

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Magistrado ponente

SP3657-2016

Radicación n° 46589

(Aprobado Acta No.080)

Bogotá D.C., dieciséis (16) de marzo dos mil dieciséis (2016).

La Sala se pronuncia respecto del recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, mediante la cual denegó la nulidad por aquella solicitada en la audiencia de formulación de acusación adelantada contra JUDAS JAIRO EVELIO SANTA PARRA -en calidad de juez-, como presunto responsable de prevaricato por acción.

ANTECEDENTES RELEVANTES

Descripción fáctica objeto del proceso.

Esta Colegiatura la sintetizó de la siguiente manera en anterior ocasión:

<<La Fiscalía Once Delegada ante Tribunal Superior -de la Dirección de Fiscalías Nacionales, Grupo Eje Temático para la Investigación de la Corrupción en la Administración

de Justicia-, presentó escrito de acusación contra JUDAS JAIRO EVELIO SANTA PARRA como responsable de prevaricato por acción.

<<La conducta fue presuntamente perpetrada por el prenombrado en ejercicio de su empleo como Juez Tercero Penal del Circuito de Palmira con función de control de garantías, al sustituir en segunda instancia, el 18 de diciembre de 2008, la detención preventiva en establecimiento carcelario por domiciliaria a favor de Leonardo Ceballos Giraldo, quien tras haber sido imputado “(...) por (...) tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en razón de hechos ocurridos en el aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón, donde fuera capturado en flagrancia llevando consigo 1.200 gramos de heroína cuando se aprestaba a abordar un vuelo con destino a Nueva York (...)”, aceptó los cargos en la audiencia concentrada llevada a cabo el 20 de noviembre de 2008, en la cual le fue impuesta medida de aseguramiento intramural y “denegada la sustitución por la detención domiciliaria, no (...) presentando recurso alguno (...) la defensa”>>.

Actuación.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Buga el 27 de enero de 2015 instaló la audiencia de formulación de acusación en contra del servidor público -SANTA PARRA-, escenario en el que el defensor recusó a los integrantes de la colegiatura, sin embargo éstos no aceptaron el señalamiento y remitieron lo actuado a la Sala que sigue en turno, la cual por auto proferido el 23 de abril de 2015, declaró “infundada la recusación”.

Reanudada la audiencia el defensor solicitó la nulidad de todo lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación inclusive, basado en que fueron quebrantados los derechos del encartado al debido proceso y defensa, por cuanto la Fiscalía General de la Nación no comunicó oportunamente la existencia de la “instrucción”

adelantada contra JUDAS JAIRO EVELIO SANTA PARRA, donde solicitó al ente acusador “permitiera “hacer uso del derecho de contradicción” mediante “interrogatorio -al- indiciado” antes de “la audiencia de formulación de imputación”, sin que hubiese sido concedido, pese a ser “un derecho propio que tenía el mismo a la defensa material y por su puesto a la defensa técnica”.

La solicitud de nulidad fue denegada por el Tribunal el 29 de julio de 2015, decisión contra la cual la defensa interpuso recurso de apelación, el cual fue sustentado y la carpeta remitida a la Corte para la resolución del asunto.

DECISIÓN IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Buga denegó la solicitud de nulidad, por cuanto consideró que el fundamento fáctico de la pretensión, cual fue que la Fiscalía no accedió a escuchar al indiciado mediante interrogatorio, no se acreditó, pues no obra petición al respecto, como tampoco es obligación del órgano de acusación adelantar la mencionada diligencia.

Señaló que la defensa no concretó de qué forma esa posible irregularidad afectó de forma sustancial las garantías constitucionales del procesado o desconoció las bases del sistema penal acusatorio, que imponga retrotraer la actuación en los términos requeridos.

Además, si es deseo del procesado brindar explicaciones sobre el caso, cuenta con la posibilidad de ofrecer su declaración para su práctica en la audiencia de juicio oral, por tanto frente a la existencia de oportunidades para subsanar la aducida irregularidad, no tiene cabida la invalidación pretendida.

De otra parte, indicó el Tribunal que SANTA PARRA conoció de la indagación que “en su contra se adelantaba”, pues incluso el apoderado manifestó haber solicitado

infructuosamente a la Fiscalía llevar a cabo el interrogatorio y, de cualquier manera, la anulación por falta de comunicación de la indagación no opera en todos los casos automáticamente y en este evento no se ve cuál fue la afectación sustancial que amerite esa determinación.

LA APELACIÓN

1. El defensor señaló que constituye una carga para el Estado comunicar a todo indiciado que en su contra se adelanta una investigación, porque es la forma de garantizar el derecho de defensa, el cual es intemporal, es decir, su ejercicio no está condicionado a la formulación de la imputación.

En este caso lo que ha reclamado en razón de su derecho el doctor JAIRO JUDAS EVELIO SANTA PARRA, es que se le brinde la oportunidad de concurrir al despacho del fiscal a presentar “una serie de elementos materiales probatorios, evidencia física que permitiera entender que no se ha incurrido en el tipo penal por el cual se le llamó a formulación de cargos y de esta forma evitarle una carga jurídica a un administrador de justicia transparente en sus decisiones y evitarle una carga al Estado de una actuación en un sistema que está totalmente congestionado”. (Minuto 44:28.)

Aseguró el abogado que, contrario a lo indicado en el auto, el doctor JAIRO JUDAS sólo se enteró de la “investigación” cuando fue citado para la “formulación de cargos”, momento en el cual se desplazó al “despacho fiscal” y solicitó diligencia de interrogatorio como su primer medio de defensa, pero no fue escuchado.

2. El procesado complementó la anterior sustentación indicando que, de acuerdo tanto con la Convención Americana sobre Derechos Humanos como pronunciamientos de la Corte Interamericana, la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, el derecho de defensa es suprallegal, no admite convalidación y debe garantizarse desde la fase de indagación por ser intemporal.

Además –continuó SANTA PARRA- no es posible que hubiese convalidado la irregularidad, pues realmente no sabía de la indagación, como tampoco es verdad que no hubiese solicitado interrogatorio, ni que para ello sea necesario pedirlo por “escrito”.

Aclaró que en ejercicio del derecho de defensa, una vez citado para la audiencia de imputación, acudió al despacho del fiscal a ofrecerle “evidencias”, consistentes en “cinco libros de derecho penal, habeas corpus, libertad inmediata por vencimiento de términos, primera y segunda edición, –e- independencia judicial”.

CONSIDERACIONES

1. La Sala es competente para resolver este asunto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32.3 de la Ley 906 de 2004, por tratarse de la apelación de una decisión adoptada en el curso de un proceso adelantado ante un Tribunal Superior de Distrito Judicial.

2. En la presente cuestión tanto el defensor como el procesado pretenden se revoque la decisión impugnada para que en su lugar se decrete la nulidad de lo actuado a partir de la formulación de la imputación inclusive, por cuanto siendo intemporal el derecho de defensa, SANTA PARRA: (i) no fue enterado de la indagación sino sólo al momento en que fue citado para la formulación de la imputación, lo cual le impidió aportar elementos materiales de prueba al fiscal, consistentes en “cinco libros de derecho penal, habeas corpus, libertad inmediata por vencimiento de términos, primera y segunda edición, –e- independencia judicial”, y (ii) no fue escuchado por el fiscal en interrogatorio al indiciado no obstante ser su primer acto de defensa.

3. En este sentido la Sala resolverá los siguientes problemas jurídicos:

¿Constituye violación al derecho de defensa la negativa de la Fiscalía a escuchar en

interrogatorio al indiciado, solicitado por este con el propósito de brindar explicaciones y aportar elementos de conocimiento para impedir la formulación de imputación?

¿Debe decretarse la nulidad de todo lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación inclusive, cuando el indiciado sólo es enterado de la indagación al momento que es citado para la mencionada diligencia?

3.1. El interrogatorio al indiciado no es obligatorio.

Recuerda la Sala que cuando el Estado colombiano optó por cambiar su sistema penal mixto de tendencia inquisitiva a uno de características acusatorias, varió, no sólo la dinámica y formas del enfrentamiento, también modificó los parámetros de intervención de los contendientes.

Así, eliminó las diligencias de versión libre y de indagatoria, escenarios en los que la Fiscalía llamaba a quien luego se convertiría en su contraparte, en un claro acto jurisdiccional -y de subordinación-, a inquirirla por su comportamiento; y adoptó un esquema de paridad de armas, en el sentido de que las partes fueron facultadas para adelantar la investigación en condiciones de igualdad, al menos en la mayor medida de lo posible, teniendo en consideración la naturaleza misma de los roles y responsabilidades que les corresponde asumir.

En el Libro II del Código de Procedimiento Penal de 2004, están contenidas actividades de indagación e investigación, tanto para la Fiscalía como para la defensa. El Título I refiere la forma en que la Fiscalía realiza la indagación y la investigación, de manera que el Capítulo I enuncia los órganos de indagación e investigación (artículos 200 al 212 A), el Capítulo II relaciona las actuaciones que no requieren autorización judicial previa

(artículos 213 a 245), el Capítulo III, a su turno, consagra las actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización (artículos 246 a 250), el Capítulo IV se ocupa de los métodos de identificación (artículos 251 a 253); y, el V está orientado a regular la cadena de custodia (artículos 254 a 266).

El Capítulo VI relaciona las facultades mediante las cuales se puede ejercer, de una manera amplia, el derecho de defensa (artículos 267 a 274), el cual ha de entenderse integrado con el contenido de los artículos 8º, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124 y 125, entre varios más.

A su vez el Capítulo Único del Título II señala los medios de conocimiento que pueden tenerse en cuenta en la indagación (artículos 275 a 285); dentro de los cuales se encuentra el interrogatorio al indiciado, sin que se observe obligatoria su realización. Expresamente dice el artículo 282:

“El fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, que tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna, le dará a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. Si el indiciado no hace uso de sus derechos y manifiesta su deseo de declarar, se podrá interrogar en presencia de un abogado. (Resaltado fuera de texto).

Como puede observarse, el interrogatorio al indiciado es un instituto diferente a la indagatoria y a la versión libre contenidas en la Ley 600 de 2000, por las razones indicadas por esta Corte en auto proferido el 30 de abril de 2014, radicado No. 43490:

“(…) ya no es un medio de vinculación procesal, no la dirige necesariamente el fiscal, su realización no es presupuesto del debido proceso, por tanto su realización es

optativa, tanto para el fiscal como para el indiciado o imputado, y los resultados de la misma no son obligatoriamente derroteros a seguir dentro del esquema procesal; es, ante todo, un acto de parte, orientado a intentar obtener información relevante para definir la teoría del caso de la Fiscalía”.

En este orden de ideas la no realización del interrogatorio “no comporta irregularidad alguna sin que exista, como lo pretende el defensor impugnante, un derecho a que la contraparte escuche al indiciado o indagado de cara al avance y destino de la investigación”. (Ídem).

No obstante, cabe aclarar, que la anterior proposición no es contraria al derecho de toda persona que sea privada de su libertad a ser llevada ante una autoridad judicial competente y, si lo desea, a ser escuchada por ésta respecto de las causas de la captura. Así lo disponen tanto el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como los artículos 28 y 32 de nuestra [Constitución Política](#) y varios artículos de la Ley 906 de 2004 -entre ellos el 2, 297 y siguientes-.

Como tampoco desvirtúa la obligación del juez o tribunal competente e imparcial, a escuchar a quien ha sido acusado de algún delito -de acuerdo con lo indicado en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 29, 250-4 de la [Constitución Política](#), 16, 17, 336 y siguientes, y 366 y siguientes, entre otras disposiciones, del Código de Procedimiento Penal-.

Sin embargo, “no existe ninguna norma, dentro de la legislación patria ni de ningún tratado internacional que proteja derechos humanos, que obligue al fiscal a escuchar al indiciado o imputado, básicamente porque dentro de un esquema de adversarios no se puede forzar a una parte a realizar ninguna actividad investigativa en particular; sino

que, por el contrario, cada una evalúa sus opciones de cara al éxito de su teoría del caso y así programa metodológicamente sus labores”. (Ídem).

En este sentido, el no atender en interrogatorio al indiciado, no constituye vulneración de derechos o irregularidad alguna; sin que se desconozca, que de acuerdo con los postulados del enfrentamiento, sea aconsejable que la Fiscalía escuche sus descargos, pero en ningún caso, tal diligencia adquiere el carácter de obligatoria para ninguno de ellos.

El mismo razonamiento se predica de los demás medios de conocimiento que pretenda hacer valer la defensa, pues, se insiste, si bien es deseable que el ente acusador los verifique y así puede llenarse de mayores elementos de juicio de cara a determinar si hay lugar a formular imputación, ello no implica que realmente esté obligado a recibirlos.

3.2. La comunicación tardía de la indagación no implica necesariamente la anulación de la actuación.

3.2.1. No se discute el derecho que le asiste a quien ostenta la condición de indiciado de ejercer el derecho de defensa desde el mismo momento en el cual tenga noticia de la existencia de una indagación en su contra, lo cual significa que el juez de control de garantías debe autorizar su participación, si así lo solicita (sentencia C-025 de 2009).

Igualmente, por razones de lealtad, igualdad de armas y garantía del derecho de defensa -intemporal- (artículos 8º, 119 y 267 de la Ley 906 de 2004 en armonía con las sentencias C- 799 de 2005, C-210 de 2007 y C-025 de 2007), la Fiscalía está en el deber de: (i) informar al indiciado, que ya ha sido individualizado, acerca del adelantamiento de la indagación preliminar, -sin que ello se extienda a la comunicación de las labores investigativas que la Fiscalía pretende realizar, por razones obvias de eficacia garantizadas en gran medida por el factor sorpresa que las caracteriza- y (ii) formular la imputación, una vez satisfechos integralmente los fines de la

indagación dentro del término establecido en la ley.

No obstante, el incumplimiento de esos deberes no implica necesariamente la invalidación de la imputación, pues debe analizarse en cada caso concreto si la irregularidad observada genera afectación sustancial de alguna garantía fundamental, trascendente e insubsanable, es decir que su protección solo tiene cabida mediante la anulación.

Esto por cuanto, como lo tiene dicho la Sala respecto de los trámites adelantados por la Ley 600 de 2000, la falta de notificación o comunicación al imputado conocido sobre la investigación previa no corresponde a un acto estructural del proceso penal, ni comporta una afrenta contra el ejercicio del derecho de defensa “en su componente de contradicción”¹; razonamiento que también es predicable de la indagación dispuesta en el sistema penal acusatorio de la Ley 906 de 2004, por estar instituida para los mismos fines que aquella, ser una fase preprocesal e igualmente contingente.

3.2.2. Adicionalmente, en lo concerniente a la invalidación de los actos procesales surtidos, conforme lo ha señalado en varias oportunidades esta Corporación, entre otros, en los autos SP, 9 may. 2007, Rad. 27022; SP, 29 oct. 2010, Rad. 30300; AP, 12 mar. 2014, Rad. 43158 y AP, 30 jul. 2014, su fundamentación no es de libre configuración, sino que se encuentran sometidos al cumplimiento de precisos principios que permiten su activación.

De conformidad con esos preceptos, únicamente es factible discutir las nulidades expresamente previstas en la ley (taxatividad); no se pueden invocar por el sujeto procesal que haya dado lugar a la configuración del motivo invalidante, excepto los eventos en que se esté ante la ausencia de defensa técnica (protección); aunque se configure la irregularidad es posible conjurarla con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de que se observen las garantías (convalidación); quien

solicite la nulidad debe acreditar que la irregularidad afecta (i) derechos constitucionales de los sujetos procesales o (ii) desconoce las bases esenciales del juzgamiento (trascendencia); y es indispensable verificar que no existe otra solución procesal distinta que la de rehacer la actuación (residualidad).

A esta conclusión arribó la Sala al interpretar las normas que regulan el instituto de la nulidad y porque consideró que la actividad del Estado tiene por fin esencial el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, entre los que se cuentan la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228), las garantías fundamentales, la legalidad de la prueba, la competencia del juez, consagrados principalmente en el artículo 29 ídem.

Esos principios, contrario a lo propuesto por el procesado, deben concurrir en todos los casos.

4. En el presente asunto la falta de comunicación oportuna de la indagación, generó, según la defensa, que SANTA PARRA no pudiera suministrar al fiscal elementos de conocimiento consistentes en “cinco libros de derecho penal, habeas corpus, libertad inmediata por vencimiento de términos, primera y segunda edición, -e- independencia judicial”, para con ellos evitar la formulación de la imputación; sin embargo, como viene de verse, esta situación no constituye alguna afectación iusfundamental, pues el fiscal no está en el deber de recaudar los elementos de conocimiento que pretende aportar la defensa.

Además esta última contará -en la audiencia preparatoria- con la oportunidad de solicitar el decreto de las pruebas que estime legales, pertinentes, admisibles, conducentes y útiles; incluso puede ofrecer la declaración del procesado, la cual, como se indicó en el acápite anterior, el fiscal tampoco estaba en la obligación de recaudarla mediante interrogatorio.

Lo anterior resulta suficiente para advertir que la nulidad solicitada es infundada y por lo mismo, la decisión que se impone es la confirmación del auto impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Confirmar la decisión apelada.

Comuníquese y cúmplase.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Ver autos proferidos por la Sala de Casación Penal el 20 de junio de 2006, radicación 25090; 10 de agosto de 2006, radicación 20.451; y 1º de febrero de 2012, radicación 38145.