

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

SALA DE DECISIÓN PENAL

AUTO DE SEGUNDA INSTANCIA - LEY 600 DE 2000

Radicación: 08-001-31-09-011-2021-00052-01

Ref. Interna Tribunal: 2023 00031 P-CA

Aprobado Mediante Acta No.078

Magistrado Ponente Dr. Demóstenes Camargo De Ávila

Barranquilla, Quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

VISTOS

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado WALBERTO IRIARTE UCRÓS, contra el auto de fecha 1° de febrero de 2023, proferido por el Juez Once Penal del Circuito de Barranquilla, mediante el cual negó el decreto de una nulidad dentro de la causa que se le sigue el antes mencionado por el delito de peculado por apropiación.

I. ANTECEDENTES

Se desprende de las piezas procesales consultadas que, el contralor del Departamento del Atlántico, el día 25 de julio de 2.008, remitió a la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, el formato de hallazgo de auditoría con incidencia penal, que daba cuenta de cómo la LOTERIA DEL ATLANTICO fue perjudicada patrimonialmente, pues, la ganadora del sorteo No 3313 jugado el cinco (5) de septiembre de 2.007, señora MINERVA ROSA

FAJARDO URBINA, recibió en total, de parte de la Lotería del Atlántico, pagos por valor de Cuatrocientos Dieciocho Millones Cuatrocientos Mil Pesos (\$418.400.000,00), cuando en realidad se le debía entregar la suma de Trescientos Noventa y Ocho Millones Cuatrocientos Mil Pesos (\$398.400.000) según acuerdo realizado con el ente estatal, por lo que recibió dinero demás la suma de Veinte Millones de Pesos (\$20.000.000,00), cuando en realidad debía recibir .

Según el ente de control, estos acontecimientos le son atribuibles a los señores WALBERTO IRIARTE UCRÓS, AMPARO BOLAÑO FONG y GALDINO RENE OROZCO FONTALVO, por lo que la FISCALIA 17 DELEGADA UNIDAD DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE BARRANQUILLA, el día 11 de Agosto de 2.008, ordenó la investigación previa por el delito de PECULADO POR APROPIACIÓN y citó para que rindieran versión libre los señores WALBERTO IRIARTE UCRÓS, AMPARO BOLAÑO y GALDINO OROZCO, quienes en esos momentos laboraran en la Lotería del Atlántico.

La investigación formal se inició mediante providencia de fecha 12 de mayo de 2.009, mediante la cual se ordenó abrir la instrucción penal y la práctica de pruebas conducentes y pertinentes para el esclarecimiento de los hechos a que se contrae la investigación.

Abierta la correspondiente investigación penal, fueron vinculados a la misma los señores WALBERTO IRIARTE UCRÓS, AMPARO BOLAÑOS FONG y GALDINO OROZCO FONTALVO a través de declaración de inquirir, y su situación jurídica se definió mediante providencia de fecha 19 de marzo de 2013.

Desarrollado el trámite investigativo de rigor, la fiscalía a cargo del caso, declaró cerrado el ciclo instructivo a través de proveído adiado noviembre 18 de 2016, y el sumario se calificó, decretando, en contra del sindicato WALBERTO IRIARTE UCRÓS, resolución de acusación de fecha 8 de febrero

de 2017. En la misma providencia se precluyó la investigación en favor de AMPARO BOLAÑOS FONG y GALDINO OROZCO FONTALVO.

En desarrollo de la etapa de causa o juicio, y más concretamente en la audiencia preparatoria, la defensa del procesado antes mencionado, solicitó al juez de conocimiento que se decretara la nulidad de la resolución de acusación por las siguientes razones:

1. LA RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN PROFERIDA DESCONOCIÓ EL PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN INTEGRAL Y POR ENDE EL DEBIDO PROCESO.

Señala que, hubo inercia investigativa del ente acusador en el sentido de que jamás practicó prueba testimonial de la señora MINERVA ROSA FAJARDO URBINA, beneficiaria del monto que se cobró, la cual era de vital importancia con el objeto de determinar la inocencia de su defendido; que con ésta podría, inclusive, determinar su grado de responsabilidad. Esta omisión por parte del ente investigador y de la defensa en su momento, podría degradar la calificación provisional de la conducta que hoy se investiga en un tipo penal de menor punibilidad o evidenciar su inocencia. Si las mismas pruebas otorgaron la no imposición de la medida de aseguramiento y preclusión a dos procesados, se pregunta por qué no operó lo mismo para su defendido. Esta nulidad no puede ser convalidada porque la omisión en la práctica de la prueba descrita, cambiaría la calificación provisional de la conducta del procesado, y esto es una función constitucional exclusiva del ente acusador.

2. LA RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN PROFERIDA DESCONOCIÓ EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO AL OTORGAR BENEFICIOS JURÍDICOS A UN TERCERO QUE NO TIENE LA CALIDAD DE PROCESADO.

El mérito del sumario se califica con resolución de acusación o preclusión. No es posible declarar la prescripción de la acción penal en esta instancia procesal. Argumentó esta nulidad en el hecho de que el ente acusador, en la segunda instancia, decretó la prescripción de la acción penal de la señora MINERVA ROSA FAJARDO URBINA, sin tener esta la calidad de imputada o procesada en esta actuación, cercenando el principio de ritualidad de las formas, puesto que, en esa instancia procesal su función era confirmar o no la resolución impugnada. Para que a una persona se le decrete la prescripción de la acción penal, debe estar vinculada formalmente a un proceso penal, y en el presente caso, la fiscalía omitió abrir investigación penal en contra de la citada persona. Esta nulidad no puede ser convalidada, porque la función de confirmar o no la resolución le compete únicamente al ente instructor, y, por tanto, su ejecutoria no estaría en firme, al extralimitarse en un acto que no es el fin para el cual fue creado por la ley.

La calificación de la conducta del procesado no es correcta, pues nunca se probó que hubiera dolo en su actuar. Lo máximo que existió fue un peculado culposos, pero no doloso. Al momento de resolverse la situación jurídica se dijo que no había dolo y con las mismas pruebas se acusó por un delito doloso.

Esta solicitud de nulidad no encontró respuesta favorable por parte del juez de primera instancia; por lo que la defensa interpuso contra la providencia que negó la petición de marras, recurso de apelación, el cual se le concedió, lo que generó la competencia de esta corporación para conocer de este asunto.

La negativa del juez a acceder a las peticiones de nulidad de la defensa, se basan en que, a su juicio, la nulidad imprecada no trasciende o afecta el debido proceso y derecho a la defensa del procesado. El error en la calificación no genera nulidad pues esta se puede variar. De otra parte, lo referente a la naturaleza del delito por el que se acusó, es un tema que se

puede ventilar en la sentencia. Finalmente, el decreto de prescripción de la acción penal en nada afecta al procesado ni a las bases del proceso,

II. DE LA APELACIÓN

El togado de la defensa expresó su divorcio con la providencia recurrida manifestando que, reitera los argumentos expuestos al pedir la nulidad con las adiciones expuestas en la audiencia.

No concuerda en que no sea trascendente el testimonio de Minerva Fajardo, pues esa prueba sí era trascendente, pues esta señora es la beneficiaria del supuesto peculado. Su jurada habría demostrado que lo que existe es un peculado culposo.

El otorgar la prescripción en favor de Minerva Fajardo si es trascendente, pues su defendido, que, si estaba vinculado a la investigación, podría favorecerse de esa figura, la cual no se había interrumpido.

III. CONSIDERACIONES

Tal y como ha quedado expresado, el aspecto que configura la inconformidad de la recurrente, hace relación a un planteamiento de nulidad. Por manera pues que, para una mejor exposición de nuestros razonamientos, se analizaran por separado cada una de las situaciones sobre las que se funda la petición de nulidad.

En ello tenemos que, evidentemente, Colombia es un Estado social de derecho, lo que significa, entre otras cosas, que las actuaciones de las autoridades públicas están reguladas por normas previamente establecidas, de obligatoria observación; pero que, en su interpretación y aplicación, debe privilegiarse la realización de los derechos fundamentales de la persona, siendo la dignidad humana, el faro que determina la correcta

aplicación de las normas. La nulidad, como sanción a la actuación procesal, es sin duda un remedio a la producción de actos irregulares que puedan afectar los procesos, para el caso particular, los penales, pero no cualquier defecto tiene la capacidad de retrotraer la actuación ante su ocurrencia.

Es sabido que, en el proceso penal puede cometerse, por los funcionarios que lo adelantan, inexactitudes que podrían llegar a afectar su estructura¹ o vulnerar garantías constitucionales, como el derecho de defensa; pero es claro también, que no todo acto irregular tiene el cariz suficiente para merecer la aplicación de la sanción más grave que se le puede infligir a un proceso, cuál es la declaración de nulidad de la actuación.

Así pues, quien pretende se aplique la citada sanción, tiene la carga de expresar los argumentos suficientes que demuestren la irregularidad y la trascendencia de la misma en relación con la estructura o las garantías que deben informar las actuaciones.

Así pues, quien depreca de la administración de justicia el reconocimiento de una nulidad, tiene la carga de expresar claramente los motivos fundados en una causal taxativamente establecida en la ley, es decir, demostrar el acto irregular; no pudiendo conformarse en tal demostración, sino que debe dar un paso más, consistente en analizar los principios rectores del decreto de nulidades, ya que debe informar cuáles son los graves perjuicios que se causan a los sujetos procesales y que, por virtud de la valoración de los mismos, se carece de otro mecanismo orientado a subsanar la irregularidad cometida.

El anterior marco teórico conceptual nos permite predicar la viabilidad de impartir aprobación a la decisión de primera instancia en la medida en que, observa la Sala que, los vicios revelados por el recurrente no tienen la

¹ Lógico-formal o conceptual, según sea el caso.

entidad suficiente para erigirse como razones sólidas para invalidar la actuación, tal y como se explica a renglón seguido.

En efecto, en lo que tiene que ver con la violación al principio de la investigación integral señalemos que, siguiendo el norte señalado por la Corte Suprema de Justicia, el deber de investigación integral, como garantía establecida a favor del procesado, resulta armonizado con la obligación para el servidor judicial de ordenar el recaudo de aquellas pruebas que, razonablemente, se ofrezcan necesarias para verificar las citas del imputado y comprobar las informaciones que éste suministre en la indagatoria, así como las que, siendo conducentes y procedentes, en ejercicio del derecho de defensa material, el sindicado proponga para demostrar el fundamento de sus explicaciones, tiendan a demostrar su inocencia o a atenuar su responsabilidad penal, según el caso, y las que se requieran para la definición de la situación jurídica en el evento de que ello, de acuerdo con la ley, aparezca indispensable.

Resultando claro que, en el marco de la Ley 600 de 2000, la investigación integral no es facultativa o discrecional de los funcionarios judiciales, sino una obligación a cargo de éstos, la cual hace parte de los derechos fundamentales de que trata el artículo 29 de la Carta Política, se ofrece evidente que, su transgresión debe ser considerada como constitutiva de irregularidad sustancial que afecta el derecho de defensa, con incidencia en el debido proceso constitucional, y trae aparejada la sanción de la nulidad del trámite judicial, conforme a lo dispuesto por los numerales 2º y 3º del artículo 306 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

A este respecto cabe precisar, sin embargo, que el quebrantamiento del principio de investigación integral genera nulidad, siempre y cuando, en el caso concreto, se establezca que la prueba o pruebas extrañadas fueron dejadas de practicar debido a la negativa o negligencia del funcionario judicial, pese a cumplir objetivamente las reglas de conducencia,

pertinencia, eficacia y utilidad a que se refiere el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal de 2000, que tenían una incidencia favorable en la situación jurídica del procesado y que su no recaudo, dio lugar al proferimiento de una decisión adversa, que, en otras circunstancias, es decir, las de un trámite respetuoso del debido proceso y el derecho de defensa, no habría podido proferirse. (CSJ RAD 40 481 ago 21 de 2013)

Esto, como resultado de confrontar, dentro de un plano racional de abstracción, el contenido objetivo de las pruebas omitidas con las que sustentan el fallo, en donde se establezca que las conclusiones del juzgador en relación con los hechos o la responsabilidad del procesado, habrían resultado distintas y opuestas de haber sido aquéllas oportunamente practicadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que, en este caso, no hay lugar a decretar nulidad alguna sobre la base antes señalada, en la medida en que se dice que hay nulidad por violación al principio de la investigación integral porque la Fiscalía no escuchó la declaración jurada de la señora MINERVA ROSA FAJARDO URBINA, sin embargo, el recurrente no es claro en explicar de qué manera esa declaración jurada podría cambiar radicalmente la situación del procesado, ni cómo podría degradar la calificación provisional de la conducta que hoy se investiga en un tipo penal de menor punibilidad, o evidenciar la inocencia del acusado.

Desde esta guisa, el cargo incumple con el deber de acreditar la trascendencia del yerro pregonado, pues, evidentemente, la argumentación ofrecida no enseña de qué manera la prueba omitida habría de incidir decisivamente en la mutación de la sentencia. Ello es así porque, por una parte, el recurrente no enseña la certeza, así sea como una probabilidad, de que la prueba testifical reclamada en verdad satisfaga la tesis defensiva, sino que tal requerimiento se queda en una mera hipótesis.

De otra parte, el mismo recurrente reconoce que también hubo fallas de la defensa al no solicitar ese testimonio en la etapa de la instrucción, por lo que es obvio que la defensa contribuyó al vicio que ahora critica, y en esa condición no estaría llamado a demandar la invalidez de la actuación. También conspira contra la petición del censor el hecho de que aún no ha terminado el proceso y que ese testimonio puede practicarse en la audiencia pública; recuérdese que la nulidad es una medida extrema a la que sólo se acude cuando no hay otra forma de superar la situación irregular.

Por esas mismas razones, no hay lugar a decretar nulidad alguna sobre la base de que la calificación de la conducta del procesado no sea la correcta a juicio del recurrente; pues ese es, precisamente, uno de los puntos que se debatirá en juicio y, de tener razón el postulante, el juez puede absolver al acusado o condenar por una conducta diferente, siempre que sea menos grave.

Finalmente, en lo que hace a que se violó el debido proceso porque la segunda instancia decretó la prescripción de la acción penal en favor de la señora MINERVA ROSA FAJARDO URBINA, sin tener ésta la calidad de imputada o procesada, señalemos que el cargo no resiste el más mínimo análisis.

La prescripción de la acción penal tiene una doble connotación. La primera, es a favor del procesado y consiste en la garantía constitucional que le asiste a todo ciudadano de que se le defina su situación jurídica, pues éste no puede quedar sujeto perennemente a la imputación que se ha proferido en su contra; la segunda, en tanto y en cuanto se trata para el Estado de una sanción frente a su inactividad.

Al analizar la prescripción en materia penal, la jurisprudencia ha señalado que *“es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del*

tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción” cuyo fundamento es el principio de la seguridad jurídica ya que la finalidad esencial de la prescripción de la acción penal está íntimamente vinculada con el derecho que tiene todo procesado de que se le defina su situación jurídica, pues “ni el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad”.

En cuanto a su naturaleza, la prescripción es una institución de carácter sustantivo *“si bien su reconocimiento precisará, dado el carácter de necesidad del proceso penal, de la actuación procesal procedente. Este carácter sustantivo permite que la prescripción pueda ser declarada de oficio, sin necesidad de alegación de parte como es obligado en el proceso civil”.* (Sentencia C-416/02)

Por lo antes expuesto, es irrelevante si una está o no vinculada al proceso, pues la prescripción hace relación a la extinción de la acción penal, fenómeno que ocurre con independencia de que el sujeto pasivo de ella esté o no adscrito a un proceso penal.

Así las cosas, por lo antes expuesto, es obvio que no hay lugar a decretar nulidad alguna; y, por ende, el proveído confutado demanda su confirmación, tal y como se expresará en la parte resolutive de este proveído.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Barranquilla,

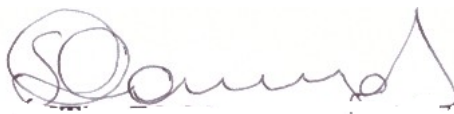
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia apelada de fecha y origen conocidos en el infolio, por las razones expresadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Indicar que contra esta providencia no procede recurso alguno.

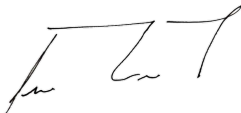
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DEMÓSTENES CAMARGO DE ÁVILA

Magistrado



LUIGUI J. REYES NUÑEZ

APROBACIÓN VIRTUAL

JORGE E. MOLA CAPERA

OTTO MARTINEZ CIADO

Secretario