decir que el error que tuvo la fiscalía no puede incidir en lo sustancial.

1.4.- Para negar la petición del defensor, la a-quo argumentó:

En las audiencias anteriores se aclaró que se trata de LUISA FERNANDA JARAMILLO RAMÍREZ, y es la misma persona que requiere la fiscalía para que declare en la audiencia de juicio oral. Es decir, le puede quedar claro al abogado defensor que no se está hablando de otra LUISA FERNANDA y que es LUISA FERNANDA JARAMILLO RAMÍREZ quien vendrá a declarar. Aquí no se trata de un nuevo testigo, y lo que aconteció fue un error de la Fiscalía al mencionar el primer apellido de la testigo. En conclusión, no se está sorprendiendo a la defensa con otro testigo, y la finalidad del testigo no es otra distinta a lo ya expuesto por la fiscalía en la audiencia preparatoria.

1.5.- Inconforme con esa determinación, el defensor interpuso y sustentó el recurso de apelación.

2.- Debate

**2.1.-** Defensor -como recurrente-

Solicita que se revoque la decisión de primera instancia, y, en consecuencia, se decrete la nulidad de lo actuado desde la audiencia de formulación de acusación, conforme los siguientes argumentos:

En este asunto hubo un cambio de testigo, toda vez que en la audiencia de acusación quien cumplía las funciones de Juez Séptimo Penal del Circuito le solicitó a la Fiscalía aclarara la situación que se presentaba con el nombre de la testigo LUISA FERNANDA, y la fiscalía indicó que sus apellidos eran RESTREPO RAMÍREZ y así quedó en el acta de acusación.

No se puede hacer conjeturas que si el nombre que aparece en los hechos jurídicamente relevantes es LUISA FERNANDA JARAMILLO RAMÍREZ entonces se trata del mismo testigo, toda vez que en el folio No 4°, punto 1° del escrito de acusación, se lee LUISA FERNANDA JARAMILLO, lo que indica que sería una persona, pero en el punto 4° se observa LUISA FERNADA RESTREPO RAMÍREZ; es decir, otra persona. Adicionalmente, en el numeral octavo del escrito de acusación se hace referencia a LUISA FERNANDA JARAMILLO RAMÍREZ, lo que podría indicar que son tres personas diferentes.

Cómo puede la defensa asumir que se trata del mismo testigo cuando se habla de diferentes personas. Además, en ningún de los folios del escrito de acusación aparece el cupo numérico de dicha persona como para que se presuma que es la misma persona.

La defensa debe ceñirse a lo que la Fiscalía descubra, y aunque la fiscalía dijo cuál era la finalidad del testigo, no dijo si se trataba del mismo o de diferentes personas. La Fiscalía no puede decir que por carga laboral tuvo un error y la defensa asuma ese error, toda vez que no se ha señalado que la cédula de ciudadanía sea de la misma testigo, ni tampoco se ha dicho si la testigo alteró su nombre.

Si fuera tan superfluo el tema el juez séptimo no hubiera requerido a la fiscalía para que aclarara esa situación, pero tampoco se dijo que se tratara de la misma persona. Con esos tres nombres surgen una baraja de posibilidades, y no tiene porqué asumir la defensa que se trata de la misma persona. En realidad, un apellido marca la diferencia. Si la fiscalía cometió un error lo tiene que asumir, pero no se trata de subsanar a costa de la defensa.

Lo que aquí sucede afecta las garantías fundamentales de su prohijado.

2.2.- Fiscal -no recurrente-

Solicita se confirme la determinación proferida en la primera instancia, toda vez se hicieron las aclaraciones que el nombre de la testigo es LUISA FERNANDA JARAMILLO RAMÍREZ, y que se trata de una única testigo, y no se ha anunciado persona diferente a esa, y será ella quien declare en el juicio oral. En este asunto, se trata de un error involuntario cuando se anunció a Luisa Fernanda Restrepo Ramírez. Por tanto, no hay lugar a una nulidad porque se tienen todos los elementos para determinar que se trata de la misma persona que declarará y quien se identifica con la cédula de ciudadanía No 1087998655.

2.3.- Ministerio Público -no recurrente-

Se opuso a la solicitud del señor defensor, y pide se confirme la determinación, a cuyo efecto argumenta que desde la audiencia preparatoria ya había quedado claro que se trata de la misma persona. Pero se sabe que la testigo es la misma ciudadana que ya había sido judicializada por los mismos hechos de este asunto. Al parecer, la señora LUISA FERNANDA fue quien indujo en error, toda vez que en el momento de su captura se identificó como LUISA FERNANDA RESTREPO RAMÍREZ, con la finalidad de evadir su verdadera identidad.

Aunque la fiscalía en el numeral cuatro del escrito de acusación hace mención a la tarjeta de preparación de la señora LUISA FERNANDA RESTREPO RAMÍREZ, de la revisión del documento como tal se advierte que en realidad se trata de LUISA FERNANDA JARAMILLO RAMÍREZ; es decir, no existe duda de la persona que será llamada a juicio oral a declarar.

**2.4.**- Sustentado el recurso, la funcionaria de primer nivel lo concedió en el efecto suspensivo, y dispuso enviar el expediente electrónico a esta Sala para desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene la Corporación a voces de los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906/04, por los factores territorial, objetivo y funcional, al haberse presentado recurso de apelación por una parte legitimada para hacerlo -en nuestro caso el defensor-, el que fue oportunamente interpuesto, debidamente sustentado y adecuadamente concedido por la primera instancia.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Se contrae a establecer si hay lugar a la nulidad de la actuación desde la audiencia de formulación de acusación -inclusive-, como lo solicita la defensa, en su sentir porque se vulnera a su prohijado la garantía fundamental a la defensa el permitírsele a fiscalía presentar un testimonio en el juicio oral que es distinto al descubierto en la audiencia de formulación de acusación.

**3.3.-** **Solución a la controversia**

Aduce el abogado, que hay lugar a la declaratoria de una nulidad por cuanto se configura una vulneración del derecho de defensa, la cual radica ante la imposibilidad que tiene de controvertir un testimonio pedido por la fiscalía, toda vez que en la audiencia de formulación de acusación el ente acusador descubrió la declaración de LUISA FERNANDA RESTREPO RAMÍREZ, pero en la audiencia preparatorio solicitó la admisión del testimonio de LUISA FERNANDA JARAMILLO RESTREPO; es decir, una persona totalmente diferente, prueba que finalmente fue decretada por el despacho pese a la solicitud de inadmisión presentada por la defensa.

Frente a esa controversia, la fiscalía aclaró que por error se cambió el primer apellido de la testigo, pero precisó que la señora LUISA FERNANDA JARAMILLO RESTREPO es la persona que en el juicio oral declarará sobre los hechos que son motivo de investigación.

Al respecto, el delegado del Ministerio Público, advirtió que ese error de la Fiscalía no puede incidir sobre lo sustancial; además, queda claro que la testigo que pide la fiscalía, es la misma ciudadana que también había sido judicializada por estos mismos hechos.

Desde ya anuncia el Tribunal, que acompañará la decisión de la Juez Séptima Penal del Circuito de esta capital, toda vez que de la argumentación que en este sentido trae el recurso es insuficiente para lograr la anulación que ahora se reclama, porque del estudio de los registros del juicio, no se vislumbra ninguna irregularidad que trascienda o afecte garantías fundamentales del procesado. Veamos:

Es cierto, el escrito de acusación presentado por la Fiscalía ante el juzgado de conocimiento presentó unas inconsistencias en cuanto al primer apellido de la testigo principal de cargos, toda vez que en el acápite de hechos jurídicamente relevantes se hace mención a JARAMILLO RAMÍREZ y en el punto de pruebas, numeral primero se registra el nombre de la señora LUISA FERNANDA JARAMILLO. Sin embargo, en el numeral cuatro de pruebas -documentales y testimoniales-, se indicó que la tarjeta de preparación de la cédula de ciudadanía corresponde a LUISA FERNANDA RESTREPO RAMÍREZ, y al final del acápite de pruebas testimoniales se mencionó nuevamente a la señora LUISA FERNANDA RESTREPO RAMÍREZ.

Hasta aquí, podría decirse que el momento procesal indicado para aclarar esa inconsistencia en el escrito de acusación, lo era la audiencia de verbalización del mismo, pero ello no ocurrió, y, por el contrario, en la vista pública la delega fiscal luego de formular la acusación anunció que adicionaría el testimonio de la señora LUISA FERNANDA RESTREPO RAMÍREZ. En la misma diligencia, y con el consentimiento del abogado defensor, la Fiscalía omitió hacer lectura de las pruebas que llevaría al juicio oral, y ante tal circunstancia, lo que en efecto se advierte es que esa inconsistencia en cuanto al apellido de la testigo se trasladó para la audiencia preparatoria.

Ya en la audiencia preparatoria; sesión de febrero 28 de 2022, la Fiscalía ante el requerimiento que le hizo el despacho **aclaró** que la cédula de ciudadanía y tarjeta de preparación que fueron descubiertos a la defensa corresponde a LUISA FERNANDA JARAMILLO RESTREPO. Posteriormente, en la continuación de la audiencia preparatoria, llevada a cabo en octubre 25 de 2022, y luego de la que la fiscalía solicitara la admisión del testimonio objeto de controversia y de las demás pruebas, el juzgado decretó cada una de ellas, decisión contra la cual el abogado defensor interpuso el recurso de reposición, pero la juez a-quo no repuso.

Como se aprecia, el tema sobre la testigo LUISA FERNANDA JARAMILLO RAMÍREZ ha sido objeto de discusión por parte de la defensa desde audiencias anteriores, y aunque el temor del abogado que representa los intereses del señor **OFRE** radica principalmente en que podría tratarse de dos personas diferentes, toda vez que la fiscalía descubrió en la audiencia de formulación de acusación el testimonio de LUISA FERNANDA RESTREPO RAMÍREZ y en la audiencia preparatoria solicitó la declaración de LUISA FERNANDA JARAMILLO RAMÍREZ, lo que vulneraría su derechos de defensa ante la imposibilidad que tuvo de realizar actividades investigativas con el objeto de controvertir el testimonio, lo innegable es que lo discurrido en este asunto obedece a un error que no trasciende en afectación de garantías fundamentales, por cuanto la Fiscalía ha insistido en que se trata de un único testigo y que la persona llamada a declarar es LUISA FERNANDA JARAMILLO RAMÍREZ.

Para resolver lo anterior, recordará la Corporación que uno de los principios que gobiernan la nulidad, es que dicha institución es la última ratio, ya sea porque no hay otro modo de convalidar una irregularidad grave y/o se menoscaban las garantías.

Ahora, de acuerdo a lo expresado por el abogado del acusado existe vulneración del derecho de defensa, por cuanto la situación que aquí se ha presentado le impidió realizar una actividad defensiva tendiente a controvertir el testimonio, toda vez que se trata de dos personas diferentes, y la información que le fue descubierta en su momento en la audiencia de acusación es otra diferente a la pedida en la audiencia preparatoria.

Empero, concluir de la manera como lo asevera el abogado defensor sería desconocer por completo que lo acontecido en este caso es un error, y así lo advierte la delegada fiscal, quien señala que la una única ciudadana que convocará para que declare en la audiencia de juicio oral es la señora LUISA FERNANDA JARAMILLO RAMÍREZ.

Siendo así, no entiende la Corporación cuál es la razón fundamental para que el abogado defensor pretenda se decrete una nulidad, cuando es la misma Fiscalía quien está aclarando que lo ocurrido con el primero apellido de la testigo obedece a un error.

Así las cosas, qué efecto tendría declarar la nulidad desde la audiencia de acusación, inclusive, cuando ya se sabe que la persona que declarará en el juicio oral es la señora LUISA FERNANDA JARAMILLO RAMÍREZ, tema que por cierto fue aclarado en la audiencia preparatoria, y por tal motivo, se decretó el mencionado testimonio.

Por tanto, de llegar a existir eventualmente una irregularidad sería aquella donde se aceptara por la Fiscalía que se trata de dos personas diferentes, y que una de ellas fue descubierta en la audiencia de acusación y la otra fue decretada en la audiencia preparatoria, pero ello no es así, se itera por cuanto la delegada del ente acusador ya advirtió que es un solo testigo y que lo demás obedece a un error en su primer apellido.

Finalmente, alega el apoderado defensor que esa inconsistencia le cercenó la posibilidad de realizar actividades defensivas; sin embargo, no señaló en qué consistió esa imposibilidad para llevar a cabo dicha la labor investigativa, toda vez que de haber ejecutado la misma, sin duda alguna hubiera llegado a la conclusión de que se trata de una única persona y no de dos testigos diferentes, como quiera que le fueron descubiertos tanto la cédula la cédula de ciudadanía como la tarjeta de preparación de la ciudadana que será requerida por el ente acusador para que rendir testimonio en el juicio oral. Incluso, no puede dejarse de lado, que en los hechos del escrito de acusación se hace clara mención de la señora JARAMILLO RAMÍREZ y de su número de cédula.

Ahora, no puede afirmarse que el abogado está imposibilitado para controvertir la prueba cuando ni siquiera se ha llevado a cabo el interrogatorio cruzado; además, el momento procesal indicado para que se aclare cuál es el conocimiento directo que tiene la señora LUISA FERNANDA JARAMILLO RAMÍREZ en este asunto sería precisamente la audiencia de juicio oral, máxime cuando se afirma que ella estuvo vinculada penalmente con otro coparticipe de nombre **OFRE**, juzgado por estos mismos hechos, con la finalidad de despejar cualquier duda sobre la existencia o no de la señora de nombre LUISA FERNANDA RESTREPO RAMÍREZ.

En tan particulares términos, no duda la Sala en concluir que aquí no procede la nulidad que se depreca.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, **CONFIRMA** el auto por medio del cual el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con función de conocimiento de Pereira (Rda.) negó la declaratoria de nulidad deprecada por el abogado del señor **OFRE.**

En atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020, la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y la Ley 2213 de junio 13 de 2022, no se realizará audiencia de lectura, y por ende esta providencia se notificará por la Secretaría de la Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes, determinación contra la cual no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado