

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento de Arauca

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN**

Aprobado Mediante Acta de Sala No. 030

Magistrada Ponente: MATILDE LEMOS SANMARTÍN

Arauca, febrero dieciocho (18) de dos mil veinte (2020)

REFERENCIA: PROCESO PENAL LEY 600 DE 2000
RADICADO: N° 81-736-31-04-001-2017-00036-01
PROCESADOS: HERNANDO ÁVILA VALENCIA Y OTRO
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO Y EN CONCURSO
ASUNTO: APELACIÓN DE AUTO

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Se ocupa la Sala de resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor NELSON GONZÁLEZ CALDERÓN, contra el auto proferido el 11 de enero de 2019 por la Juez Penal del Circuito de Saravena¹, por medio del cual negó la solicitud de nulidad del proceso a partir de la providencia que declaró desierta la alzada contra la resolución de la acusación.

ANTECEDENTES

1. De acuerdo a la resolución de acusación del 30 de septiembre de 2017², los hechos que se investigan se circunscriben a los aparentes accesos carnales que los señores

¹ Dra. María Elena Torres.

² Fl. 277 a 286 Cdno. Original 1 de la Fiscalía

NELSON GONZÁLEZ CALDERÓN y HERNANDO ÁVILA VALENCIA realizaron, de manera repetitiva, en desmedro de la menor L.J.F, mientras ella vivía con ÁVILA VALENCIA.

2. El 24 de febrero del 2011, la Fiscalía Primera dio apertura a la indagación previa del caso³ ordenando, entre otras pruebas, la plena identificación de los señores GONZÁLEZ CALDERÓN y ÁVILA VALENCIA.

3. Concluida la indagación, el 30 de enero de 2015, la Fiscalía Tercera de Saravena procedió a dar apertura de la instrucción⁴ y ordenó vincular mediante indagatoria a GONZÁLEZ CALDERÓN y ÁVILA VALENCIA, por lo que ordenó librar las correspondientes ordenes de captura⁵.

4. El 9 de junio de 2015⁶, la Fiscalía resolvió la situación jurídica de GONZÁLEZ CALDERÓN imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, determinación que fue apelada por su defensora.

Por su parte, ÁVILA VALENCIA fue declarado persona ausente luego de cumplirse con las exigencias del art. 344 de la Ley 600 de 200, ordenándose, en consecuencia, oficiar al Personero Municipal para que le designara un defensor público. Luego, el 28 de agosto de 2015 la Fiscalía resolvió imponerle medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario y reiterar la orden de captura librada.

Surtido el trámite de rigor, la entonces Fiscalía Única Delegada ante el Tribunal Superior de Arauca resolvió la alzada promovida por la defensa de GONZÁLEZ CALDERÓN, revocó la medida de aseguramiento impuesta mediante resolución del 9 de junio de 2015 y ordenó la cancelación de la orden de captura correspondiente.

5. Una vez surtida la recolección de los diversos medios de prueba, mediante resolución del 12 de junio de 2016, la Fiscalía declaró cerrada la investigación adelantada en contra de los sindicados⁷.

³ Fl. 35 Cdno. Original 1 de la Fiscalía.

⁴ Art. 331 de la ley 600 del 2000.

⁵ Fl. 84 Cdno. Original 1 de la Fiscalía.

⁶ Fl. 138 a 144 Cdno. Original 1 de la Fiscalía.

⁷ Fl. 265 *ibidem*.

6. Posteriormente, mediante decisión del 30 de septiembre del 2016, la Fiscalía calificó el mérito de la investigación profiriendo resolución de acusación en contra de NELSON GONZÁLEZ CALDERÓN y HERNANDO ÁVILA VALENCIA como autores del delito de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado y en concurso homogéneo*, tipificado en los arts. 208 y 211 núm. 3 del Código Penal⁸.

Inconforme con esa determinación, la defensa de GONZÁLEZ CALDERÓN interpuso recurso de apelación⁹ que fue concedido en el efecto suspensivo ante la Fiscalía Única Delegada ante el Tribunal Superior de Arauca, la cual mediante Resolución del 14 de febrero de 2016 resolvió declarar desierto el recurso de apelación *"por ausencia de sustentación"*¹⁰.

7. Devueltas las diligencias a la Fiscalía Tercera de Saravena se ordenó remitir las diligencias al Juzgado Penal del Circuito de dicha localidad, despacho que mediante auto del 2 de marzo del 2017¹¹ avocó el conocimiento de la causa y corrió traslado a las partes de conformidad con el art. 400 del C.P.P., Ley 600 del 2000.

LA SOLICITUD DE NULIDAD

1. En el término de traslado, el abogado defensor de GONZÁLEZ CALDERÓN solicitó se decretara la nulidad de todo lo actuado desde la providencia del 14 de febrero de 2016, mediante la cual la Fiscalía Única Delegada ante el Tribunal Superior de Arauca declaró desierto el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación, pues, argumentó, al negarse la doble instancia se vulneró el derecho al debido proceso, de manera que si la delegada de la Fiscalía consideró que las razones esbozadas en su momento no tenían la fuerza suficiente para dejar sin efectos lo dispuesto por la primera instancia debió *"entrar a decidir de fondo discutiendo las carencias de la solicitud y no adoptar tan desacertada posición"*.

⁸ Fls. 277 a 286 *ibidem*.

⁹ Fls. 295 a 297 *ibidem*.

¹⁰ Fls. 301 a 313 *ibidem*.

¹¹ Fl. 3 Cdo. Juz. Penal del Circuito de Saravena.

Explicó, que al tratarse de un principio de raigambre constitucional la doble instancia es una garantía de carácter absoluto en virtud de la cual toda decisión o providencia judicial debe tener la posibilidad de ser apealada, salvo las excepciones contempladas por el legislador. Por ello, debe resolverse de fondo la apelación interpuesta contra la resolución que llamó a juicio a su patrocinado por el delito de acceso carnal violento agravado.

2. Luego de varios aplazamientos, el 11 de febrero de 2019¹² se llevó a cabo la audiencia preparatoria de que trata el art. 401 de la ley 600 del 2000, durante la cual el juzgado de instancia negó la solicitud de nulidad interpuesta por la defensa de GONZÁLEZ CALDERÓN.

Inconforme con tal decisión el defensor de GONZÁLEZ CALDERÓN interpuso recurso de apelación que sustentó¹³ por escrito dentro de los 4 días siguientes. Luego de surtido el traslado a los no recurrentes el Juzgado Penal del Circuito de Saravena lo concedió en el efecto suspensivo ante esta Corporación¹⁴.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

El Juzgado de instancia negó la nulidad planteada por el defensor de GONZÁLEZ CALDERÓN al considerar que la decisión de la Fiscalía Única Delegada ante el Tribunal Superior de Arauca se ajustó a los parámetros normativos que regulan el recurso de alzada, pues si la sustentación respectiva no cumplió con los requisitos sustantivos mínimos resultaba obligatorio declarar desierto el recurso de apelación.

Para sustentar tal determinación, comenzó por explicar que si bien el derecho a la segunda instancia tiene fundamento constitucional, el recurso de apelación no sólo debe ser interpuesto oportunamente sino también sustentado en forma tal que la fundamentación concrete el tema o inconformidad del disiente, expresando los argumentos fácticos y jurídicos que lo conducen a cuestionar la determinación impugnada. De ahí que la sustentación deba estar dirigida a discutir los términos y conclusiones a los que arribó el juez de instancia.

¹² Fls. 124 a 126 *ibidem*.

¹³ Fls. 128 a 130 *ibidem*.

¹⁴ Fls. 132 *ibidem*.

Bajo esas premisas, adujo, que la nulidad alegada por el defensor de GONZÁLEZ CALDERÓN no está llamada a prosperar porque la decisión que afirma vulneró el derecho al debido proceso de su poderdante fue tomada por la Fiscalía en desarrollo del principio de doble instancia, luego de concluir que no cumplió con los presupuestos fácticos y jurídicos necesarios para emitir un pronunciamiento, de manera que no puede *"mediante una nulidad entrar a subsanar una actuación que la defensa no ejerció en debida forma en el estadio procesal pertinente"*, al omitir realizar la sustentación del recurso de apelación que presentó contra la providencia que llamó a juicio a su prohijado.

Explicó, que el defensor de GONZÁLEZ CALDERÓN recurrió en apelación alegando la existencia de pruebas ilegales sin discriminar cuáles eran y contentándose con sostener *"que fueron tomadas antes de la vinculación de mi prohijado"*, amén que solicitó revocar la resolución interlocutoria del 30 de septiembre de 2016 para en su lugar disponer la preclusión de la investigación, sin *"argumento alguno tendiente a derrumbar lo expuesto en la providencia motivo de inconformidad"*, no obstante que tenía la carga de sustenta legalmente el recurso de apelación para que se resolviera de fondo.

Así, sostuvo, no es procedente decretar la nulidad solicitada, pues: (i) la decisión del 14 de febrero de 2017 declaró, acertadamente, desierto el recurso de apelación contra la resolución de acusación de fecha 30 de septiembre de 2016, debido a la falta de sustentación; (ii) no se demostró la irregularidad sustancial o vulneradora de garantías toda vez que el recurso fue resuelto de conformidad con la normatividad vigente; (iii) el defensor que alega la nulidad fue quien sustentó de manera insuficiente el recurso de apelación, por lo que produjo con su conducta la ejecución del presunto acto irregular, y; (iv) no está probada ninguna irregularidad sustancial porque se hicieron afirmaciones sobre pruebas ilegales e incluso relativas a la vulneración del principio de la doble instancia sin soporte probatorio alguno.

Para terminar, precisó, que la vinculación de GONZÁLEZ CALDERÓN se realizó conforme lo prevé la normatividad, esto es, una vez emitida la apertura de instrucción el 30 de enero de 2015, agotándose cada una de las etapas de acuerdo a las reglas dispuestas y con garantía del debido proceso y del derecho a la defensa.

LA IMPUGNACIÓN

En la sustentación del recurso de apelación, el defensor de GONZÁLEZ CALDERÓN argumentó que el juzgado de instancia erró al desatender la nulidad solicitada, pues *"los supuestos errores enrostrados al suscrito solo pueden devenir de un estudio de fondo, luego no fue ajustada la decisión adoptada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior quien de manera facilista declaró desierto el recurso de apelación afectando gravemente el derecho al debido proceso y el derecho de defensa"*.

A su juicio, en el escrito de sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la resolución que llamó a juicio a GONZÁLEZ CALDERÓN, se expusieron no solo las inconformidades sino también el soporte normativo y jurisprudencial que daba sustento a sus reproches, por lo que la Fiscalía estaba en el deber de resolver de fondo.

Rememoró, sobre ello, que la Fiscalía adelantó una investigación en contra de su defendido sin notificarlo o vincularlo por más de siete años, de suerte que todas las pruebas recaudadas eran ilegales, puesto que *"el derecho a la defensa técnica tanto en su componente material y técnico, como elemento esencial del debido proceso comporta que del inicio y trámite del proceso penal, el imputado sea notificado a efectos de proteger el principio de presunción de inocencia y este poder controvertir las pruebas allegadas en su contra"*.

Así, en desarrollo de la sustentación se plantearon dos reparos dirigidos a evidenciar la vulneración del derecho de defensa y la ilegalidad de las pruebas recaudadas, pero de manera ilegítima la Fiscalía Única Delegada ante el Tribunal Superior de Arauca resolvió declarar desierto el recurso de apelación, afectando el principio de la doble instancia y, en consecuencia, el derecho al debido proceso.

En suma, el abogado defensor solicitó revocar la decisión de instancia para en su lugar declarar la nulidad de todo lo actuado a partir, inclusive, de la providencia del 14 de febrero de 2017, mediante la cual la Fiscalía Única Delegada ante el Tribunal Superior de Arauca declaró desierto el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

Durante el traslado la Fiscalía e intervinientes no se pronunciaron sobre el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que formulara la defensa de GONZÁLEZ CALDERÓN contra la decisión proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Saravena, que negó la solicitud de nulidad contra la providencia del 14 de febrero de 2017, mediante la cual la entonces Fiscalía Única Delegada ante el Tribunal Superior de Arauca declaró desierto el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación proferida por la Fiscalía Tercera Seccional de Saravena.

De acuerdo a los reparos planteados en el recurso, corresponde a la Corporación determinar si se vulneró el derecho a la doble instancia de GONZÁLEZ CALDERÓN, al declararse desierto el recurso de apelación contra la decisión que resolvió llamarlo a juicio por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado y en concurso homogéneo.

En ese cometido, se abordarán los presupuestos esenciales que deben cumplirse para declarar la invalidez de los actos procesales desarrollados dentro del proceso penal de la Ley 600 del 2000. Luego, se trazaran los parámetros que distinguen el derecho a la

impugnación de la garantía de la doble instancia, para en esos términos proceder a estudiar el caso concreto.

1. Cuestión preliminar

La Doctora ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ se declara impedida para integrar la Sala que decidirá el recurso de apelación contra el auto de enero 11 de 2019 proferido en el asunto de la referencia, toda vez que se encuentra incurso en las causales de recusación 6 y 11 del art. 99 de la ley 600 de 2000, por haber intervenido en la actuación como Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Arauca.

Específicamente señala que conoció la apelación interpuesta por el defensor técnico de los señores NELSON GONZÁLEZ CALDERÓN y HERNANDO ÁVILA VALENCIA contra la decisión proferida por la Fiscalía Tercera Seccional de Saravena el 30 de septiembre de 2016, recurso que declaró desierto mediante providencia que genera la inconformidad del apelante y la solicitud de nulidad a partir del mencionado auto.

De conformidad con lo establecido en los numerales 6 y 11 del art. 99 de la ley 600 de 2000, constituye causal de impedimento el hecho "*Que el funcionario haya dictado la providencia cuya revisión se trata o hubiere participado dentro del proceso*" y "*Que el juez haya actuado como fiscal dentro del proceso*", respectivamente.

Conforme se observa en las diligencias, a folios 301 a 313 del cuaderno de la Fiscalía, la Dra. ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ en su condición de Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Arauca declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el defensor técnico del señor NELSON DANIEL GONZÁLEZ CALDERÓN contra la decisión de septiembre 30 de 2016, por medio de la cual se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación, razón por la cual no queda duda que su participación dentro del proceso en su condición de fiscal le impide ahora conformar la Sala de esta Corporación para dirimir el recurso de apelación que originó la alzada.

Por ello, y siendo que el impedimento manifestado por la Dra. ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ aparece debidamente estructurado y encuentra pleno respaldo jurídico se declarará fundado y, como consecuencia de ello, se conformará la Sala de Decisión de esta Corporación a la que corresponde proveer la alzada en el asunto de la referencia con el Magistrado MARTÍN FERNANDO JARABA ALVARADO.

2. Precisiones jurídicas previas.

2.1. Las nulidades en la Ley 600.

Se precisará, en primer lugar, que las nulidades procesales fueron consagradas en los artículos 306 y s.s. del Estatuto Procesal Penal de 2000 con el fin de invalidar jurídicamente la relación procesal cuando se violen ostensiblemente garantías fundamentales como el derecho de defensa o el debido proceso, y se encuentran regidas por los principios orientadores que el mismo ordenamiento previó en el artículo 310 *ibídem*.

La declaratoria de las nulidades procede en cualquier momento de la actuación procesal, conforme reza el art. 308 del C.P.P. de 2000, de oficio o por solicitud de parte en los términos de los arts. 307 y 309 *ibídem*.

En punto a la oportunidad para plantearlas, debe anotarse, que aquellas derivadas de la etapa instructiva deben proponerse en el traslado dispuesto en el art. 400 de la ley 600 de 2000, previsto para que los sujetos procesales preparen la audiencia, invoquen nulidades originadas en la etapa de instrucción que no se hayan resuelto, y soliciten la práctica de pruebas.

El art. 306 de la ley 600 de 2000 establece como causales de nulidad las siguientes: *"1. La falta de competencia del funcionario judicial. Durante la investigación no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial. 2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso. 3. La violación al derecho de defensa"*

La normativa anterior obliga a precisar, que la ley y la jurisprudencia han delimitado y diferenciado la vulneración de los derechos al debido proceso y a la defensa, indicando que si bien el segundo se deriva del primero su formulación requiere postulación separada y desarrollo autónomo. Por ello, atendiendo a su naturaleza la violación al debido proceso es un vicio de estructura, al turno que la vulneración al derecho de defensa lo es de garantía, razón por la cual quien los alegue debe demostrar que las irregularidades corresponden a una de tales variables.

Concretamente sobre el tema ha dicho el máximo Tribunal de la justicia ordinaria:

"Señala que el fallo impugnado violó el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa de su asistido, sin tener en cuenta que corresponden a dos ámbitos diversos y delimitados. El primero, la vulneración del debido proceso, constituye un vicio de estructura (falta de competencia, pretermisión de las formas propias del juicio, etc.), en tanto que el segundo, el quebranto del derecho de defensa, engendra afectación de la garantía, motivo por el cual no es posible invocarlos de manera simultánea, en igualdad de condiciones y por las mismas razones".¹⁵

A su turno el art. 310 de la citada ley establece los principios que orientan la declaratoria de las nulidades, y atendiendo a los planteamientos del *a quo* interesan al presente asunto los previstos en los numerales 1º, 2º y 5º, que textualmente rezan:

ARTICULO 310. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA DECLARATORIA DE LAS NULIDADES Y SU CONVALIDACIÓN

1. No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa.

2. Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.

(.....)

5. Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de fecha 16 de marzo de 2005, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Orlando Pérez Pinzón, proceso 21595.

En virtud del numeral primero, que alude a la instrumentalidad de las formas, quien alegue una causal de nulidad deberá acreditar que se desdibujó la finalidad de la actuación que se tacha de viciada.

Consagra el numeral 2º del art. 310 el *principio de trascendencia*, en virtud del cual quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la denunciada irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento

Lo anterior, porque la nulidad resulta ser la sanción más grave que se impone por haberse desconocido una norma que establece determinados formalismos procesales o que favorece los derechos y pretensiones de una de las partes y, que trae como consecuencia la invalidez jurídica del acto procesal. Sobre el particular ha dicho la Corte:

"De igual manera, en virtud del principio de trascendencia que gobierna la declaratoria de nulidad, según la cual, no basta con denunciar irregularidades o que éstas efectivamente se presenten en el proceso, sino que se hace indispensable demostrar que aquellas inciden de manera concreta en el quebranto de los derechos de los sujetos procesales, se hace necesario que el actor evidencie un perjuicio con el yerro in procedendo denunciado, pues, caso contrario, la Corte, por razón del principio de limitación, no puede entrar a complementar al censor." (Corte Suprema de Justicia, Sala penal, radicado 25664 13 de julio de 2006 M.P. Jorge Luis Quintero Milanes)

Así mismo, indicó:

"Dicho de otra manera, no todo yerro in procedendo genera indefectiblemente la nulidad en tanto entre los principios que orientan su declaratoria, se encuentran el de instrumentalidad de las formas y el de trascendencia, según los cuales "no se declarará la invalidez de lo actuado cuando el acto cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa" y "quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento." (Corte Suprema de Justicia Sala Penal Radicado 20750 del 24 de enero de 2007 M.P. Jorge Luis Quintero Milanes) Subrayado de la Sala.

El numeral 5º plasma como principio orientador de la declaratoria de las nulidades, **el de residualidad o subsidiaridad**, que enseña que sólo podrá decretarse cuando no existe otro medio procesal para subsanar la irregularidad, ello atendiendo a las

finalidades axiológicas del proceso penal, en virtud de las cuales *"los jueces deben lograr la solución del problema planteado, buscando realizar la justicia en el marco de la interpretación de la ley, entendida como la expresión de un proceso democrático en el cual además de su coherencia interna se respeten los fundamentos y valores del estado democrático de derecho"*.¹⁶

En este sentido, cuando demostrada la irregularidad del procedimiento exista otro remedio procesal que permita restablecer las garantías fundamentales del afectado sin echar al traste lo actuado, y optimizando el principio de economía y eficiencia de la administración de justicia, el juez debe hacer uso de ella pues con ello se corrige el error alegado de la manera menos traumática. Es decir, en esa forma se armonizan el respeto de las garantías fundamentales y las expectativas de justicia.

En suma, la nulidad es la máxima sanción aplicable al proceso cuando en su trámite se ha conculcado la estructura básica del mismo o quebrantado garantías a los sujetos procesales, o se haya adelantado por funcionario no incompetente (Art. 306 Ley 600 de 2000), y constituye un mecanismo **extremo y residual** que sólo opera ante la no existencia de otro instrumento procesal para subsanar la irregularidad, no corregible sino repitiendo parte de la actuación.

2.2. El derecho a la impugnación y la garantía de la doble instancia.

La Corte Constitucional sobre el tema ha precisado¹⁷, que el derecho a la impugnación y la garantía de la doble instancia son figuras constitucionales autónomas, distintas e independientes, aunque en algunos supuestos fácticos específicos el contenido de una y otra son coincidentes.

Así, en la sentencia C- 972 de 2014 puso de presente que dichas prerrogativas son diversas, especialmente en cuanto al status jurídico que desempeñan en el sistema procesal colombiano, pues mientras la impugnación es un derecho subjetivo de rango

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto Colisión de Competencia de 30 de marzo de 2005, proceso 23407.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-792 de 2014

y jerarquía constitucional en cabeza de las personas condenadas en un juicio penal, la doble instancia constituye una garantía que hace parte del debido proceso, y que puede ser alegada por cualquiera de los sujetos procesales, distinción que obedece al hecho que siendo la doble instancia un principio general puede ser restringida por el legislador, mientras que la impugnación, además de ostentar la condición de principio, es un derecho connatural al debido proceso y, por consiguiente, sus limitaciones son excepcionalísimas y deben atender el principio de proporcionalidad.

Por otra parte, mientras el derecho a la impugnación ha sido ideado para los juicios penales o criminales, la garantía de la doble es predicable de todo proceso judicial. Por eso, mientras el derecho a la impugnación otorga la facultad para controvertir la primera sentencia condenatoria, la garantía de la doble instancia exige que una misma controversia jurídica sea sometida a dos instancias o fases procesales distintas e independientes, y dirigidas por jueces distintos, sin importar el sentido en que sean proferidos.

De esa manera, mientras el derecho a la impugnación recae sobre las sentencias condenatorias dictadas en el marco de un proceso penal, de modo que la facultad depende del tipo y el contenido de la decisión judicial, la doble instancia se predica del proceso para que el juicio tenga dos instancias, independientemente del contenido y alcance de los fallos que resuelven la controversia.

Ahora bien, el derecho a la impugnación en el sistema procesal de la Ley 600 de 2000 abarca tanto las sentencias como las providencias interlocutorias, salvo las excepciones expresamente contempladas en la Ley. Así se desprende del art. 191 del mencionado código, que en su tenor literal establece que *"Salvo disposición en contrario, el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia."*

Su propósito es permitir a la parte perjudicada por una decisión controvertir ante el superior jerárquico de quien la profiere los fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos que la soportan, a efectos de demostrar su desacierto y consecuentemente

susitar su revocatoria¹⁸. En otras palabras¹⁹, tal derecho faculta a los sujetos procesales para someter las decisiones contrarias a sus intereses al arbitrio del superior funcional de quien la profirió, con el fin de que se valore su acierto y legalidad. Pero eso significa, también, que la parte impugnante tiene la carga argumentativa de demostrar el yerro en que incurrió el juzgador, para lo cual es indispensable que exteriorice con rigor los argumentos de hecho y de derecho por los cuales estima errada la postura del funcionario de primera instancia. En tal virtud, le corresponde, durante el periodo procesal oportuno, exponer las razones de disenso mediante la confrontación concreta de los fundamentos de la decisión recurrida, de modo que el funcionario competente para decidir la alzada pueda contrastarlos con las alegaciones de quien recurre y llegar a una conclusión sobre su acierto o desacierto.

De ahí que para sustentar en debida forma el recurso de apelación no baste con plantear aseveraciones abstractas de inconformidad con el fallo, o insistir en los argumentos expuestos en etapas previas de la actuación. Por el contrario, es necesario que el interesado desvirtúe los fundamentos de la providencia recurrida, pues solo de esta manera es posible para la segunda instancia abordar el análisis de su acierto y legalidad.

De esa manera, si el apelante incumple la carga de sustentar en debida forma el recurso, mal podría el superior pronunciarse sobre la decisión censurada, puesto que lógica y jurídicamente se encuentra limitado por las razones de inconformidad del impugnante y a los asuntos inescindiblemente ligados a aquéllas. Por ello, cuando se constate que los argumentos expuestos en sustento del recurso de apelación no comprenden una verdadera censura del fallo confutado, o lo que es igual, una debida sustentación, no hay otra alternativa que declarar desierto el medio de impugnación.

En ese sentido, una sustentación es adecuada cuando está orientada a controvertir los argumentos de la decisión cuestionada, pretendiendo demostrar el desacierto de la misma y la preeminencia de la tesis que se propone. La sustentación, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, *"tiene como objetivo atacar o controvertir la tesis*

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Auto Penal del 15 de octubre de 2014, rad. 43259.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Auto Penal del 02 de 2017, Magistrado Ponente Luis Antonio Hernández Barbosa.

expuesta en la decisión, ello se logra presentando razones, destacando falencias, tratando de mostrar el desacierto de la decisión".²⁰

De manera reiterativa la Corte Suprema se ha pronunciado sobre el tema al señalar:

"De ahí que la fundamentación de la apelación constituya un acto trascendente en la composición del rito procesal, en la medida que no basta con que el recurrente exprese inconformidad genérica con la providencia impugnada, sino que le es indispensable concretar el tema o materia de disenso, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que conducen a cuestionar la determinación impugnada, carga que de no ser acatada, obliga a declarar desierto el recurso, sin que se abra a trámite la segunda instancia, toda vez que de frente a una fundamentación deficiente el funcionario no puede conocer acerca de qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio. Pero una vez satisfecho el presupuesto de la fundamentación explícita o suficiente, en cuanto identifica la pretensión del recurrente, adquiere la característica de convertirse en límite de la competencia del superior, en consideración a que sólo se le permite revisar los aspectos impugnados".²¹

En otra decisión ratificó tal postura indicando lo siguiente:

"La impugnación es la herramienta de carácter constitucional que tienen las partes para controvertir la legalidad de la providencia emitida. Por este motivo, el recurrente debe ser claro y coherente al expresar las razones por las cuales considera que la decisión cuestionada no se ajusta a las normas procesales o sustantivas en las que se debe fundamentar. Cualquier otra expresión o manifestación del recurrente que no esté dirigida a demostrar esta inconsistencia legal, no puede considerarse como sustento de la impugnación. Ello no implica necesariamente el uso de un lenguaje técnico, sobre todo cuando el recurrente no es abogado, como que basta la expresión de los argumentos de oposición presentados en forma clara y comprensible".²²

En suma, quien pretende controvertir una decisión judicial tiene que cumplir con una carga argumentativa mínima, pues debe exponer de manera clara el por qué no comparte la providencia recurrida y explicitar las razones que lo llevan a considerar más adecuado resolver en sentido contrario. Dicho de otro modo, se debe presentar un debate entre los fundamentos de la decisión y sus planteamientos y la razón por la que se debe acoger la tesis propuesta.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Auto Penal del 19 de 2012, Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 11 de abril de 2007, rad. 23667.

²² Corte Suprema de Justicia, Auto del 23 de febrero de 2011, Rad. 35678.

3. La decisión a adoptar

En el caso asunto que ocupa la atención de esta Sala, luego de que la señora Ana Jovita Herreño de Fontecha informara a las autoridades que al parecer los señores NELSON GONZÁLEZ CALDERÓN y HERNANDO ÁVILA VALENCIA accedieron, en varias ocasiones, a la menor L.J.F, mientras ella vivía con este último, se practicó el examen médico legal a la joven en cuestión y se emitieron varias órdenes de policía judicial por parte del entonces Fiscal Segundo Seccional de Saravena.

No obstante, al percatarse que probablemente los hechos tuvieron lugar en el año 2007 y que, por tanto, se trataba de un hecho delictivo que debía ser investigado bajo el procedimiento de la Ley 600 de 200, ese delegado remitió las diligencias a la Fiscalía Primera Seccional de Saravena, por tratarse de la competente para esos efectos. Así fue como el 24 de febrero del 2011 se dio apertura a la indagación previa del caso²³, ordenándose, entre otras pruebas, la plena identificación de los señores GONZÁLEZ CALDERÓN y ÁVILA VALENCIA y la entrevista de la víctima L.J.F y su valoración psicológica.

El 15 de diciembre de 2014, las diligencias fueron asignadas, esta vez, a la Fiscal Tercera Seccional de Saravena, Fiscalía que el 30 de enero de 2015 procedió a dar apertura a la instrucción²⁴ y ordenó vincular mediante indagatoria a GONZÁLEZ CALDERÓN y ÁVILA VALENCIA, por lo que ordenó librar las correspondientes órdenes de captura.

Una vez surtida la recolección de los diversos medios de prueba, la Fiscalía declaró cerrada la investigación adelantada en contra de los sindicados²⁵, y el 30 de septiembre del 2016 profirió resolución de acusación en contra de NELSON GONZÁLEZ CALDERÓN y HERNANDO ÁVILA VALENCIA como autores del delito de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado y en concurso homogéneo*, tipificado en los arts. 208 y 211 núm. 3 del Código Penal²⁶.

²³ Fl. 35 Cdo. Original 1 de la Fiscalía.

²⁴ Art. 331 de la ley 600 del 2000.

²⁵ Fl. 265 *ibidem*.

²⁶ Fls. 277 a 286 *ibidem*.

Inconforme con esa determinación, la defensa de GONZÁLEZ CALDERÓN interpuso recurso de apelación²⁷ que fue concedido en el efecto suspensivo ante la Fiscalía Delegada ante esta Corporación. Sin embargo, mediante Resolución del 14 de febrero de 2017, esa Delegada resolvió declarar desierto el recurso de apelación "*por ausencia de sustentación*"²⁸.

Fue esa determinación la que en sentir del defensor de GONZÁLEZ CALDERÓN quebrantó su derecho al debido proceso, pues, según lo mencionó, en desarrollo de la sustentación planteó dos reparos dirigidos a evidenciar la vulneración del derecho a la defensa y la ilegalidad de las pruebas recaudadas, por lo que debieron resolverse de fondo sus inconformidades.

Pues bien, acertó el juez de instancia al descartar la configuración de una irregularidad sustancial que dejara sin efectos lo actuado, porque al confrontar la sustentación del recurso de apelación y la determinación adoptada por la extinta Fiscalía Única Delegada ante este Tribunal el 14 de febrero de 2017, se advierte que el defensor de GONZÁLEZ CALDERÓN incumplió con la carga de sustentar debidamente el recurso interpuesto.

En efecto, el apelante se limitó en esa oportunidad a sostener de manera abstracta que existía una clara violación del derecho de defensa y el debido proceso, pues no era posible adelantar una investigación sin notificar al imputado ni llamarlo a juicio con pruebas que están viciadas en su "*validez*"; obviando buscar la verdad mediante la imposición arbitraria del criterio personal de la Fiscalía.

Omitió, en ese sentido, explicar por qué consideró irregular que en éste caso el ente investigador haya adelantado el esclarecimiento de los hechos sin notificar a su cliente, siendo que el 30 de enero de 2015 se ordenó vincularlo mediante indagatoria. Asimismo, no parece razonable, a afectos de considerar debidamente sustentado su recurso, aseverar de manera general que la Fiscalía impuso su criterio personal al adelantar la investigación y llamar a juicio a su cliente, pues son plurales los medios

²⁷ Fls. 295 a 297 *ibidem*.

²⁸ Fls. 301 a 313 *ibidem*.

de pruebas que reposan en el expediente, de manera que estaba en la obligación de censurar la apreciación que de cada uno de ellos hizo la titular de la acción penal.

Soslayó, además, controvertir la precisa motivación que la Fiscalía Tercera Seccional de Saravena ofreció como sustento para acusar a su prohijado, restringiéndose a sostener vagamente que no era posible investigarlo sin haberlo notificado. Por eso, el recurrente no sólo desconoció el deber de una adecuada sustentación, omitiendo referencias a la concreta valoración que la fiscalía hizo de las pruebas recaudadas, sino que incurrió en evidentes desatinos sobre el acontecer procesal.

En ese sentido, resulta a todas luces genéricas las razones expuestas por el defensor de GONZÁLEZ CALDERÓN, a tal punto que estuvo lejos de constituir un verdadero ataque a la providencia censurada, pues en vez de confrontar las valoraciones realizadas por la Fiscalía se limitó a realizar apreciaciones abstractas y carente de todo fundamento sustantivo, que permitieran a la entonces Fiscalía Única Delegada ante este Tribunal “*conocer acerca de qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio*”, pues no parece razonable asumir que estaba en la obligación de valorar la legalidad de cada medio de prueba y analizar si la apreciación otorgada por la Fiscalía Tercera Seccional de Saravena correspondía a los criterios lógicos y científicos alegados nominalmente por el defensor.

Asimismo el defensor no cumplió con la carga argumentativa exigible al impetrar la nulidad, pues se limitó a denunciar que la Fiscalía había vulnerado las garantías fundamentales al debido proceso de su cliente con la tardía vinculación y demás aseveraciones, sin esforzarse en proporcionar dato alguno dirigido a acreditar la trascendencia del error mencionado, la imposibilidad de enmendarlo de otra manera y el modo en que menoscabó la estructura formal y conceptual del esquema procesal en una cualquiera de sus fases, lo que resulta suficiente para rechazarla.

Por lo demás, el defensor que alegó la nulidad fue quien sustentó de manera insuficiente el recurso de apelación, por lo que no le era procedente invocarla en el entendido que fue el causante del acto censurado.

En resumen, tanto la nula argumentación del impugnante al sustentar el recurso de apelación contra la decisión del 14 de febrero de 2017, mediante la cual la entonces Fiscalía Única Delegada ante el Tribunal Superior de Arauca declaró desierto el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación proferida por la Fiscalía Tercera de Saravena, como la realizada durante el traslado del art. 400 de la Ley 600 de 2000 en torno al presunto yerro en que incurrió esa Delegada, son razones suficientes para confirmar la decisión adoptada por el juzgado de instancia.

Sin necesidad de más consideraciones, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, Sala Única de Decisión, administrando Justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR fundado el impedimento expresado por la Magistrada ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ, para conformar la Sala de Decisión a la que le corresponde proveer sobre la alzada en el proceso de la referencia y, en consecuencia, la Sala de Decisión para éste exclusivo caso se integrará con el Dr. MARTIN FERNANDO JARABA ALVARADO.

SEGUNDO: CONFIRMAR la decisión impugnada del 11 de enero de 2019, mediante la cual el Juzgado Penal del Circuito de Saravena negó la solicitud de nulidad formulada por la defensa de NELSON GONZÁLEZ CALDERÓN, por las razones consignadas en ésta providencia.

TERCERO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

CUARTO: Vuelva el proceso al despacho de origen. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada Ponente

ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada

(Con Impedimento aceptado)


MARTÍN FERNANDO JARABA ALVARADO
Magistrada


HENRY WALTER MEDINA ULLOA
Secretario



12:00
178 FEB 2020