

Proceso No 22464

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aprobado Acta N° 012

Bogotá D. C., veintitrés (23) de febrero de dos mil cinco (2005).

VISTOS

La Sala procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado ERNESTO JOSÉ ESPITALETA ARAUJO, contra el auto proferido en audiencia preparatoria, por cuyo medio el Tribunal Superior de Cartagena decidió desestimar la solicitud de nulidad presentada por este mismo sujeto procesal.

ANTECEDENTES

1.- Fue celebrada audiencia preparatoria por el Tribunal Superior de Cartagena a consecuencia de la resolución de acusación proferida por la Fiscalía 5ª Delegada ante esa misma Corporación de fecha 10 de noviembre de 2003, a través de la cual se le formularon cargos al doctor ERNESTO JOSÉ ESPITALETA ARAUJO en su condición, para el momento de la ocurrencia de los hechos, de Fiscal 17 Seccional de esa ciudad, como supuesto responsable de la comisión del delito de prevaricato por acción.

En dicha diligencia, luego de otras varias incidencias procesales, el defensor del

procesado solicitó se declarara la nulidad de lo actuado, en tanto que estimó que existía una afectación del debido proceso consistente en la errada calificación de la conducta, pues consideró que no se configuraba el delito de prevaricato por acción, sino, eventualmente, el delito de abuso de función pública.

Para sustentar su propuesta, el defensor penetra en una abierta disertación acerca de las pruebas recaudadas, el contenido y los límites fácticos de la imputación, y una serie de cuestionamientos a la acusación, todos encaminados a comprobar que el acusador confundió los términos jurídicos y conceptuales del delito de prevaricato por acción, que lo llevó a aplicar tal disposición en este caso, cuando la norma que se ajusta al supuesto proceder ilícito es el de abuso de función pública.

2.- En desarrollo de la audiencia preparatoria del juicio, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, respondió al pedido del defensor, manifestando que el artículo 404 de la Ley 600 de 2000 señaló un mecanismo idóneo, apropiado y eficaz para la resolución de los errores o “desvíos” en que pueda incurrir el fiscal por la labor de adecuación de la conducta punible, como también por la concurrencia de prueba sobreviniente que sugiriera una nueva orientación de la calificación dada en la acusación.

En estas condiciones, dice la Corporación que un pedido de nulidad como el que formula el defensor no puede resultar próspero, ya que hasta la intervención del Fiscal en la audiencia pública es el instante procesal dentro del cual se podría llegar a variar la calificación jurídica entregada por el acusador, situación que hace inoperante la figura de la nulidad, en tanto es sabido que su empleo se supedita a casos extremos derivados de situaciones excepcionales en las cuales no exista otra manera de actuar.

En sustento de su posición, cita decisiones de la Sala Penal de fechas 14 de febrero¹ y 9 de abril de 20022 en las cuales se advirtió acerca de la opción con que se

contaba para lograr la variación de la calificación.

Razones éstas por las que niega la pretensión de la defensa.

3.- Advirtiéndole que se encuentra ante una “situación procesal insoluble”, el defensor interpone recurso de apelación contra la decisión de negar la nulidad, pues considera que la normativa consagrada en el artículo 404 del C. de P. P. nada tiene que ver con su pretendido anulatorio.

Sostiene que su pedido de nulidad no puede negarse por el hecho de invocar la oportunidad procesal, en la medida que entiende que si el fiscal no solicita la variación de la calificación ni el juez considera que debe proceder a su ajuste, su pedido de nulidad quedará en el aire sin decisión.

Por ello, reclama que se resuelva el pedido diciéndole si es acertada o no la calificación otorgada en la resolución de acusación y si ello amerita o no la invalidación procesal.

4.- Dentro del traslado que se le brindó al fiscal y al representante de la parte civil como sujetos no recurrentes, afirmaron al unísono que la decisión del Tribunal debe mantenerse incólume, como quiera que no solo se le dio respuesta al pedido de nulidad, sino que tal pretensión bien puede ser abordada por el juez al momento de emitir el fallo correspondiente sin que para ello haya necesidad de acudir a la invalidación procesal que es eminentemente residual.

LA CORTE CONSIDERA

1.- La Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto adoptado en audiencia preparatoria por cuyo medio el Tribunal Superior de Cartagena decidió negar la solicitud de nulidad elevada por el apoderado de procesado.

2.- El contenido de la censura, entiende esta Corporación, se concreta en la inconformidad con la determinación del Tribunal a quo de negar la solicitud de nulidad impetrada por el defensor que alegó la supuesta existencia de un vicio sustancial, edificado sobre la eventual errada calificación, y frente a cuya pretensión se le dijo que contaba con otra oportunidad procesal para esperar su corrección, bien sea a solicitud del fiscal o directamente por el juez de conocimiento.

3.- Dadas así las razones de impugnación, se hace necesario precisar que la alegación por la supuesta trasgresión al debido proceso que amerite la invalidación procesal, debe llevar aparejada la comprobación cierta e ineludible de la presencia de defectos sustanciales que resquebrajen en verdad la estructura formal y conceptual del esquema procesal en alguno de los peldaños que lo conforman, como por ejemplo inexistencia de la apertura de la investigación, ausencia de actos procesales como la vinculación del procesado o de la definición de la situación jurídica cuando sea imperioso, la clausura de la investigación, la audiencia preparatoria, etc., es decir, el cabal desconocimiento de los instantes y etapas de investigación y juzgamiento.

Ahora, bien puede comprender la alegación de invalidez los defectos de garantía, caso en el cual se ha de corroborar en orden lógico y coherente la extensión y comprensión del obstáculo para el ejercicio del derecho a la defensa del procesado, además de las consecuencias de tal afectación.

Sin embargo, tratándose de la calificación jurídica, viene advirtiendo la Sala de tiempo atrás³, así como lo esbozó el Tribunal Superior de Cartagena, que los errores en la calificación jurídica provisional efectuada en la resolución de acusación y advertidos en la fase de juzgamiento, solamente pueden corregirse a través de dos mecanismos: el primero, variando la calificación a solicitud del fiscal que lo hará saber en la intervención en la audiencia pública; o a través del incidente de colisión de competencias.

Al respecto, se concretó:

“Si el error en la adecuación típica del comportamiento no afecta la competencia, sólo podrá enmendarse en la audiencia de juzgamiento, ...”

“Por lo tanto, si en la fase del juicio, antes de la audiencia de juzgamiento, el juez o el fiscal advierten que se ha incurrido en error en cuanto a la calificación dada a la conducta punible y ello no altera la competencia, el fiscal no puede variarla, ni aun el juez le puede hacer saber a él y a los demás sujetos procesales la necesidad de hacerlo, sino que tienen que esperarse a la intervención oral de aquél en la audiencia.” (se resalta ahora)

Igualmente, en esa determinación se advirtió que de conformidad con el nuevo modelo procesal, sólo habrá nulidad por error en la calificación, cuando la variación en la adecuación típica del comportamiento implique cambio de competencia, cosa que de entrada no se aprecia en este asunto, pues la demanda del defensor se soporta en la necesidad de que varíe la calificación a una conducta de menor punibilidad que en todo caso, de así solicitarla el Fiscal o llegar el Tribunal a la misma conclusión, conservaría la competencia de la colegiatura, como es que se torne de prevaricato por acción (art. 413 C. P.) a abuso de función pública (art. 428 C. P.).

Además, la propuesta no hace cambiar el núcleo central de la imputación fáctica, por lo que en el hipotético caso de que se acogiese por la Fiscalía o el Tribunal su tesis, dicha Corporación bien podría fallar por el segundo delito sin que haya necesidad de declaratoria previa de variación de la calificación.

Es por ello que la petición de nulidad resultaba manifiestamente improcedente pues no se trata de un caso en el que de acogerse la especulación argumentativa del defensor deba modificarse la competencia como tampoco de un evento en el que se postule una situación más gravosa para el procesado (cosa que no hace el defensor, quien

además carecería de interés para hacerlo), siendo necesaria la confirmación de la decisión de negar la nulidad impetrada.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

CONFIRMAR el auto impugnado, por las razones expuestas en la anterior motivación.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Excusa Justificada

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Comisión de servicio

TERESA RUÍZ NÚÑEZ

Secretaria

1 M.P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda

2 M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo

3 Auto del 14 de febrero de 2002. M.P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Rad. 18.457