

Proceso n.º 33901

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Bogotá. D. C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil diez (2010)

V I S T O S

La Corte resuelve lo que en derecho corresponda sobre el recurso de apelación formulado por el defensor del imputado JOSÉ VICENTE ESPINEL DAZA contra la determinación adoptada por el Tribunal Superior de Tunja en la audiencia de formulación de acusación, a través de la cual negó la nulidad solicitada por aquél, referente a presuntas irregularidades en la audiencia de control previo del acto de investigación de búsqueda selectiva en base de datos.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

Los hechos fueron resumidos por la fiscalía en el escrito de acusación, así:

“El día 21 de noviembre de 2008, sin que mediara acto administrativo que asignara competencia al Dr. JOSÉ VICENTE ESPINEL DAZA para conocer del asunto, éste, en su condición de Fiscal Segundo y Coordinador de la Unidad Especializada de Tunja, recepciona diligencia de ampliación de indagatoria a Óscar Cárdenas Ávila, acto procesal en el curso

del cual adopta las siguientes determinaciones: a- cancelar la orden de captura que pesaba en contra del sindicado, derivada de la vigencia de medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta en su contra por la Fiscalía Segunda Especializada de Tunja el 14 de mayo de 2007, confirmada por la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja en resolución adiada el 27 de agosto de 2007, b- como corolario de lo anterior, dispone se proceda por parte del sindicado a la suscripción de acta de compromiso.

Concluida la diligencia de indagatoria de Óscar Cárdenas, el acta correspondiente –que fuera inicialmente elaborada por Sandra Constanza Molano en el computador asignado al Fiscal JOSÉ VICENTE ESPINEL DAZA, en la cual se hace constar al Dr. Germán Abelardo Soler Mantilla como el funcionario que había dirigido el acto procesal- se extravía, hallándose varios meses después, con posterioridad al requerimiento escrito del procurador judicial, otra acta de ampliación de indagatoria de Óscar Cárdenas Ávila anexa al proceso 87830 adelantado contra Evelio García. Documento que no coincide en su distribución topográfica ni en su contenido con aquél que fuera creado el 21 de noviembre de 2008 entre las 8:57 a.m. y las 12:11 p.m., acta en la cual se hace figurar como fiscal que recepcionó la diligencia tantas veces aludida al acusado Dr. JOSÉ VICENTE ESPINEL DAZA.”

1. Por los hechos reseñados, la Juez Primera Penal Municipal de Tunja con Función de Control de Garantías, en audiencia preliminar celebrada el 28 de enero de 2010 a iniciativa de la Fiscal Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja, admitió la formulación de imputación por los comportamientos punibles de prevaricato por acción agravado en concurso con destrucción supresión y ocultamiento de documento público (artículos 413, 415, 292 del Código Penal) en contra de JOSÉ VICENTE ESPINEL DAZA, al tiempo que se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento intramural.

2. El 9 de febrero de 2010, la Fiscal Primera Delegada ante el Tribunal Superior de

Tunja emitió orden para la práctica del acto de investigación de búsqueda selectiva en base de datos y solicitó la realización de la correspondiente audiencia de control previo de legalidad, la cual tuvo lugar el mismo día ante la Juez Primera Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la misma ciudad.

En ella, la fiscal recavó en la orden expedida por su despacho a efecto de que las empresas de telefonía celular Tigo, Movistar y Comcel informaran si existen líneas asignadas al imputado y al señor Aquilino Rendón, en caso positivo habrían de comunicar los números correspondientes. Lo anterior, con el fin de establecer si en los días previos y siguientes a la indagatoria de Óscar Cárdenas el imputado se comunicó con el defensor del aludido investigado, lo cual demostraría el acuerdo entre los dos para la emisión de la decisión ilegal. La fiscal precisó que no se trataba de acceder a números de registros de llamadas entrantes y salientes, como tampoco a conversaciones ni a interceptaciones telefónicas, sino solamente a datos biográficos, a la identificación de las líneas que figuren a nombre de los ya mencionados, con el objeto de comparar entre llamadas entrantes y salientes cuáles de ellas corresponden a Aquilino Rendón.

La juez de control de garantías accedió a lo pedido tras encontrar acreditados los requisitos formales y materiales de la solicitud. Así mismo, indicó que la aplicación por analogía de la sentencia C-025 de 2009 permite afirmar que las audiencias de control previo de la búsqueda selectiva en base de datos son reservadas y, por lo tanto, no se requiere la presencia del imputado, como sí ocurre en la de control posterior.

Con estos antecedentes, en sendas audiencias llevadas a cabo los días 18, 23 y 25 de febrero del año en curso, la misma funcionaria judicial tomó las siguientes determinaciones: en la primera de ellas, impartió legalidad en control posterior al acto de investigación de búsqueda selectiva en base de datos realizada por la funcionaria del CTI. Dicha determinación fue recurrida en reposición

por el defensor del imputado. Así, negado el recurso horizontal, la decisión fue apelada de forma subsidiaria por el mismo interviniente.

El 23 del mismo mes, la funcionaria decidió que no era necesario impartir control de legalidad a la información complementaria o aclaratoria presentada por la investigadora, toda vez que ésta corría la misma suerte que la legalizada el 18 de febrero anterior.

Por último, el 25 siguiente, en audiencia de control posterior, declaró la legalidad del acto de investigación de búsqueda selectiva en base de datos realizada por la investigadora, en cumplimiento de la orden impartida por la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja, determinación que fue recurrida por el defensor del imputado.

3. El escrito de acusación fue radicado por la fiscal el 26 de febrero pasado. Como consecuencia de lo anterior, la actuación fue remitida al Tribunal Superior de Tunja el cual dio inicio a la audiencia de formulación de acusación el 28 de marzo de 2010 y, para el efecto, corrió traslado a los intervinientes para que se pronunciaran sobre causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades y observaciones al escrito de acusación.

4. El defensor, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 338 de la Ley 906 de 2004, solicitó la nulidad de la audiencia de control previo de legalidad de la orden de búsqueda selectiva en base de datos llevada a cabo el 9 de febrero pasado, pues estimó que dicha diligencia se tramitó como reservada, sin serlo, motivo por el cual no se citó al imputado, quien ya había sido vinculado en audiencia de formulación de imputación, lo que -según dice- constituye una vía de hecho que viola el debido proceso, el derecho de defensa, el principio de inmediación, normas del bloque de constitucionalidad y el derecho a la igualdad de armas. Asegura que el vicio alegado

afecta igualmente a las audiencias de control posterior celebradas el 18 y 25 de febrero.

El apoderado del imputado precisó que no se trataba de un problema de legalidad de la prueba, lo cual será objeto de debate en otro momento, sino del acto procesal como tal, de suerte que la omisión de la citación al imputado a la audiencia de control previo y su trámite como reservada generan la nulidad de la diligencia, así como la ilegalidad de las audiencias de control posterior del 18 y 25 del mismo mes.

Escuchados la fiscal y el agente del Ministerio Público, la Magistrada del Tribunal Superior de Tunja negó la nulidad solicitada, tras considerar que la audiencia de la que la defensa predicó la invalidez tuvo que ver con la legalidad de la producción de un elemento de conocimiento y no con la estructura del proceso, motivo por el cual aquello que el defensor denuncia habrá de ser resuelto en la audiencia preparatoria. Adujo que la audiencia de control previo de legalidad es inescindible de su contenido, es decir, del acto de investigación denominado búsqueda selectiva en base de datos; por manera que no sería lógico -como lo pide el apoderado- invalidar la audiencia y no su contenido.

5. Frente a dicha negativa el defensor formuló recurso de apelación; a su turno, la fiscal interpuso el de reposición y, al efecto, argumentó que la funcionaria de la Corporación ha debido pronunciarse a través de una decisión inhibitoria, comoquiera que el asunto traído a debate por el defensor no debía ser tratado en la audiencia de formulación de acusación y, además, porque con semejante petición lo que pretende el representante del imputado es dilatar injustificadamente el curso de la actuación.

6. La Magistrada resolvió negativamente el recurso horizontal luego de considerar que la decisión que resuelve sobre la nulidad es de naturaleza interlocutoria y, por lo tanto, admite los recursos ordinarios; al mismo tiempo, concedió en el efecto

suspensivo ante esta Colegiatura el recurso de apelación formulado por el defensor del procesado.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

El defensor apelante

El apoderado del imputado JOSÉ VICENTE ESPINEL DAZA sostiene que la irregularidad se contrae al hecho de haber tramitado la audiencia de control previo como reservada, sin serlo, como también a la omisión de la citación del imputado para que compareciera a la misma. Sostiene que por tener su defendido la aludida condición le asistía el derecho a comparecer a la diligencia y ejercer su derecho de defensa. Agrega que la audiencia preliminar de control previo sobre la búsqueda selectiva en base de datos no tiene la calidad de reservada, pues no está incluida en el artículo 155 de la Ley 906 de 2004 y que la ausencia del imputado no puede suplirse mediante la presencia de otros intervinientes.

Por otra parte, el recurrente precisa que no se trata de atacar el acto probatorio, sino la actuación procesal propiamente dicha, toda vez que por las anomalías antes reseñadas, violó garantías fundamentales del imputado.

Por último, pide a la Corte que revoque la decisión impugnada y, en su lugar, anule lo actuado en la diligencia del 9 de febrero de 2010, así como en las audiencias de control posterior del 18 y 25 del mismo mes.

La Fiscal Delegada.

Argumenta que la jurisprudencia de la Sala ha precisado que aquellas anomalías susceptibles de ser reclamadas mediante el mecanismo de la nulidad en la audiencia de formulación de acusación son exclusivamente aquellas que permiten emprender la

etapa de la causa, es decir, las que afectan el escrito de acusación sobre el cual habrá de fundarse la sentencia. Con fundamento en lo anterior, la Fiscal Delegada señala que las irregularidades que reclama el recurrente deben ser resueltas en la audiencia preparatoria y no en este momento de la actuación procesal por vía de la nulidad.

Con fundamento en lo anterior, pide a la Corporación que confirme la decisión apelada.

El Ministerio Público

El representante de la Procuraduría General de la Nación afirma que en verdad el imputado ha debido ser citado y encontrarse presente en la audiencia de control previo del acto de investigación de búsqueda selectiva en base de datos. De igual manera, califica como erróneo considerar que el defensor apelante reprocha la diligencia de control previo como acto probatorio, como también que aquella no haga parte del debido proceso.

No obstante lo anterior, indica que aún cuando la anomalía se configuró de todos modos no alcanza a ser idónea para declarar la nulidad solicitada, por cuanto no cumple el presupuesto de la trascendencia que rige la declaratoria de la invalidez procesal.

En conclusión, pide a la Corte que confirme la determinación recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 32-3 de la Ley 906 de 2004 a la Sala de Casación Penal le asiste competencia para resolver el asunto propuesto, toda vez que se trata de un recurso de apelación formulado contra una determinación adoptada en primera instancia por el Tribunal Superior de Tunja, Corporación del cual es su superior jerárquico.

2. El asunto sometido a estudio de la Corte consiste en dilucidar si las supuestas irregularidades que afectan la audiencia de control previo de legalidad que antecede a la realización de un acto de investigación constituyen una violación a la estructura del proceso, susceptible de ser denunciada en la audiencia de formulación de acusación -y por lo tanto generadora de nulidad de la audiencia preliminar- o si es un asunto que compete resolver en la audiencia preparatoria del juicio oral.

3. Desde ya la Corporación adelanta su conclusión en el sentido de que la ilegalidad que en este caso pregona el defensor -las irregularidades en la audiencia de control previo de legalidad del acto de investigación- no afecta la estructura del proceso, sino que tiene incidencia en la legalidad de la aducción del medio de convicción.

4. En efecto, la Corte ya ha definido en otras oportunidades cuáles son los motivos de nulidad susceptibles de ser denunciados en la audiencia de formulación de acusación, particularmente en el trámite que describe el inciso primero del artículo 339 del Código de Procedimiento Penal de 2004. Así, a través de su jurisprudencia¹ -sobre la cual se reafirma para la solución de este caso- ha definido que los motivos de invalidez que deben ventilarse en la aludida diligencia son específicamente aquellos que hacen posible emprender la etapa de la causa, es decir, los que se relacionan con el escrito de acusación.

Lo anterior encuentra apoyo en que de acuerdo con lo normado por el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, las nulidades de la fase investigativa se deben proponer y debatir en la audiencia de formulación de acusación, toda vez que dicha audiencia tiene una función de saneamiento. Así dice la norma reseñada:

“Artículo 339. Trámite. Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia,

impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.

Resuelto lo anterior concederá la palabra al fiscal para que formule la correspondiente acusación.”

Y en lo que tiene que ver con las facultades de los intervinientes en esta audiencia, la Corte ha precisado lo siguiente:

“De la simple lectura del artículo se observa que en dicha audiencia las partes tienen unas posibilidades limitadas dirigidas solamente a enderezar el trámite del proceso, y, por esa razón, se les otorga la posibilidad de expresar causales de incompetencia, plantear impedimentos y recusaciones, proponer nulidades si existieren, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si es que no reúne los requisitos establecidos para él en el artículo 337.

Así las cosas resulta oportuno decir que, de acuerdo con la Ley 906 de 2004, la audiencia de formulación de acusación tiene como objetivo fundamental el saneamiento del proceso, tanto en relación con el juez como con la estructura procesal.

En relación con el juzgador, la audiencia de formulación de la acusación resulta ser el escenario pertinente y la ocasión oportuna para la discusión y fijación definitiva del juez natural -a través, tanto de la impugnación de la competencia (promovida por las partes e intervinientes a la luz del artículo 339), como de la definición de competencia, promovida por el mismo juez (según lo normado por el artículo 54)-; y la discusión de la posible parcialidad del juez -a través de la formulación de impedimentos (artículos 56 a 60) y recusaciones (artículos 61 a 65).

Frente a la consolidación de la estructura del juicio, la audiencia de formulación de

acusación se convierte en el espacio en el que se verifica la satisfacción de los elementos fundamentales del escrito de acusación (previstos en el artículo 337), ya que son los presupuestos necesarios para activar el juicio contradictorio y concentrado, y contiene las bases sobre las cuales se va a construir la sentencia:

- En primer término la individualización del acusado;
- Además, los hechos jurídicamente relevantes, con los cuales debe ser congruente la sentencia, puesto que son, precisamente, los que se prueban, y sobre los cuales se juzga (artículo 448);
- El descubrimiento de las pruebas, con las que pretende la Fiscalía persuadir al juez sobre la existencia y trascendencia de los hechos jurídicamente relevantes; de manera que la defensa conozca previamente todo el arsenal probatorio con el que el acusador se presentará a la contienda, precisamente para prepararse para el enfrentamiento con igualdad de armas;
- También la constancia de la garantía del derecho de defensa técnica;
- Y, finalmente, la relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso.

De suerte que la posibilidad que se tiene por la defensa y los intervinientes frente al escrito de acusación, es verificar la existencia y satisfacción de sus requisitos...”²

Así, se tiene claro que las nulidades que pueden proponerse en la audiencia de formulación de acusación están limitadas a las irregularidades que afectan la estructura del proceso a partir del cuestionamiento de alguno de los aspectos constitutivos del escrito de acusación, en el cual, a su vez, se fundamentará la sentencia.

Por otra parte, dígase que, en cambio, la vulneración de garantías en desarrollo de un procedimiento investigativo, de acuerdo con la intensidad de la misma, produce como consecuencia la exclusión del producto de dicho acto y de todo aquello que de él se derive, quedando a salvo solamente aquello cubierto por las excepciones legales y las previstas en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004, vale decir, el descubrimiento inevitable, la fuente independiente y vínculo atenuado.

Solamente de manera excepcional la ilegalidad de las pruebas genera nulidad del proceso, según lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005. La consecuencia invalidatoria opera cuando el vicio tiene su génesis en crímenes de lesa humanidad como la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial, supuestos que se salen del acontecer fáctico que hoy ocupa la atención de la Corporación. Así se pronunció la Corte sobre este asunto:

“Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por sí sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto.

En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso³, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, “motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza.” (Subrayas por fuera del texto original)

Y el momento oportuno para cuestionar la legalidad de tales procedimientos, es inicialmente en las audiencias preliminares de control previo o posterior, según el tipo de evento, ante los jueces con función de control de garantías, y en la audiencia preparatoria ante el juez de conocimiento, así se haya cuestionado su legalidad en las audiencias preliminares.

Lo anterior encuentra su razón de ser en el diseño del sistema acusatorio, particularmente en su pretensión de garantizar un juez imparcial, esto es, lo menos informado posible de las incidencias de las labores de investigación. Fue para lograr esta precisa finalidad que el procedimiento acusatorio dispuso que lo referente a las garantías ha de estar vigilado y controlado por el juez de control de garantías, mientras que al juez de conocimiento, en atención al principio de imparcialidad, le correspondería básicamente juzgar el fondo del asunto sometido a litigio de manera libre, sin atadura a las informaciones y discusiones previas que posiblemente motivaron posiciones procesales en favor de una u otra parte. Es por la división de funciones así

concebida que el juez que ejerce el control de garantías no puede ser, en ningún caso, el mismo del juicio.

En conclusión, surge nítido que la audiencia de control previo de la orden emitida por la fiscal, encaminada a practicar, a través de una investigadora del CTI, el acto de investigación de búsqueda selectiva en base de datos no es un acto propio de la estructura del proceso acusatorio susceptible de ser reclamado en la audiencia de formulación de acusación, toda vez que por su naturaleza no es de aquellos que sea imprescindible para dar curso a la etapa de la causa.

La tesis que propone el apelante omite considerar una distinción trascendente: una cosa es el debido proceso, entendido como el conjunto de actos que hacen parte de la estructura del proceso y, por lo tanto, son imprescindibles para que el trámite avance hacia etapas posteriores, y otra el concepto de 'debido proceso probatorio', el cual tiene que ver con los requisitos formales y materiales que permiten predicar la correcta aducción de los medios de convicción.

Si los primeros no concurren o se hallan gravemente viciados entonces el proceso se desnaturaliza, mientras que los vicios que afectan los segundos tienen incidencia en la eficacia de la prueba, pero por sí mismos no son de aquellos que tocan con la estructura del proceso.

De allí que la inexistencia o las irregularidades trascendentes que recaigan sobre los actos inherentes a la estructura del proceso den lugar a la declaratoria de nulidad y, en contraste, las falencias en la aducción de los medios de conocimiento permiten -en principio- la exclusión probatoria.

Significa lo anterior que si la denuncia de invalidez del acto procesal que cita el recurrente no está llamada a ser resuelta de fondo en este momento del proceso, entonces, por sustracción de materia, no puede la Sala avanzar hacia el estudio de las razones

que propone el recurrente para justificar su solicitud de nulidad, pues si así lo hiciera incurriría en un prejuzgamiento respecto de un asunto sobre el que más adelante podría estar llamado a pronunciarse.

Dígase, entonces, que la Corporación comparte en su integridad la postura de la Fiscal Delegada, no así la del defensor impugnante y la del representante de la Procuraduría General de la Nación, en razón a que la diligencia sobre la cual se pregonó la irregularidad -como ya se explicó- no es de aquellas susceptibles de ser cuestionada en la audiencia de formulación de acusación.

En conclusión, la Corporación se inhibirá de pronunciarse de fondo sobre el motivo de nulidad invocado, pues éste no es de aquellos que deben proponerse en audiencia de formulación de acusación, sino en la audiencia preparatoria.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: INHIBIRSE de pronunciarse de fondo sobre la nulidad solicitada por el defensor del procesado JOSÉ VICENTE ESPINEL DAZA.

SEGUNDO: PRECISAR que contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notificadas a las partes en estrados se devuelve la actuación a su lugar de origen.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Comisión de servicio

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
GUZMÁN

AUGUSTO J. IBÁÑEZ

Comisión de servicio

JORGE LUIS QUINTERO MILANES
BASTIDAS

YESID RAMÍREZ

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA
JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

- 1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de segunda instancia del 24 de agosto de 2009, radicación No. 31900.
- 2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de definición de competencia del 15 de julio de 2008, radicación No. 29994.
- 3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de febrero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997.