

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

AP3180-2019

Radicación 55652

Aprobado según Acta N° 195

Bogotá, D.C, seis (6) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

ASUNTO

La Corte se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de 29 de mayo de 2019 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, dentro del proceso adelantado contra OBDULIA MARGARITA RUIZ GÁMEZ.

HECHOS

El 10 de enero de 2010, OBDULIA MARGARITA RUIZ GÁMEZ en su condición de Juez Quinta Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Santa Marta, en desarrollo de la audiencia concentrada de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento, decretó la ilegalidad de la captura y dispuso la libertad de José Rafael Camargo Iglesia, quien había sido capturado el día anterior en esa ciudad, luego de haber participado presuntamente en el hurto de \$74´000.000 mediante intimidación con arma de fuego, en perjuicio de Jobino Martínez Rangel.

La decisión se fundamentó en la inexistencia de elementos materiales probatorios y

evidencia física que acreditaran la captura en flagrancia porque no se aportó la prueba de absorción atómica indicativa que el capturado previamente hubiese accionado algún arma de fuego, ni al artefacto incautado se le practicó experticia que corroborara haber sido disparada recientemente, y porque el aprehendido fue víctima de maltrato constitutivo de afectación a su dignidad humana.

Según la fiscalía, el proveído de la juez de garantías resulta contrario a derecho porque en la audiencia se aportaron los medios de conocimiento suficientes para deducir la flagrancia, amén que no se trataba de un asunto complejo o confuso; tampoco la funcionaria judicial requirió aclaración alguna ni ordenó escuchar a los policiales captores para absolver las eventuales dudas sobre el procedimiento de aprehensión, limitándose a acoger los argumentos aducidos por la defensa.

La susodicha decisión fue revocada por el superior¹ en audiencia de 5 de junio de 2009, quien hizo «serios cuestionamientos a la instancia y al fiscal».

ANTECEDENTES PROCESALES

1.- Con fundamento en los sucesos anteriormente descritos, la Fiscalía Quinta Delegada ante el Tribunal Superior de Santa Marta presentó escrito de acusación el 2 de octubre de 2015 contra OBDULIA MARGARITA RUIZ GÁMEZ por el delito de prevaricato por acción, surtiéndose la respectiva audiencia de formulación oral de los cargos el 9 de diciembre de ese mismo año.

2.- El 30 de marzo de 2016 se inició la audiencia preparatoria, que fue suspendida para adoptar la decisión sobre las pruebas solicitadas por las partes, teniendo en cuenta que el Ministerio Público y la defensa solicitaron la exclusión de la totalidad de los testimonios de la Fiscalía porque no fueron descubiertos ni enunciados en los actos procesales precedentes.

3.- El 1º de diciembre de 2016 se reanudó la vista preparatoria con la lectura de la decisión en la cual se decretaron las pruebas pedidas por la fiscalía, mientras que la única prueba instada por la defensa técnica fue denegada.

Contra dicha determinación la defensa interpuso únicamente el recurso de reposición, limitando su inconformidad al decreto de las pruebas testimoniales del ente investigador, motivo por el cual fue nuevamente suspendida la diligencia para decidir el recurso.

4.- El 25 de junio de 2018 continuó la audiencia con la lectura del proveído a través del cual se confirmó íntegramente el decreto de las pruebas testimoniales de la Fiscalía.

5.- El 13 de mayo de 2019 se instaló el juicio oral y antes de dar inicio al recaudo probatorio, el defensor propuso la nulidad de la decisión que decretó la práctica de pruebas, dando lugar a la suspensión de diligencia para adoptar la decisión correspondiente el 29 de mayo de 2019, publicitada en audiencia de 6 de junio de 2019, contra la cual se interpuso recurso de apelación por parte del defensor, que es objeto de este pronunciamiento.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

El Tribunal señaló inicialmente que los argumentos expuestos en la petición de nulidad resultan idénticos a los presentados en el recurso de reposición contra el auto que decidió la solicitud probatoria de las partes.

Igualmente apuntó que, conforme a la sentencia de tutela presentada por el defensor contra el auto cuya invalidación pretende en esta oportunidad, el juicio oral no es el momento procesal para realizar dicha petición pues para ello cuenta con «la apelación de la sentencia, la demanda de casación o la acción de revisión».

Luego, el a quo estimó que no había vulneración alguna al debido proceso como lo planteó el defensor, porque el descubrimiento probatorio puede efectuarse en la formulación de

acusación entendida como un acto complejo y no se limita a lo consignado en el escrito de cargos.

Destacó que en la audiencia de acusación el fiscal dijo que en la vista preparatoria se referiría a «los testimonios de unas personas que se han mencionado por parte de la fiscalía» (resaltado original).

A reglón seguido, el Tribunal señaló que aunque en la audiencia preparatoria la fiscalía no enunció las pruebas que pretendía hacer valer en el juicio, ello no comportaba la renuncia de las probanzas testimoniales, así como tampoco hubo solicitud ni decreto de prueba implícita porque los mismos fueron debidamente solicitados y decretados según consta en el registro magnetofónico de la vista pública preparatoria al minuto 56 y ss.

Con cita de jurisprudencia de esta Corporación expresó que la enunciación de las pruebas en la audiencia preparatoria tiene por objeto la posibilidad de efectuar estipulaciones, empero «resulta incompatible....que se pretenda aplicar la sanción prevista en el artículo 346 relativa al incumplimiento del deber de descubrimiento por el hecho de haberse omitido la enunciación de los testimonios, puesto que como se dejó sentado en líneas precedentes, los mismos habían sido descubiertos desde la formulación de acusación».

Aludió a los momentos en los cuales, según la jurisprudencia, se agota el descubrimiento probatorio, siendo la última oportunidad en la audiencia preparatoria y su propósito es enterar a la defensa para que conozca oportunamente los testimonios, dictámenes periciales y demás elementos que sustentan la acusación y que pueden ser solicitados por el ente acusador, de modo que la fiscalía sí descubrió los elementos de prueba y nunca fueron renunciados por la parte solicitante, por lo que no se vislumbra afectación al debido proceso.

EL RECURSO

El defensor indicó que su petición de nulidad está sustentada en el desconocimiento del debido proceso probatorio y el derecho de defensa.

Reiteró que la petición de nulidad en la etapa de juicio tuvo como respaldo la decisión de tutela en la que, si bien se indicó que al interior del proceso penal existían los mecanismos para reclamar la protección de los derechos conculcados, sin embargo, allí no se precisó cuál era y por eso entendió que uno de ellos era la nulidad planteada al inicio del juicio oral. Además porque en el evento de guardar silencio y pedir la invalidación en el recurso contra la sentencia se le podría achacar la convalidación de la irregular actuación.

A su juicio, no puede reprocharse que los planteamientos de la nulidad sean los mismos que los de la reposición dadas las diferencias existentes entre una petición de invalidación y la sustentación de un recurso.

Insistió en que, si bien la acusación es un acto complejo, sin embargo, en la audiencia de formulación de acusación el fiscal se limitó a dar lectura del escrito de acusación sin adicionarlo y sin que mencionara los testigos que pretendía como prueba en el juicio oral.

Cuestionó la «indebida...intromisión e invasión del Tribunal en su sala mayoritaria respecto de la actuación del fiscal» en el curso de la audiencia de acusación, cuando el Magistrado Ponente le recordó al fiscal que ese era el momento procesal para que se hiciera «el completo descubrimiento probatorio», pues ello significó que el ente investigador enmendara «sus deficiencias», entendiendo que bastaba requerirlo para que suministrara la dirección de los testigos como se hizo en un primer momento y no insistir en el cabal descubrimiento.

Rememoró el pronunciamiento de la Corte en el AP5614-2014 radicado 42720 de 2014, para señalar que lo definido en ese asunto correspondió exactamente con lo acontecido en el presente proceso porque el fiscal de la época incurrió en idéntico yerro de omitir «el deber de solicitar la prueba testimonial».

Aduce que aunque el descubrimiento probatorio no se cumple únicamente en el momento de la acusación como acertadamente lo dice el Tribunal, no por ello se puede desconocer que existen unos «distintos pasos, [que] además de sistemáticos son preclusivos y uno es presupuesto del otro, mientras no se descubra no se puede enunciar y si no se enuncia no se puede decretar así se pida».

De esta forma, es equivocado el proceder del a quo al haber decretado las pruebas testimoniales cuando admite que hubo omisión parcial de la enunciación de los testigos por parte de la fiscalía pero que lo enmendó al momento de realizar la solicitud, de modo que resulta aplicable la sanción del artículo 346 del C. de P.P. pues el fiscal no cumplió la obligación procesal de hacer oportunamente el descubrimiento, a pesar que contaba con «todos los elementos materiales probatorios desde los mismos albores de la investigación».

Señala que ni siquiera en el escrito de acusación se consignó cuál era la prueba testimonial y ese yerro no fue corregido tampoco con la intervención del Tribunal en la formulación de acusación, pues el representante de la fiscalía simplemente se limitó a señalar que las entrevistas y demás elementos materiales probatorios eran documentos públicos, sin precisar quiénes eran los testigos.

Por lo anterior, insiste en el desconocimiento del debido proceso probatorio, el derecho de defensa y la igualdad, reclamando «respeto por la imparcialidad del juez como una garantía fundamental integrante del debido proceso deprecando que se revoque la providencia impugnada y se decrete la nulidad en los términos inicialmente planteados».

NO RECURRENTES

1.- La Fiscalía pidió la confirmación de la decisión impugnada al no configurarse vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso, al derecho de defensa, al derecho a la igualdad, ni a la igualdad de armas como se refirió el defensor.

Al efecto, destacó que la fiscalía no ha ocultado los elementos materiales probatorios, evidencia física ni la información legalmente obtenida pues fue entregada de forma efectiva hace más de 3 años, esto es, el mismo día de la formulación de acusación, el 9 de diciembre de 2015, contando con tiempo suficiente para evidenciar analizar y controvertir las entrevistas e informes de policía judicial, «que es el principio cardinal del sistema acusatorio».

Igualmente destacó que al inicio de la audiencia preparatoria se cuestionó a la defensa sobre alguna inconformidad con el descubrimiento probatorio y no efectuó ningún reparo, advirtiéndole que para ese momento el defensor ya tenía en su poder todos los datos de los testigos que aparecen en los elementos enlistados en el escrito de acusación, por lo que «no han habido maniobras de la fiscalía para ocultar, para que la defensa no tenga conocimiento de las pruebas y asaltarla en la buena fe».

En relación con la imparcialidad del juez, replicó que «no hay (sic) ninguna intromisión indebida, ilegal, grosera, absurda del Tribunal, sencillamente es el deber que tiene el director de la audiencia de acusación para reconvenir al fiscal para que se convalide cualquier irregularidad que suscite como era el requerimiento y la aclaración que hace la Magistratura», recordando la intervención del fiscal en la audiencia de acusación para precisar que antes del requerimiento que se hiciera por el Magistrado, ya el fiscal había realizado la aclaración sobre los testimonios.

2.- El apoderado de la víctima Jobino Martínez Rangel se acogió a los argumentos de la fiscalía y reiteró la solicitud para que no se revoque la decisión confutada.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 numeral 3º de la Ley 906 de 2004,

concierno a esta Sala decidir el presente recurso de apelación como quiera que está dirigido contra una decisión proferida en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta que denegó la nulidad del auto que decretó las pruebas testimoniales del ente investigador.

2.- Cuestión previa

Antes de decidir el recurso, la Sala advierte que mediante sentencia STP13381-2018, Radicado 100591, de 11 de octubre de 2018, los Magistrados Eyder Patiño Cabrera y Luis Guillermo Salazar Otero decidieron la acción de tutela interpuesta por el defensor de la acusada Obdulia Margarita Ruiz Gámez contra el Tribunal de Santa Marta con ocasión del auto de fecha 1º de diciembre de 2016 que decretó las pruebas testimoniales de la Fiscalía.

Dicha actuación no comporta en manera alguna casual de impedimento de los Magistrados que conocieron de ese trámite, pues aunque existe identidad del problema jurídico planteado en la acción de tutela con el objeto de este proveído, sin embargo, no emitieron juicio de fondo en relación con la eventual vulneración de las garantías fundamentales pues simplemente se limitaron a constatar la improcedencia del amparo constitucional en razón al principio de subsidiariedad de la Tutela dado que el proceso aún se encuentra en curso.

3.- Oportunidad para solicitar y decidir la nulidad de las pruebas ordenadas en la audiencia preparatoria.

El artículo 29 de la Constitución Nacional consagra que toda persona señalada de cometer o participar en una conducta delictiva, tiene derecho «a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria».

En aras de preservar dicha garantía fundamental, se implementó el sistema procesal penal

acusatorio a través de la Ley 906 de 2004, siendo algunos de sus rasgos esenciales la oralidad y concentración del juicio para garantizar la celeridad en la actuación penal y de la sentencia en la que se define la responsabilidad penal del acusado.

Ello comporta que el acto de juzgamiento se desarrolle en forma continua, sin interrupciones, practicando las pruebas ordenadas previamente en la audiencia preparatoria, evitando cualquier debate que interfiera con esa finalidad y desvíe la atención en el desarrollo del juzgamiento, porque

«....al inicio del debate probatorio ya debe estar superada cualquier discusión en torno de su práctica, porque precisamente para ello se diseñó la audiencia preparatoria, escenario en que se resuelven todos los debates vinculados con dicha temática, a través de un auto que habrá de contener la clase de prueba a practicarse en el juicio, la forma de su incorporación, el orden de su presentación, aquello que se excluye del debate, etcétera; proveído susceptible de los recursos correspondientes, pero que una vez en firme, deja zanjada toda la discusión al respecto».2

En ese mismo sentido, la Corte precisó en AP897-2014 Radicado 43176:

«Con fundamento en las reglas del sistema de procesamiento penal oral acusatorio, el tema concerniente a las pruebas que se deben practicar en el juicio queda agotado en la audiencia preparatoria, salvo la contingencia prevista en el inciso final del artículo 357 ibídem, referente a la facultad conferida al Ministerio Público para solicitar la práctica de aquellas que sean trascendentes para resolver el objeto del proceso y que no fueron solicitadas por las partes.

En consecuencia, no es procedente que en los momentos procesales subsiguientes del juicio oral se retorne a los aspectos relacionados con las solicitudes probatorias y su decreto, a menos que, durante la práctica de las autorizadas, se haga necesaria la exclusión de alguna de ellas por haber sido obtenida con violación de las garantías fundamentales, como así lo

dispone el artículo 23 del mismo ordenamiento, caso en el cual igual tratamiento reciben las que sean resultado de ella.”

Así entonces, dados los fines del proceso penal y aplicado a ellos los criterios moduladores de la actividad procesal señalados en el artículo 27 ídem, se impone con criterio ponderado evitar los excesos contrarios que resulten en detrimento de la función pública de administrar justicia, como así se evidenciaría con la posibilidad de presentar objeciones a través de diversas formas, entre ellas, mediante solicitudes de nulidad sobre temas relacionados con las pruebas decretadas, pues tales aspectos ya fueron materia del control judicial al momento de decidir sobre su admisión o en la sentencia al apreciar la prueba con los principios de identidad, existencia material o jurídica, sana crítica, legalidad o convicción y al verificar el respeto de las garantías debidas para el tema en examen al acusador, al procesado o al defensor.

Es por ello que corresponde al juez abstenerse de dar trámite a peticiones o actuaciones que pueden resultar temerarias o dilatorias conforme a los artículos 140-2, 141 y 161-3 del C de P.P, en aras de salvaguardar la debida celeridad y concentración del juicio oral

Lo anterior no significa que las partes queden desprovistas de la posibilidad de plantear situaciones que comporten eventuales irregularidades sobre el debate probatorio con posterioridad a la audiencia preparatoria, pues el juez debe efectuar las verificaciones que corresponda en la sentencia al apreciar la prueba conforme a los principios de identidad, existencia material o jurídica, sana crítica, legalidad o convicción y constatar el respeto de las garantías debidas para el tema en examen al acusador, al procesado o al defensor.

Así mismo cuentan con los recursos contra las sentencias de instancia, oportunidad en que se pueden cuestionar tópicos vinculados con la prueba y que sean trascendentes en relación con las garantías o derechos fundamentales o la credibilidad de la evidencia que fundamente la decisión.

Sobre el particular, la Sala ha precisó en AP4787-2014, Rad. 43749:

Los recursos contra las sentencias realizan plenamente la contradicción y el examen por el superior funcional de la situación que puede plantearse a través del pedido de nulidad sobre el debate probatorio en el curso del juicio oral, pues tratándose de un aspecto relativo al cuestionamiento de un medio probatorio su incidencia en el proceso se advierte con certeza en el fallo al momento de definir la eficacia de los elementos en los que se ha de soportar la absolución o la condena, de ahí que ese sea el momento procesal idóneo para que las partes censuren o reclamen lo que tenga trascendencia para su teoría del caso.

De este modo la restricción a la posibilidad de plantear nulidades sobre las pruebas decretadas con posterioridad a la audiencia preparatoria y antes del proferimiento de la sentencia, se justifica en la necesidad de administrar una justicia pronta, sin dilaciones, en donde las decisiones judiciales materialicen la eficacia de la justicia y den prevalencia al derecho sustancial, propósitos que se verían gravemente comprometidos con trámites que posponen en el tiempo lo que se ha de resolver en la sentencia que ponga fin al proceso.

4.- Caso concreto

De acuerdo con los derroteros antes enunciados, la Sala anticipa que se abstendrá de decidir el recurso de apelación dado que resulta inoportuna la solicitud de nulidad propuesta por el defensor.

En efecto, luego de instalada la audiencia de juicio oral, el defensor impetró la declaratoria de invalidez de la decisión de 1º de diciembre de 2016 por medio de la cual el Tribunal Superior de Santa Marta decretó los testimonios solicitados por el ente investigador.

Para la defensa, se desconocieron las garantías al debido proceso y a la defensa, toda vez que la fiscalía no descubrió ni enunció en su oportunidad las pruebas testimoniales que pretende hacer valer en el juicio oral, además que se violó la imparcialidad del juzgador en

la audiencia de formulación de acusación, al insistir que esa era la última oportunidad para que la fiscalía efectuara la revelación de las pruebas de cargo.

Al revisar la actuación no hay duda que en el escrito de acusación y en el anexo contentivo del descubrimiento de las pruebas, la fiscalía omitió indicar los datos de testigos que pretendía hacer valer en el juicio, como tampoco refirió en forma concreta de ello en la audiencia de formulación de acusación, pues en dicha diligencia solo mencionó que contaba con la entrevista de la víctima Jobino Martínez Rangel, al igual que el informe de captura suscrito por el policial Julio Gabriel Julio Chima y que el resto de testigos los mencionaría en la audiencia preparatoria, como así lo hizo al momento de realizar la solicitud probatoria.

Para precisar lo anterior, hay que señalar que, junto con la solicitud de las pruebas documentales señaladas en el escrito de acusación, en la vista preparatoria el fiscal impetró los testimonios de Ana Pereira Díazgranados, investigadora del CTI, como testigo de acreditación; Jobino Martínez Rangel, víctima del hurto; Jacobo Pallares Pava, Fiscal que intervino en la audiencia donde se profirió la decisión materia de este asunto; Laurentina Margarita Mindiola, secretaria del juzgado que participó en la audiencia, y los policiales William Andrés Duque Vargas, Garibaldi Ríos Hernández y Juan Gabriel Julio Chima, que participaron en la captura de la persona cuya libertad se ordenó de forma irregular por la juez acusada.

De esta forma, es evidente que no se presentó un descubrimiento probatorio por la fiscalía sino que se solicitaron directamente los testimonios a practicar en la audiencia de juzgamiento, de modo que emerge sin dificultad alguna el incumplimiento de las etapas procesales previas a la admisión de las pruebas, sin que se hubiese invocado alguna circunstancia excepcional para que ello no aconteciera oportunamente.

Tal como consta en el registro de la audiencia preparatoria, el a quo concedió la palabra a las partes para que se pronunciaran sobre las solicitudes de prueba, oportunidad en que la

defensa solicitó la exclusión de los testimonios de la fiscalía, dado que no se cumplieron las etapas previas de descubrimiento y enunciación de los testigos de cargo.

El Tribunal decretó las probanzas testimoniales estimando que el descubrimiento se efectuó con la entrega de los elementos materiales probatorios donde aparecían los datos de los testigos que fueron solicitados, de modo que el defensor pudo conocer de quienes se trataba al tiempo que argumentó que si bien no hubo enunciación de las pruebas, tal omisión no puede interpretarse como un desistimiento pues seguidamente en la misma diligencia, solicitó la práctica de los testimonios con la debida motivación sobre la conducencia, pertinencia y utilidad de los mismos.

Contra la decisión antedicha, el defensor únicamente interpuso recurso de reposición aludiendo en su inconformidad el incumplimiento de las etapas previas al decreto de pruebas, siendo desestimado el recurso por el A quo, el insistir en que hubo descubrimiento y la falta de enunciación se torna inane.

Para la Sala, el problema jurídico planteado en la nulidad propuesta por el defensor se contrae a los efectos de la omisión de las pasos anteriores al decreto de pruebas, asunto que fue discutido ampliamente en la audiencia preparatoria y decidido por el Tribunal, brindándose la oportunidad al recurrente para acudir a los medios de impugnación sin que hiciera uso del recurso de apelación, que resultaba procedente como se explicó en párrafo precedente desde el pronunciamiento de esta Sala AP4812-2016, 27 Jul. 2016, Rad. 47.469, quedando así dirimida cualquier discusión sobre el decreto de pruebas.

Así entonces resulta inoportuna la nulidad sobre las pruebas que se deben practicar en el juicio, pues correspondía a un asunto que fue agotado en la audiencia preparatoria, de modo que el a quo debió abstenerse de darle trámite o en su defecto posponer su estudio para el momento del fallo, pues no requería de un pronunciamiento inmediato sino que su contenido ha de ser materia de las alegaciones y valoraciones que deben hacer las partes y el juez

para definir en la sentencia.

Por lo anterior, la Corte se abstendrá de resolver el recurso interpuesto y dispondrá devolver las diligencias al Tribunal de origen para que sin mayores dilaciones continúe con la audiencia de juicio oral.

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

RESUELVE

PRIMERO: ABSTENERSE de resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la decisión adoptada el 29 de mayo del año en curso por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: DEVOLVER la actuación de forma inmediata al Tribunal de origen, para que continúe con la audiencia de juicio oral.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase,

EYDER PATIÑO CABRERA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 En el escrito de acusación no se especificó cuál juzgado sino se mencionó el funcionario judicial que la adoptó

2 CSJ AP2421-2014 Rad. 43841 reiterada entre otras, en AP5911-2015, Rad. 46109, AP3787-2018; Rad. 53364