

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

AP2424-2016

Radicación n.º 47223

(Aprobado Acta n.º 130)

Bogotá D.C., veinte (20) de abril dos mil dieciséis (2016)

I. ASUNTO

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por el defensor, contra la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, de fecha 27 de octubre de 2015¹, mediante la cual negó las nulidades planteadas por el defensor del doctor MANUEL HERNANDO MOLANO ROJAS, en el presente proceso que se le adelanta por los delitos de fraude procesal, falsedad ideológica en documento público, prevaricato por acción, revelación de secreto y violación ilícita de comunicaciones, presuntamente cometidos en su condición de Fiscal 5º Seccional de Soledad (Atlántico).

II. HECHOS

Reseña la Fiscalía en el escrito de acusación², que quien dijo llamarse José Benítez Flórez, empleado de la DIAN, presentó ante la oficina de reparto de la Fiscalía Seccional de Soledad (Atlántico) denuncia penal en contra de Jorge Eduardo Castillo Santos, Director

Seccional de la DIAN Barranquilla, por la supuesta emisión de resoluciones de traslados y reubicaciones a partir del 10 de marzo de 2011, que constituían actos de «acoso laboral», investigación que avocó el doctor MANUEL HERNANDO MOLANO ROJAS, en su condición de Fiscal 5° Seccional de Soledad (Atlántico), bajo la radicación 087586001258201200035.

La mencionada denuncia presentaba evidentes inconsistencias, tales como que el cupo numérico con el cual se identificó el querellante, no había sido asignado por la Registraduría Nacional del Estado Civil; ninguna persona con el nombre de José Benítez Flórez figura como trabajadora de la DIAN, y para la fecha en que supuestamente fueron emitidas las resoluciones constitutivas de «acoso laboral», 10 de marzo de 2011, el denunciado Jorge Eduardo Castillo Santos no fungía como Director Seccional de la DIAN Barranquilla, pues su posesión ocurrió el 15 siguiente.

El doctor MANUEL HERNANDO MOLANO ROJAS asumió el conocimiento de la indagación, sin mediar asignación o reparto, aprovechando su calidad de coordinador de la Unidad de Fiscalías de Soledad, aduciendo que se trataba de un «caso especial», obviando la remisión de la actuación, por competencia, a su homólogo de la ciudad de Barranquilla.

Se agrega que no obstante que de la misma denuncia se desprendía que los hechos relatados no configuraban conducta punible, pues el «acoso laboral» no se encuentra previsto como delito en el Código Penal, el funcionario MOLANO ROJAS continuó la investigación, en cuyo desarrollo emitió órdenes a policía judicial, dos agentes del CTI, e incluso dispuso la interceptación de varios abonados telefónicos de los asesores de Jorge Eduardo Castillo Santos, sin tener fundamento ni competencia para ello.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En audiencia celebrada el 11 de febrero de 2015³, la Fiscalía formuló imputación en contra del doctor MANUEL HERNANDO MOLANO ROJAS, por los delitos de fraude procesal, falsedad ideológica en documento público, prevaricato por acción, abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, revelación de secreto y violación ilícita de comunicaciones, en concurso homogéneo y heterogéneo. Cargos que no aceptó el imputado.

El 8 de mayo de ese año, el ente fiscal radicó el escrito de acusación⁴. La correspondiente audiencia inició el 22 de septiembre de 2015, en la cual el defensor solicitó la nulidad de la actuación.

Argumentó que mientras los hechos imputados por la Fiscalía ocurrieron en la jurisdicción del Distrito Judicial de Barranquilla, las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento fueron realizadas ante la Juez 11 Penal Municipal de Cartagena, funcionario judicial que carecía de competencia territorial, de acuerdo con los artículos 39 y 43 de la Ley 906 de 2004.

Agregó que el juez de Control de Garantías también violentó el principio de «igualdad de armas», pues permitió al representante de la víctima intervenir en las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, cuando legalmente solo puede participar en esta última, con el exclusivo fin de solicitar la imposición de medidas que no haya demandado la Fiscalía.

Adujo, igualmente, que se afectó la estructura básica del proceso, puesto que el juez en las audiencias preliminares permitió al Fiscal imputar cargos por los delitos de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto y revelación de secreto, ambos de carácter querellable, sin que exista denuncia penal sobre los mismos, ni se agotara el requisito de procedibilidad, referido a la etapa de conciliación.

Así mismo, indicó que su procurado actuó amparado bajo las causales de ausencia de

responsabilidad del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, numerales 3° (obrando en estricto cumplimiento de un deber legal) y 5° (actuando en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público), circunstancias que no fueron aducidas por la Fiscalía ni valoradas por el juez de Control de Garantías, que al imponer la medida de aseguramiento desatendió una de las causales de libertad del «artículo 356 de la Ley 600 de 2000».

Solicitó la «nulidad del escrito acusatorio» porque el Fiscal carece de elementos materiales probatorios que sustenten, con probabilidad de verdad, que su procurado ejecutó las conductas punibles imputadas. Además, el documento presentado resulta «ambiguo, descalificante y generalizado», lo que impide a su defendido conocer los hechos y cargos enrostrados.

Finalmente, adujo que el Fiscal delegado para el presente proceso no ha procedido con imparcialidad, pues igualmente tiene a su cargo una investigación contra Jorge Eduardo Castillo Santos, víctima en este proceso, la cual ya archivó por ausencia del hecho investigado, lo que le impide actuar con objetividad y obliga a declarar la nulidad.

La diligencia continuó el 27 de octubre de 2015, oportunidad en la cual el Tribunal denegó las nulidades postuladas, decisión apelada y sustentada por el defensor, cuyo recurso concedió el A quo.

IV. LA DECISIÓN APELADA

El Tribunal indicó que la Fiscalía seleccionó como juez de Control de Garantías a un funcionario de un lugar diferente al de la comisión de los sucesos, amparada en motivos razonables, dado que el capturado fungía, para ese momento, como Fiscal 5° Seccional en el Distrito Judicial de Barranquilla, considerando necesario dejarlo a disposición de un servidor judicial de otra ciudad, para garantizar la imparcialidad del juez.

Agregó que con la decisión de la Fiscalía de imputar cargos ante funcionario de un distrito judicial distinto, no se vulneró garantía fundamental alguna al procesado, pues ello no afectó la posibilidad del acusado de recolectar o aportar elementos materiales probatorios para su defensa.

Sostuvo que si el acusado o su defensor se encontraban inconformes con la competencia del juez, en la misma audiencia de formulación de imputación debieron impugnarla, de acuerdo con lo previsto en el artículo 54 de la Ley 906 de 2004; no obstante, con su silencio consintieron en la selección del funcionario efectuada por la Fiscalía.

Respecto a la alegada vulneración al principio de «igualdad de armas», debido a que el juez de garantías permitió al representante de la víctima participar desde la formulación de imputación, recordó que la Corte Constitucional ha sostenido que dicho interviniente puede estar presente en cualquier etapa procesal, sin que ello revierta en desventaja para la defensa.

Referente a la solicitud de nulidad porque el juez de Control de Garantías permitió a la Fiscalía imputar delitos querellables, sostuvo que el procesado y su defensor, no contrvirtieron en la audiencia de formulación de imputación los cargos enrostrados por el titular de la acción penal.

Adujo que el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto⁶, enrostrado en la audiencia de imputación, fue retirado de la acusación precisamente por ausencia del requisito de procesabilidad de la conciliación, lo que subsana la irregularidad presentada.

Agregó que el tipo penal de revelación de secreto igualmente imputado, no requiere querella, como señala el defensor, pues este, además de contemplar una sanción privativa de la libertad, no se encuentra enlistado en el catálogo del numeral 2° del artículo 74 de la Ley 906 de 2004, por lo que «el cargo de nulidad aquí cae en lo que se puede

denominar carencia actual de objeto».

Relacionado con la supuesta irregularidad derivada de que la Fiscalía no hubiera reconocido que el procesado actuó amparado en dos circunstancias de ausencia de responsabilidad, sostuvo que la acusación es un acto de parte que no tiene control jurisdiccional, aunado a que aspectos como la responsabilidad penal, serán objeto de debate en el juicio oral, por ende, emitir un pronunciamiento en el presente estadio procesal excedería las facultades asignadas por la Constitución y la ley al juez de conocimiento.

Consideró que si la Fiscalía optó por avanzar en la investigación hasta la etapa de imputación, ello obedeció a que no encontró demostrado que el Fiscal MANUEL HERNANDO MOLANO ROJAS estuviera amparado en alguna circunstancia excluyente de responsabilidad penal, lo cual no implica vulneración a las garantías fundamentales del acusado.

Respecto de las referidas falencias en el descubrimiento probatorio realizado por la Fiscalía, el A quo aseveró que las censuras sobre ese particular deben plantearse al inicio de la audiencia preparatoria, cuando el juez verifique si el titular de la acción penal llevó a cabo un descubrimiento completo.

Finalmente, al responder el reproche del defensor, referido a la supuesta falta de imparcialidad del Fiscal del caso al tener a su cargo dos investigaciones, una en la cual Jorge Eduardo Castillo Santos figura como víctima, y otra en la que aparece como indiciado, el Tribunal señaló que la ley no prohíbe dicha situación, pero que, «para evitar suspicacias y malos entendidos», sugirió al funcionario separarse del conocimiento de una de las dos actuaciones.

Por tales motivos denegó las solicitudes de nulidad presentadas por la defensa.

V. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

El defensor sostuvo que la Fiscalía carecía de motivos para realizar las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento en una ciudad diferente a la de aprehensión del investigado, puesto que no resulta viable presumir que todos los jueces del mismo circuito judicial en el que se desempeñaba como fiscal el doctor MANUEL HERNANDO MOLANO ROJAS, estuvieran parcializados.

En contraste, con el traslado inmotivado se afectó el derecho de defensa de su procurado, pues ello le impidió presentar elementos probatorios en su favor.

Indicó que se vulneró el principio a la «igualdad de armas» entre defensa y Fiscalía, pues la juez de Control de Garantías permitió al representante de las víctimas solicitar la imposición de una medida de aseguramiento que igualmente demandó la Fiscalía, cuando la ley prevé que la postulación del perjudicado se limita a la petición de medidas no consideradas por el titular de la acción penal.

Agregó que el funcionario que presidió las audiencias preliminares, al permitir a la Fiscalía imputar cargos por delitos querellables, cuyos requisitos de perseguibilidad no fueron agotados, violentó el derecho de defensa del acusado, pues la solicitud de medida de aseguramiento se fundamentó en esos tipos penales.

Reiteró que la Fiscalía afectó las garantías fundamentales del vinculado, al no reconocer que actuó amparado en dos causales de ausencia de responsabilidad previstas en el artículo 32 del Código Penal, pues, en su criterio, resulta inadmisibles que el imputado deba esperar hasta el final del juicio oral para que se observen las circunstancias exculpativas, a pesar de considerarlas demostradas desde los albores de la investigación.

Señaló que el escrito de acusación es ambiguo, pues de este no se desprenden los

hechos específicos sobre los cuales versó la imputación, en especial, respecto del delito de revelación de secreto, en tanto no se menciona cómo y en qué circunstancias el Fiscal MOLANO ROJAS entregó la información reservada publicada en la prensa.

Como último punto motivo de inconformidad, destacó que el Fiscal del caso sigue varios procesos en contra de Jorge Eduardo Castillo Santos, Director Seccional de la DIAN Barranquilla, quien funge como víctima en la presente actuación, por lo que la imparcialidad de dicho funcionario se encuentra comprometida al ser investigador en unas diligencias y guardián de los derechos de la víctima en este caso.

Con base en tales motivos, solicitó declarar la nulidad de la actuación y en consecuencia, decretar la libertad de su procurado.

VI. PLANTEAMIENTOS DE LOS NO RECURRENTES

1. El Fiscal expuso que el recurrente no demostró la trascendencia de las supuestas irregularidades planteadas como sustento de la pretensión de nulidad. Agregó que respecto de la ausencia de competencia del juez de Control de Garantías, la ley permite al Fiscal realizar audiencias preliminares ante cualquier funcionario de esa categoría en el territorio nacional.

Sostuvo que en el presente evento, no formuló imputación al procesado ante un juez de Barranquilla, donde sucedieron las capturas, sino en la ciudad más cercana, Cartagena, porque su despacho Fiscal igualmente adelantaba una investigación contra varios jueces de aquella ciudad, que posteriormente culminó con trece capturas, motivo por el cual, no se hallaba garantizada la imparcialidad de los funcionarios de Barranquilla. Sin embargo, no pudo mencionar esa razón en la respectiva audiencia preliminar, para no comprometer dicha actuación.

Indicó que la imputación es un acto de parte que compete exclusivamente a la

Fiscalía, y que los cargos en esa audiencia fueron deducidos de manera clara y sucinta, al punto que el acusado y la defensa técnica manifestaron entenderla y no postularon reparo alguno.

Agregó que la calificación jurídica en sede de formulación de imputación es de carácter provisional, por lo que puede ser modificada en etapas subsiguientes, lo que ocurrió en este caso, pues en el escrito de acusación fue retirado el delito querellable previamente enrostrado, situación que no vicia las diligencias preliminares.

Adujo que la acusación efectuada por el Fiscal no tiene control jurisdiccional por ser un acto de parte, no resultando viable pretender la nulidad de dicha pieza procesal, solo porque la Fiscalía no reconoció al enjuiciado dos circunstancias de ausencia de responsabilidad que no concurren, como lo pretende el defensor.

Consideró que con la participación del representante de la víctima y del Ministerio Público en las audiencias concentradas, no fue vulnerado el principio de «igualdad de armas», en tanto dichos intervinientes tienen la facultad para actuar en cualquier fase del proceso y oponerse a las pretensiones de la defensa, sin que ello lesione garantía fundamental alguna del acusado.

Sostuvo que si bien el despacho fiscal que regenta, tiene a su cargo una investigación en contra de Jorge Eduardo Castillo Santos, quien en este proceso funge como víctima, dicha actuación ya se encontraba archivada cuando ésta le fue asignada y por ende no practicó pruebas ni adoptó decisión alguna, lo cual deja sin soporte la pretendida imparcialidad suya (del Fiscal) en las presentes diligencias.

Con base en dichos argumentos solicitó confirmar la decisión recurrida.

2. El representante del Ministerio Público indicó que la Fiscalía tenía un motivo razonable para realizar las audiencias preliminares ante un juez diferente al del

sitio de la captura.

Agregó que tanto el representante del Ministerio Público como el de la víctima, pueden intervenir en cualquier etapa del proceso, lo que no afecta garantías fundamentales del acusado.

Reprochó la solicitud de nulidad del escrito de acusación presentada por la defensa, pues la audiencia de formulación del mismo es el escenario para que el Fiscal aclare, modifique o adicione dicha pieza procesal, lo que torna abiertamente improcedente la pretensión del recurrente.

Con fundamento en dichas razones solicitó mantener incólume la providencia apelada.

3. El representante de la víctima aseveró que el defensor no señaló de qué manera resultaron afectadas las garantías fundamentales del acusado con el cambio de sede para realizar las audiencias preliminares.

Agregó que la Fiscalía realizó una clara reseña fáctica y jurídica en el escrito de acusación; no obstante, si el defensor tiene algún reparo frente dicha pieza procesal, debe solicitar la aclaración, modificación o adición de la misma, en la audiencia respectiva.

En dichos términos solicitó la confirmación del auto apelado.

VI. CONSIDERACIONES

La Corte es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la providencia dictada en este proceso, de conformidad con lo establecido en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, por cuanto versa sobre un auto proferido en primera instancia por el Tribunal Superior de Barranquilla.

Sobre la nulidad de las audiencias de legalización de captura, formulación de

imputación y solicitud de medida de aseguramiento, por incompetencia del juez.

El defensor considera que las diligencias realizadas ante la juez de Control de Garantías de Cartagena (Bolívar) son inválidas, pues la Fiscalía carecía de motivo razonable alguno para no efectuarlas ante el homólogo de Barranquilla, donde fue aprehendido el doctor MANUEL HERNANDO MOLANO ROJAS.

El inciso primero del artículo 39 de la Ley 906 de 2004, modificado por el 48 de la Ley 1453 de 2011, dispone que «la función de control de garantías será ejercida por cualquier juez penal municipal», premisa normativa que ha sido interpretada por esta corporación en los siguientes términos (CSJ AP, 26 oct. 2011, Rad. 37.689, reiterada en CSJ AP 2636, 20 may. 2015, rad. 45.747, entre otras):

(...) la norma estableció una competencia nacional para los jueces de control de garantías, de forma que cualquiera de ellos está facultado para ejercer dichas funciones, independientemente del lugar donde ocurran los hechos. Tal entendimiento lo confirma la exposición de motivos que sirvió de base a la presentación del proyecto que culminó con la expedición de la Ley 1453 de 2011. En efecto, en punto a las reformas promovidas para el procedimiento penal, se señaló allí lo siguiente:

“... Se eliminan las reglas de competencia en relación con los jueces de control de garantías que muchas veces crea caos y confusiones injustificadas, lo cual reduce obstáculos y permite utilizar jueces de ejecución de penas de reacción inmediata (sic) para operar en cualquier parte del país” (subraya la Sala) (sic).

Lo anterior significa que en este momento resulta inaplicable, por derogatoria tácita, la segunda parte del artículo 54 de la Ley 906 de 2004, en cuanto la misma autorizaba adelantar el trámite de definición de competencia en los casos del artículo 286 ibídem, es decir, cuando se tratara de la audiencia de imputación.

Así mismo, esta Corporación ha establecido que dicha norma no faculta a la Fiscalía para escoger libremente al juez de Control de Garantías, pues en todo caso, debe existir un motivo razonable que justifique acudir ante un funcionario distinto al del sitio donde ocurrió el hecho. Sobre el particular ha señalado la Sala (CSJ AP, 26 oct. 2011, rad. 37.674, replicado en CSJ AP 3273, 10 jun. 2015, rad. 46.125.):

No obstante lo anterior, la Corte debe precisar que tal modificación normativa no puede llevar al despropósito de que la escogencia del juez de control de garantías sea un acto arbitrario o caprichoso de las partes e intervinientes, alejado de todo criterio razonable, pues ello implicaría autorizar la libre elección del juez, lo que comprometería la objetividad de la Fiscalía y podría generar también afectación del derecho a la defensa, cuando se acuda a un juez de garantías muy alejado o de difícil acceso para el implicado. (Resaltado fuera de texto).

De tal manera, es menester puntualizar que la función de control de garantías preferentemente debe ser ejercida por el juez del lugar donde se cometió la conducta. Sin embargo, ello no obsta para que pueda cumplirla un funcionario de territorio diferente, siempre que exista alguna circunstancia especial que aconseje no acudir ante el juez del sitio donde ocurrió el hecho, como cuando el sujeto haya sido aprehendido en área distinta, o se encuentre privado de la libertad en establecimiento carcelario de lugar diferente al de la comisión del acontecer fáctico, o sea en otro territorio donde deban recopilarse las evidencias físicas o los elementos materiales probatorios pertinentes al caso.

Lo anterior quiere decir, que si bien es cierto la ley no impone que el control de garantías tenga que ser siempre realizado por un juez del lugar en el que ocurrió la conducta punible, de todas formas la intervención de cualquier funcionario judicial de esa naturaleza, en cada caso concreto, debe obedecer a la necesidad de proteger las garantías fundamentales de las personas que pudieran verse comprometidas, merced a

la ocurrencia de conductas delictuales sucedidas en su territorio, o que habiendo ocurrido fuera de él, han de ser investigadas dentro del ámbito de su jurisdicción, lo que implica en una u otra forma, que exista una conexión del hecho delictual con su sede funcional.

En el caso que ocupa a la Sala, se evidencia la concurrencia de una de situación excepcional que impulsó a la Fiscalía a comparecer ante un juez distinto al del lugar en el que acaecieron los hechos o se produjo la captura.

Al respecto, en la audiencia de legalización de la aprehensión del doctor MANUEL HERNANDO MOLANO ROJAS, el ente acusador señaló que para el momento de la misma, aquel se desempeñaba como Fiscal 5° Seccional de Soledad (Atlántico)⁷. Además, indicó que la captura del procesado se produjo en la ciudad de Barranquilla⁸.

Las anteriores circunstancias permiten inferir que el procesado MOLANO ROJAS, en su labor como Fiscal, actuaba ante jueces de Soledad y Barranquilla, con las relaciones laborales y personales que dicha interacción conlleva, por lo que no es extraño que el órgano acusador, con el fin de evitar posibles impedimentos de los jueces, que retrasaran el trámite de legalización de captura, optara por realizar las audiencias preliminares ante un juez cercano.

Súmese a lo anterior, que para la época en que fueron realizadas dichas audiencias, el ente acusador y concretamente el mismo Fiscal destacado para este caso, adelantaba una investigación preliminar en contra de varios jueces de Barranquilla por actos de corrupción⁹, razón adicional para que escogiera una sede judicial distinta a la de comisión del hecho y de la aprehensión.

La decisión del titular de la acción penal no implica que este presuma que todos los jueces del Distrito Judicial de Barranquilla carecen de imparcialidad para asumir el caso, sea por lazos personales, profesionales, o por cuenta de la investigación penal, como lo

señala el defensor, sino que para evitar el vencimiento del término de 36 horas ante eventuales impedimentos, o que las diligencias fueran asignadas a alguno de los operadores judiciales investigados, decidió acudir a una locación donde esas posibilidades fueran menores, ello sin afectar los derechos de defensa y contradicción del -para entonces- indiciado que se hallaba privado de la libertad.

No puede dejarse de lado que con la decisión de acudir al juez de Control de Garantías de una ciudad próxima para evacuar las audiencias preliminares, la Fiscalía procuró garantizar los derechos fundamentales del funcionario acusado, puesto que la cercanía entre ellas, Barranquilla (sitio de la captura) y Cartagena (sede de las audiencias concentradas), permitió al doctor MANUEL HERNANDO MOLANO ROJAS designar a un profesional del derecho que velara por sus intereses y pudiera desplazarse a tiempo para la realización de las diligencias.

Ahora bien, el defensor consideró que el cambio de sede afectó el derecho de contradicción del acusado pues le impidió recolectar medios probatorios en su defensa, pero omitió señalar qué medios de conocimiento útiles para la defensa, fueron imposibles de recolectar a tiempo para presentarlos en las audiencias preliminares por causa del cambio de localidad, lo que impide entender el alcance de la censura.

Además, precisamente para que a la defensa no le resultara difícil desplazarse al lugar en que fue aprehendido el doctor MANUEL HERNANDO MOLANO ROJAS, la Fiscalía escogió la ciudad de Cartagena, pues según el ente acusador, el traslado desde allí a Barranquilla tarda aproximadamente una hora, lapso que permitía al abogado transportarse y desplegar su actividad de recolección de medios cognoscitivos en caso de que lo requiriera, sin que en las audiencias concentradas hubiera dado a conocer la imposibilidad de efectuar dicha tarea por causa del tiempo de viaje requerido (1 hora).

En este orden de ideas, la Sala advierte que la Fiscalía escogió realizar las audiencias

preliminares ante un juez de Control de Garantías de Cartagena, lugar distinto al de los sucesos (municipio de Soledad) y al de la captura (Barranquilla), no por capricho, como señala el recurrente, sino con el fin de evitar el vencimiento de términos por cuenta de posibles declaratorias de impedimento o ante la alta posibilidad de que el asunto llegara a manos de funcionarios que estaban siendo investigados penalmente por actos de corrupción, motivos razonables que justifican la decisión del titular de la acción penal.

Por lo demás, no observa la Sala que dicha situación hubiere afectado garantías fundamentales del imputado, lo que destina al fracaso la pretensión.

Nulidad por la supuesta vulneración al principio de «igualdad de armas»

El recurrente considera que el juez de Control de Garantías incurrió en irregularidad al permitir que el apoderado de la víctima insistiera en la imposición de una medida de aseguramiento ya deprecada por la Fiscalía, pues según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, aquel interviniente especial solo puede demandar medidas no pedidas por el titular de la acción penal, lo que puso en desventaja a la defensa.

El artículo 137 de la Ley 906 de 2004 dispone que las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal.

A su vez, los artículos 306, 316 y 342 de la misma codificación, prevén que el Fiscal podrá solicitar al juez de Control de Garantías la imposición de medida de aseguramiento al imputado, acusado o enjuiciado, normas que fueron objeto de control constitucional en sentencia C-209 de 21 de marzo de 2007, jurisprudencia invocada por el recurrente y que extendió tal facultad de postulación a la víctima. En la providencia se señaló:

8.3. Observa la Corte que la solicitud de medidas de aseguramiento o de protección ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según corresponda, tal como ha sido diseñada en la Ley 906 de 2004, sólo puede hacerla el fiscal. Esta fórmula pretende desarrollar el deber de protección de las víctimas establecido en el artículo 250, numeral 7 de la Carta, en concordancia con el literal b) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004.

No obstante, la fórmula escogida por el legislador deja desprotegida a la víctima ante omisiones del fiscal, o ante circunstancias apremiantes que puedan surgir y frente a las cuales la víctima cuente con información de primera mano sobre hostigamientos o amenazas recibidas que hagan necesaria la imposición de la medida correspondiente, o sobre el incumplimiento de la medida impuesta, o la necesidad de cambiar la medida otorgada. Esto se aplica tanto a las medidas de aseguramiento como a las medidas de protección en sentido estricto.

Por lo tanto, esta omisión excluye a la víctima como interviniente especial, que por estar en mejores condiciones para contar con información de primera mano sobre la necesidad de medidas de protección o aseguramiento podría efectivamente solicitar al juez competente la medida correspondiente requerida.

8.4. No se vislumbra una razón objetiva y suficiente que justifique esta exclusión. Permitir la solicitud de medidas de aseguramiento o de protección directamente ante el juez competente por la víctima, sin mediación del fiscal, no genera una desigualdad de armas, no altera los rasgos fundamentales del sistema penal con tendencia acusatoria, ni implica una transformación del papel de interviniente especial que tiene la víctima dentro de este sistema procesal penal. Antes bien, asegura en mayor grado la adecuada protección de la vida, integridad, intimidad y seguridad de la víctima, de sus familiares y de los testigos a favor, así como de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

8.5. Esta omisión genera además una desigualdad en la valoración de los derechos de la víctima, al dejarla desprotegida en circunstancias en las que deba acudir urgentemente ante el juez competente para solicitar la adopción de una medida de protección o aseguramiento, o la modificación de la medida inicialmente otorgada.

8.6. Finalmente, esta omisión entraña el incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal, en la medida que la deja desprotegida en circunstancias apremiantes o ante la omisión del fiscal en el cumplimiento de su deber de proteger a las víctimas y testigos de posibles hostigamientos o amenazas, y de solicitar las medidas necesarias para promover los fines previstos en el artículo 308 de la ley, los cuales guardan estrecha relación con los derechos de la víctima a la verdad y a la justicia.

Por lo anterior, y por el cargo analizado, se declarará la exequibilidad del artículo 306, del artículo 316 y del artículo 342 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente, ya sea el de control de garantías o el de conocimiento, según corresponda, a solicitar la medida respectiva.¹⁰

De la jurisprudencia citada por el defensor no se extrae que el máximo Órgano de la jurisdicción Constitucional hubiera establecido que la víctima solo está facultada para solicitar la imposición de medidas de aseguramiento en forma subsidiaria a la pretensión de la Fiscalía, como afirma el apelante, ni prohibió al perjudicado coadyuvar las solicitudes que en ese sentido presente el ente acusador, pues la Corte extendió dicha prerrogativa al sujeto pasivo del delito, sin que haya especificado que esa potestad esté supeditada en forma alguna al comportamiento procesal de la Fiscalía.

Ello tiene su explicación, porque aun cuando la solicitud de medida de aseguramiento que realice la Fiscalía puede satisfacer los intereses de la víctima, ésta última puede

reforzar la pretensión inicial acudiendo a su propia argumentación, incluso, adicionar la solicitud del titular de la acción penal, pues si la ley y la jurisprudencia facultan a dicho interviniente especial para postular motu proprio la imposición de tales medidas cautelares, con mayor razón le permiten apoyar la que realice el ente acusador, contrario a lo afirmado por el defensor.

Si el artículo 137 de la Ley 906 de 2004 estableció que la víctima puede «intervenir en todas las fases de la actuación penal» y por vía de la sentencia C 209 de 2007, la Corte Constitucional otorgó a la víctima la misma facultad de postulación que ostenta el Fiscal en punto de la solicitud de medidas de aseguramiento, resulta improcedente que la defensa pretenda la nulidad de la actuación porque el apoderado del perjudicado ejerció tales prerrogativas dentro del proceso.

Para abundar en razones, no puede dejarse de lado que aún si en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento se hubiese incurrido en la mencionada irregularidad, ello en manera alguna deriva en la nulidad de la actuación, pues la audiencia de solicitud de imposición de medidas restrictivas de la libertad no es presupuesto previo ni depende de alguno de los espacios procesales que conforman la columna vertebral del proceso (formulación de imputación, acusación, audiencia, preparatoria y juicio oral).

Nulidad derivada de la imputación de delitos querellables, sin agotar la conciliación como requisito de procedibilidad.

El defensor adujo, que el juez al permitir a la Fiscalía imputar los delitos de revelación de secreto y abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, que según su criterio, son de carácter querellable, sin haber agotado la conciliación como requisito de procedibilidad, vulneró las garantías fundamentales del acusado, toda vez que la medida de aseguramiento impuesta se fundamentó en la comisión de dichas conductas punibles.

En el presente evento, la Fiscalía imputó ante la Juez 11 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena, entre otros delitos, los de revelación de secreto¹¹ (inciso 2° del artículo 418 del Código Penal¹²) y abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto¹³ (artículo 416 de la Ley 599 de 2000¹⁴).

Le asiste razón al recurrente, al exponer que el tipo penal de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto es de carácter querellable, pues el numeral 1° del artículo 74 de la Ley 906 de 2004 señala que en dicha categoría se encuentran aquellos delitos «que de conformidad con el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad», como el previsto en el artículo 416 del código sustantivo, que contempla las sanciones de multa y pérdida del empleo o cargo público.

Sin embargo, respecto del tipo penal de revelación de secreto, aunque el inciso 1° del artículo 418 de la Ley 599 de 2000 prevé únicamente pena pecuniaria y destitución del cargo público, su inciso 2°, el cual precisamente fue imputado al fiscal MANUEL HERNANDO MOLANO ROJAS, sí prevé sanción privativa de la libertad, por lo que no le es aplicable el numeral 1° del artículo 74 de la Ley 906 de 2004.

Además, la conducta punible de revelación de secreto agravada (inciso 2° del artículo 418 del Código Penal), no se encuentra enlistada en el catálogo del numeral 2° del artículo 74 del Código de Procedimiento Penal de 2004, de donde se deduce que el tipo penal estudiado no es querellable, lo que de suyo desvirtúa los reproches del defensor al exigir la evacuación de la conciliación previa como requisito de procedibilidad de la acción, puesto que no la requiere.

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación tiene decantado que la formulación de

imputación es un acto de comunicación que escapa al control material del juez, quien no puede entrometerse en los aspectos fáctico, jurídico y probatorio, terrenos que corresponden exclusivamente al titular de la acción penal¹⁵.

Así mismo, ha señalado que la situación fáctica imputada en dicho rito procesal tiene el carácter de vinculante para las etapas subsiguientes de la actuación, mas no el componente jurídico, el cual puede ser objeto de modificación, adición o supresión en estadios procesales posteriores. Sobre el particular esta Corporación en providencia CSJ SP, 28 nov. 2007, rad. 27.518., reiterada en CSJ SP 931, 3 feb. 2016, rad. 43.356 sostuvo que:

la formulación de imputación se constituye en condicionante fáctico de la acusación, de ahí que deba mediar relación de correspondencia entre tales actos. Los hechos serán inmodificables, pues si bien han de serle imputados al sujeto con su connotación jurídica, no podrá la acusación abarcar hechos nuevos.

Lo anterior no conlleva una inmutabilidad jurídica, porque precisamente los desarrollos y progresividad del proceso hacen que el grado de conocimiento se incremente, por lo tanto es posible que la valoración jurídica de ese hecho tenga para el momento de la acusación mayores connotaciones que implican su precisión y detalle, además, de exigirse aún la imposibilidad de modificar la imputación jurídica, no tendría sentido que el legislador hubiera previsto la formulación de imputación como primera fase y antecedente de la acusación.

En este orden, si la Fiscalía está facultada para variar en la acusación la imputación jurídica efectuada en audiencia preliminar, sea para adicionar o retirar cargos, o incluso para agravar o atenuar los ya imputados, ello se debe a la naturaleza provisional de la calificación enrostrada en la primera fase

procesal.

Por ende, ni el ente acusador, al imputar un delito querellable cuyo requisito de procedibilidad, dice el defensor, no ha sido agotado, ni la juez de Control de Garantías al permitirlo, incurrieron en anomalía procesal que socave la estructura basilar del proceso, pues no obstante el titular de la acción penal formuló el tipo penal de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, dicha imputación jurídica no es inamovible y puede ser objeto de variación en etapas subsiguientes y en todo caso, la consecuencia jurídica de una equivocada imputación, sea fáctica o jurídica, deviene de la imposibilidad del acusador de llevar adelante su pretensión condenatoria al finalizar el juicio oral, no la declaratoria de ineficacia de los actos procesales en los que fueron enrostrados los cargos.

Ahora bien, no puede pasar desapercibido que el defensor, al postular la solicitud de nulidad, no tuvo en cuenta que la Fiscalía, atendiendo al carácter provisional de la calificación jurídica de las conductas punibles, retiró del escrito de acusación el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, al considerar que ese tipo penal no prosperaría en fase del juicio por ausencia de un requisito de proseguibilidad de la acción.

Así, resulta inane recurrir a la declaratoria de nulidad de una parte de la actuación, como pretende el recurrente, cuando el yerro en que la Fiscalía considera haber incurrido, se encuentra subsanado con la presentación del escrito de acusación, de cuyo texto refulge la eliminación del cargo que reprocha la defensa.

Contrario a lo afirmado por el defensor, el delito analizado no fue el fundamento de la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario impuesta por la juez, pues al ser querellable y no prever pena privativa de prisión, el delito de abuso de autoridad no

puede sustentar esa clase de gravamen personal, al no encuadrar en ninguna de las hipótesis del artículo 313 de la Ley 906 de 2004¹⁶ para su procedencia, de donde se extrae que la formulación del cargo tampoco tuvo injerencia en ese aspecto, es decir, no agravó la situación del procesado, razones que llevan a concluir la improsperidad del reproche planteado por el defensor.

Nulidad derivada de no reconocer al acusado dos causales de ausencia de responsabilidad.

El defensor expone que las acciones consideradas por el ente acusador como constitutivas de conductas punibles, fueron ejecutadas por su procurado en ejercicio legítimo de sus funciones como Fiscal 5° Seccional de Soledad y en estricto cumplimiento de un deber legal, circunstancias que justifican el comportamiento del doctor MANUEL HERNANDO MOLANO ROJAS, de acuerdo con los numerales 3° y 5° del artículo 32 del Código Penal, por lo que la Fiscalía violentó el derecho al debido proceso de su procurado al no mencionarlas en la formulación de imputación ni en el escrito de acusación.

El planteamiento del recurrente no consulta la sistemática del proceso penal con tendencia acusatoria implantado con la Ley 906 de 2004, puesto que, se insiste, tanto la formulación de imputación como la de acusación, son actos de comunicación que no tienen control material por parte del juez, pues tal comportamiento resquebrajaría la imparcialidad del funcionario judicial, cuya excepción solo se presenta en los eventos de aceptación de cargos por allanamiento o preacuerdo, que no es el evento que ocupa la atención de la Sala. Sobre el particular, esta Corporación señaló en providencia CSJ SP 9853, 16 jul. 2014, rad. 40.871:

Respecto de la ausencia de control material de la acusación, ya la Sala se ha ocupado en extenso. Sentó el criterio según el cual de acuerdo con lo ordenado en el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal del 2004, solo el fiscal está autorizado para realizar la

“tipificación circunstanciada” de los hechos:

La acusación es un acto de parte, de la Fiscalía, y por tanto el escoger qué delito se ha configurado con los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito de acusación supone precisar el escenario normativo en que habrá de desarrollarse el juicio, el cual se promueve por excitación exclusiva de la Fiscalía General de la Nación a través de la radicación del escrito de acusación (razón por la que el único autorizado para tipificar la conducta punible es la Fiscalía, de acuerdo con lo planteado por el artículo 443); acto que como se dijo no tiene control judicial, y en cambio sí sustenta todo el andamiaje de la dinámica y la lógica argumentativa y probatoria que se debatirá en el juicio. (Ver CSJ, 15 jul.2008, rad. 29994, tesis reiterada en AP, 14 ago. 2013, rad. 41375, entre otras providencias).

La Corte reafirmó su anterior postura en AP de 21 de marzo de 2012, radicado 38256, al señalar:

En la audiencia de formulación de acusación al juez y a las partes les está vedado cuestionar la adecuación típica realizada por la Fiscalía en su escrito, pues, hacerlo, implicaría interferencia en el ejercicio de la acción penal y en la decisión de acusar que corresponde a ese ente, y a nadie más. Por lo demás, tal cuestionamiento implicaría un ejercicio de debate probatorio, que solamente puede hacerse en el juicio oral (auto del 15 de julio de 2008, radicado 29.994).

...

La Fiscalía, entonces, cumple como titular de la acción penal y dueña de la acusación, parámetros a partir de los cuales ni el juez ni las partes pueden imponérsela total o parcialmente, desde donde se infiere que las observaciones realizadas por las partes pueden y deben ser incorporadas para que conformen un todo con la acusación, única y exclusivamente cuando el fiscal las acoge.

En este orden de ideas, al demandar que esta Sala ordene a la Fiscalía reconocer al imputado dos circunstancias de ausencia de responsabilidad, el defensor busca, veladamente, que se realice un control material a la calificación jurídica contenida en la acusación y ordene al titular de la acción penal rehacerla al capricho del recurrente, pretensión claramente improcedente, por buscar que el juez de conocimiento abandone su rol imparcial para interferir en un acto de parte, que incluso implicaría adelantar la etapa del juicio oral, para emitir un juicio de valor sobre la responsabilidad del acusado.

Aunado a lo anterior, el defensor disfraza bajo el manto de nulidad una solicitud de preclusión de la investigación, (que en la etapa de investigación solo compete al Fiscal y en la fase de juicio solo puede demandarse en amparo de causales objetivas de extinción de la acción penal), porque de hallarse demostrada la concurrencia de una causal que enerva la responsabilidad del agente, como actuar en estricto cumplimiento de un deber legal (numeral 3° del artículo 32 de la Ley 599 de 2000) o en legítimo ejercicio de un derecho (numeral 5° ibídem), lo pertinente sería que la Fiscalía solicitara la cesación de todo procedimiento, no retrotraer la actuación a una etapa procesal primigenia.

Sin embargo, el titular de la acción penal, en ejercicio de la potestad designada por el artículo 250 de la Carta Política¹⁷, no optó por dicha salida jurídica, al considerar que la conducta del funcionario MANUEL HERNANDO MOLANO ROJAS no se encuentra amparada por circunstancia alguna que exima su responsabilidad penal.

Riñe con la lógica del sistema procesal de partes, la eventualidad de que el juez de conocimiento, sugiera, menos imponga a la Fiscalía, que en la audiencia de imputación o acusación, acredite la existencia de una circunstancia de ausencia de responsabilidad, dado que, si el ente acusador resolvió avanzar hasta esas etapas, fue porque ya excluyó de su teoría del caso tales hipótesis; por tanto, será de su exclusivo resorte probar en el juicio todas las aristas que conducirían al éxito de su acusación. Lo contrario,

desnaturalizaría la esencia del proceso regido por la Ley 906 de 2004, toda vez que conlleva la intromisión del juez en la labor acusatoria, pero además, constituye el adelantamiento prematuro del debate público.

De esta forma, la razón tampoco se encuentra de parte del recurrente en este tema de disenso.

Nulidad por supuesta ambigüedad en la imputación fáctica del escrito de acusación.

El recurrente indicó que del escrito de acusación no se desprende sobre qué hechos específicos versan los cargos imputados, en especial respecto del delito de revelación de secreto, pues no se mencionan las circunstancias en las que el fiscal MOLANO ROJAS entregó la información reservada que fue publicada en la prensa.

El artículo 336 de la Ley 906 de 2004 prevé que «el fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe».

A su vez, el canon 337 ibidem enlista los requisitos formales del escrito de acusación¹⁸, entre los cuales se encuentra el de efectuar una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible (numeral 2° ibídem).

Finalmente, el artículo 339 del Código de Procedimiento Penal de 2004, dispone que en la audiencia de formulación de acusación, el juez concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, y si las hubiere, 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.

La lectura concatenada de estas tres normas permite concluir que la diligencia de formulación de acusación es el escenario idóneo para demandar que el titular de la acción penal subsane las falencias de contenido formal que pueda presentar el escrito, entre ellas, la referida al recuento fáctico.

Sin embargo, tal pretensión no resulta procedente bajo el manto de la ineficacia del acto procesal de la acusación, como considera el defensor, pues el artículo 339 mencionado no habría discriminado entre solicitudes de nulidad y observaciones al escrito, aunado a que carece de sentido que en la audiencia de formulación de acusación se solicite retrotraer un acto de parte como el estudiado (escrito de acusación), cuando la propia ley establece que cualquier falencia que éste presente se ventila y resuelve en esa misma audiencia, a través de la solicitud de aclaración, adición o corrección. Sobre el particular señaló esta Corporación en CSJ AP 3779, 1° jul. 2015, rad. 45.569:

En relación con el segundo punto, referente a las irregularidades del escrito de acusación, es pertinente mencionar también, que las mismas no son ni pueden ser objeto de ataque por vía de nulidad del acto de parte del Ente Acusador, pues para ello se dispone de una oportunidad especial en la misma audiencia de formulación de acusación, y sólo en lo que se refiere a aspectos formales, es decir, en cuanto al cumplimiento de los ítems dispuestos en el artículo 337 del Estatuto.¹⁹

Es claro, igualmente como lo afirmó el Ministerio Público, que si la Fiscal incurrió en omisiones probatorias o en defectos de confección del pliego acusatorio, tales situaciones a la postre, a quien más podrían beneficiar es a los acusados, pues se vería en dificultades el Ente Acusador para cumplir con su cometido, se repite, si es que hipotéticamente incurrió en tales falencias.

(...)

En suma, tampoco derruyó el argumento de la decisión recurrida el alegato de la defensora en este tópico, puesto que no es la nulidad la vía de ataque a los errores o defectos del escrito de acusación, por tanto, en este aspecto también habrá de confirmarse la decisión del 4 de marzo de 2015, emitida por el Tribunal Superior de Bogotá.

En conclusión, el defensor desahució en la vía escogida para pretender la aclaración de la narración fáctica, pues debe recurrir, en la audiencia de formulación de acusación, que se vio suspendida por la interposición de recursos, a la solicitud de aclaración, adición o corrección de la pieza acusatoria, además, porque, como se explicó en precedencia, el pliego de cargos no es susceptible de anulación, por ser un acto de parte.

Advierte la Sala que el apelante, una vez más, pretende por la vía de la nulidad, controvertir la estructuración de una conducta punible imputada, lo cual, desde luego que concierne a la defensa pero no en la audiencia en la que se formula oralmente la acusación.

Nulidad por ausencia de imparcialidad del Fiscal del caso.

El apelante insistió en que la ecuanimidad del funcionario acusador no se encuentra garantizada, pues este mismo servidor público tiene a su cargo una investigación contra Jorge Eduardo Castillo Santos, Director Seccional de la DIAN Barranquilla, quien funge como víctima en la presente actuación.

Al respecto, el artículo 63 de la Ley 906 de 2004 dispone:

Las causales de impedimento y las sanciones se aplicarán a los fiscales, agentes del Ministerio Público, miembros de los organismos que cumplan funciones permanentes o transitorias de policía judicial, y empleados de los despachos judiciales, quienes las pondrán en conocimiento de su inmediato superior tan pronto como adviertan su

existencia, sin perjuicio de que los interesados puedan recusarlos. El superior decidirá de plano y, si hallare fundada la causal de recusación o impedimento, procederá a reemplazarlo.

(...)

En los casos de la Procuraduría General de la Nación, Fiscalía General de la Nación y demás entidades que tengan funciones de policía judicial, se entenderá por superior la persona que indique el jefe de la respectiva entidad, conforme a su estructura...

En el evento que ocupa la atención de la Sala, en audiencia de 15 de julio de 2015 el defensor recusó al Fiscal 6° Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá, puesto que este se encuentra al frente de dos investigaciones, la presente, en la que Jorge Eduardo Castillo Santos se constituyó como víctima, y otra en la que esta misma persona figura como indiciada, situación que, según el recurrente, afecta su imparcialidad, puesto que el funcionario favoreció a Castillo Santos al archivar la actuación seguida en contra de este.

Con motivo de la recusación, la sesión fue suspendida, para que el superior jerárquico del Fiscal del caso resolviera dicha recusación.

El 4 de agosto de 2015 el Director de Fiscalías Nacionales denegó la recusación planteada, en tanto consideró que no existe ningún interés indebido por parte del funcionario acusador, pues la actuación seguida en contra de Jorge Eduardo Castillo Santos fue recibida por el Fiscal cuando ya se encontraba archivada, lo que no afecta su ecuanimidad en el proceso seguido al doctor MANUEL HERNANDO MOLANO ROJAS.

Igualmente señaló que el servidor público recusado no ha manifestado previamente su opinión respecto de la responsabilidad penal del acusado, puesto que en la actuación

ya archivada, no practicó pruebas ni adoptó decisión de fondo alguna relacionada con el proceso seguido en contra de MANUEL HERNANDO MOLANO ROJAS, lo que hace innecesario separar al funcionario del conocimiento del presente proceso.

Como se advierte, la recusación del funcionario investigador ya fue resuelta por su superior jerárquico, como ordena el artículo 63 de la Ley 906 de 2004, quien consideró que no existía mérito para apartarlo del conocimiento de estas diligencias.

De allí deviene que si el Fiscal que hasta el momento ha adelantado el proceso, no se encuentra incurso en causal de impedimento, como lo determinó su superior funcional, no existe irregularidad alguna que corregir en ese sentido mediante nulidad, lo que de suyo desvirtúa las reproches del recurrente.

Ahora, si el defensor pretende que esta Sala 'declare impedido' al Fiscal 6° Delegado ante el Tribunal de Bogotá, o siquiera le sugiera apartarse de alguna de las dos actuaciones a su cargo, como equivocadamente lo consideró el Tribunal en el auto recurrido, ello resulta claramente improcedente, pues implicaría arrogarse una competencia que no le ha sido asignada por la ley.

Por ende, si el Fiscal que actúa en las presentes diligencias no fue separado por su superior jerárquico del conocimiento de la actuación, por no hallarse demostradas las causales de impedimento expuestas por el defensor, no entiende la Sala cuál es la lógica a la que ahora recurre para procurar la invalidación de lo actuado, teniendo como fundamento idéntica situación controvertida y decidida en el trámite administrativo.

Desconocen, el recurrente y el Tribunal, que dada la naturaleza de la función que cumple la Fiscalía General de la Nación dentro de la estructura procesal prevista en la Ley 906 de 2004, y los principios que orientan el régimen de impedimentos y recusaciones, ellos se resuelven por fuera de las audiencias, por tratarse de un trámite administrativo, luego, errado resultó el trámite que el Tribunal A quo le imprimió a la

recusación del Fiscal, puesto que, equiparó el procedimiento previsto para la recusación del funcionario judicial a cargo del proceso, con el que corresponde cuando el recusado es el fiscal.

Evidentemente, cuando el recusado es el juez, la oportunidad procesal para manifestar las circunstancias que, en consideración de la parte se estructura, es el inicio de la audiencia de formulación de acusación (artículos 339 del Código procesal Penal de 2004); no obstante, si a quien se recusa es al representante de la Fiscalía, el trámite será el previsto por el artículo 63 de la normatividad en cita:

Impedimento y recusación de otros funcionarios y empleados. Las causales de impedimento y las sanciones se aplicarán a los fiscales, agentes del Ministerio Público, miembros de los organismos que cumplan funciones permanentes o transitorias de policía judicial, y empleados de los despachos judiciales, quienes las pondrán en conocimiento de su inmediato superior tan pronto como adviertan su existencia, sin perjuicio de que los interesados puedan recusarlos. El superior decidirá de plano y, si hallare fundada la causal de recusación o impedimento, procederá a reemplazarlo.

Cuando se trate de impedimento o recusación de personero municipal, la manifestación se hará ante el procurador provincial de su jurisdicción, quien procederá a reemplazarlo, si hubiere lugar a ello, por un funcionario de su propia dependencia o de la misma personería, o por el personero del municipio más cercano.

En los casos de la Procuraduría General de la Nación, Fiscalía General de la Nación y demás entidades que tengan funciones de policía judicial, se entenderá por superior la persona que indique el jefe de la respectiva entidad, conforme a su estructura.

En estos casos no se suspenderá la actuación.²⁰

Por tanto, si el defensor consideraba que el fiscal encargado de investigar y acusar

a su defendido, estaba incurso en una causal de impedimento no manifestada, debió presentar ante el superior jerárquico del funcionario la solicitud, no esperar a que se diera inicio a la audiencia de acusación, para hacerle la petición al juez de conocimiento plural porque este no tiene dentro de sus atribuciones funcionales, la decisión de cambiar al fiscal. Tampoco era viable que el Tribunal suspendiera el proceso hasta tanto la Fiscalía realizara el trámite pertinente.

Finalmente, no puede dejarse de lado que la jurisprudencia de esta Corporación ya ha señalado que incluso en el caso de que el juez de conocimiento hubiere estado incurso en alguna causal de impedimento, no manifestada, ello no afecta la validez de la actuación, a fortiori, en los eventos en que el funcionario impedido es una de las partes;

Independientemente de cuánto intervino la jueza en el fondo del asunto al momento de examinar la solicitud de preclusión del trámite procesal presentada por la defensa, para la Sala es claro que el cargo no tiene ninguna virtualidad de prosperar, dado que la sola ausencia de manifestación de impedimento o la negativa del Tribunal a aceptar la recusación, no constituye causal de anulación del trámite procesal, ni es posible verificar que la decisión de negar la preclusión represente, per se, antecedente inescapable de algún tipo de parcialidad futura en la funcionaria.

(...)

En una de las más recientes decisiones al respecto, esto se anotó²¹:

“Pues bien, para la Sala es claro que las dos propuestas esgrimidas en el libelo por la senda de la nulidad carecen de trascendencia, esto es, incumplen tal predicado inherente al recurso de casación y la misma exigencia que orienta el decreto de esta medida extrema.

En cuanto al primer cargo, dado que el planteamiento ni siquiera rebate la postura

pacífica de esta Sala según la cual cuando el funcionario judicial no se separa de la actuación ello no comporta la nulidad de la actuación procesal ni tampoco estructura un motivo de incompetencia, como igual lo precisó el Tribunal en el fallo impugnado al responder el mismo reclamo formulado en la apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia de primera instancia²². Así se sostuvo, por ejemplo, en CSJ SP, 1 ago. 2002, rad. 14.501, al indicar que el impedimento:

“es un fenómeno que no transforma a ninguno de los extremos que determinan la competencia, vale decir, su configuración no altera la cuantía del hecho, no muta el territorio donde sucedió, no le quita o le da el carácter de aforado al justiciable.

Se trata de un aspecto por completo íntimo del funcionario, que lo liga de una manera u otra no a la naturaleza del proceso, sino a las partes. Aquél deberá sopesar si el concreto y evidente motivo de impedimento que respecto suyo se configura, puede poner en riesgo su ánimo y, por tanto, un ponderado y sereno buen juicio. Si lo reconoce, no significa que el asunto ya no sea de su competencia, sino que en acatamiento de principios superiores, que tocan con el derecho de acceso a la justicia y la obligación de los funcionarios de hacer efectivos los derechos, garantías, obligaciones y libertades (artículo 1º, Ley 270 de 1966), permita que otro juez lo releve en el conocimiento de la actuación.

Para el recurrente, por tanto, existiendo esta línea de pensamiento jurisprudencial (reiterada, entre muchas en CSJ SP, 14 jul. 2010, rad. 29224 y CSJ SP, 8 nov. 2011, rad. 34495), era imperativo, en aras de la trascendencia del reclamo, evidenciar su desacierto, exponiendo las razones por las cuales tal hermenéutica es incorrecta, argumentación inexistente en la censura, no obstante, ya se dijo, el Tribunal había hecho referencia a ella.”

Como el impedimento, se reitera, no es factor asimilable a la competencia y

representa un elemento íntimo del funcionario, el que se materialice o no la causal para el efecto, de ninguna manera conduce a la nulidad de lo actuado. Cuando más, a que se investigue penal o disciplinariamente a quien guardó silencio.

Con mayor razón en el caso examinado, pues, se hizo uso del mecanismo de recusación -con lo cual, sobra anotar, fue utilizado el medio adecuado para lograr el apartamiento del funcionario-, solo que el Tribunal negó la solicitud luego de detallado estudio de la intervención previa de la jueza.

Y si bien, es posible predicar que el Tribunal pudo equivocarse en su apreciación, ello no conduce tampoco a definir pasible de invalidación el trámite, precisamente porque, se reitera, el que no se aparte del conocimiento el juez no dice relación con el debido proceso en su estructura, ni las causales de impedimento pueden asemejarse a circunstancias de incompetencia o falta de jurisdicción.

Es factible, desde luego, asumir que fueron vulnerados los principios de imparcialidad de independencia, pero ello de ninguna manera puede tener como soporte único la existencia de la causal de impedimento, conforme lo anotado, motivo por el cual se obliga del demandante establecer con precisión cómo se materializaron esos factores en la actuación de la jueza y qué efecto dañoso específico produjeron para el acusado.” (CSJ AP 5651-2015, 30 sep. 2015, rad. 46.758).

Lo considerado lleva a la Sala a concluir que no se presentaron las irregularidades señaladas por el defensor como transgresoras del debido proceso, por tanto, se confirmará el auto revisado por vía de apelación.

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

RESUELVE

Confirmar la decisión apelada, por las razones señaladas en esta providencia.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Comuníquese y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUÍS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Adoptada en audiencia de formulación de acusación.
- 2 Folios 1 a 38 del cuaderno 1 del juicio.
- 3 Según se extracta del escrito de acusación, a folio 38 del cuaderno 1 del juicio.
- 4 Folios 1 a 38 del cuaderno 1 del juicio.
- 5 Folios 213 a 245 del cuaderno 1 del juicio.
- 6 Artículo 416 del Código Penal.
- 7 Sesión de 10 de febrero de 2015, archivo 1, record: 11:50.
- 8 Sesión de 10 de febrero de 2015, archivo 1, record: 31:20.
- 9 Sesión de 22 de septiembre de 2015, archivo 1, record: 2:27:00.

10 Negrillas fuera del texto.

11 Sesión de 12 de febrero de 2015, archivo 1, record: 1:19:00.

12 El servidor público que indebidamente dé a conocer documento o noticia que deba mantener en secreto o reserva, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

Si de la conducta resultare perjuicio, la pena será de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, multa de veinte (20) a noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.

13 Sesión de 12 de febrero de 2015, archivo 1, record: 57:30.

14 El Servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

15 CSJ AP 299-2016. 27 ene. 2016, rad. 47.271.

16 Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.

17 La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco

de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías...

18 El escrito de acusación deberá contener:

1. La individualización concreta de quiénes son acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
2. Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible.
3. El nombre y lugar de citación del abogado de confianza o, en su defecto, del que le designe el Sistema Nacional de Defensoría Pública.
4. La relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso.
5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener:
 - a) Los hechos que no requieren prueba.
 - b) La transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo.
 - c) El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio.
 - d) Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación.
 - e) La indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre,

dirección y datos personales.

f) Los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía.

g) Las declaraciones o deposiciones.

La Fiscalía solamente entregará copia del escrito de acusación con destino al acusado, al Ministerio Público y a las víctimas.

19 Negrillas fuera del texto.

20 La negrillas son de la Sala.

21 Radicado 44040 del 22 de octubre de 2014

22 Pág. 36 del fallo de segundo grado.