

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL Y OPAL

NOTIFICACIÓN – PROCESOS PENALES-

ESTADO No. 16

ASUNTO	PROCESADO	DELITO	PROVID	FECHA	UBICACIÓN
CAUSA	FABIO ALIRIO CORTES AREVALO y ANTONIO ARIAS GUTIERREZ	DESAPACION FORZADA Y OTROS	INTERLOCUTORIO	08/08/18	PENAL LEY 600 VI 099

Para notificar debidamente a las partes, se fija el presente *estado* en la Secretaria del Tribunal, hoy catorce (14) de agosto del año dos mil dieciocho (2018) a la hora de las siete de la mañana (7:00 am) y se desfijará a las cinco de la tarde (5:00pm).

~~CESAR ARMANDO RAMIREZ LOPEZ~~

Secretario



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior Distrito Judicial de Yopal
Sala Única de Decisión

Yopal, ocho (08) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

AUTO INTERLOCUTORIO LEY 600 DE 2000

Proceso penal

Contra: Fabio Alirio Cortés Arévalo y otro

Delito: Desaparición forzada agravada, tortura en persona protegida y otros

Radicación: 85-001-22-08-002-2017-00085-01

M.P. Dra. Gloria Esperanza Malaver de Bonilla

Discutido y aprobado mediante acta No. 042 del tres (03) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

1. ASUNTO.

Se decide la apelación interpuesta por representante del Ministerio Público, contra la decisión de fecha 10 de abril de 2017, por medio del cual el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Yopal, negó la solicitud de nulidad presentada.

2. EL PROCESO.

2.1. Los hechos datan del 23 de octubre de 2002, hacia las 5:40 de la mañana, cuando un bus que se desplazaba entre Aguazul y la vereda Unete, en donde se transportaban trabajadores de la empresa COLOMBSER, fue interceptado por 6 sujetos vestidos de civil de los cuales 4 cubrían sus rostros con pasamontañas, quienes hicieron descender del vehículo a los ocupantes CARLOS JULIO RINCÓN, RODULFO RODRÍGUEZ JOYA y ANGEL MARÍA RODRÍGUEZ CARO, los dos primeros albañiles y el último obrero raso, quienes fueron privados de su libertad, sin que se tuviera conocimiento de su paradero. Posteriormente por información suministrada por alias "COPLERO" ex militante de las Autodefensas Campesinas del Casanare" en versión rendida a la Unidad de Justicia y Paz, indicó que entre los responsables de dichos hechos estarían los aquí procesados.

2.2. El 11 de enero de 2017, la Fiscalía 13 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Especializados, adscrita a la Dirección de Fiscalías Nacionales Eje Temático delitos de Desaparición Forzada y Desplazamiento Forzado con sede en Santa Rosa de Viterbo (Boyacá), procedió a resolver situación jurídica de

FABIO ALIRIO CORTÉS ARÉVALO y ANTONIO ARIAS GUTIERREZ, quienes fueron vinculados como *persona ausente* en razón a las conductas punibles de desaparición forzada agravada, tortura agravada y homicidio, imponiéndoles medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, no concediéndoles el beneficio de la libertad provisional, disponiendo librar la correspondiente orden de captura. (Folios 77 a 156, cuaderno No.3)

2.3. El 13 de marzo de 2017, surtida la etapa instructiva, la Fiscalía profirió Resolución de Acusación en contra de los procesados CORTÉS ARÉVALO y ARIAS GUTIERREZ, la cual no fue recurrida. Ejecutoriada la aludida determinación se dispuso el envío del proceso para la correspondiente etapa de juzgamiento. (Folios 179 a 255, 276 a 279, cuaderno No. 3)

2.3. El 6 de septiembre de 2017, el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Yopal, avocó conocimiento de las diligencias y dispuso correr traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, vencido el cual programó audiencia preparatoria para el día 20 de diciembre de 2017, fecha en la cual la bancada de la defensa al unísono solicitó la suspensión de la diligencia, reprogramándose la misma para el día 12 de enero de 2018 a las 4:00 pm, siendo instalada en esa fecha pero a las 9:00 a.m., continuándose la audiencia el 10 de abril de 2018, oportunidad en la que el Ministerio Público planteó la nulidad por cuanto no le fue notificado el cambio de hora y la vista pública se llevó a cabo sin su presencia.

3.- LA DECISIÓN RECURRIDA.

El Juez Único Penal del Circuito Especializado de Yopal, negó la nulidad plantada por el representante del Ministerio Público, poniendo de presente que del propio relato que hace el Ministerio Público se puede establecer que ninguna violación se le ha efectuado al debido proceso, puesto que tal y como lo afirmo la Fiscalía, el traslado del artículo 400 es un término en el cual el procurador pudo pronunciarse respecto de las pruebas que había solicitado la defensa, y si bien no pudo en su oportunidad referirse a la pertinencia probatoria, va a estar presente en la audiencia en la que se practicaran dichas pruebas para que en su momento haga las preguntas que considere pertinentes. El despacho adelantó la hora de la diligencia en razón a que aplazaron la audiencia de las 9:00 de la mañana, quedando libre ese espacio en la agenda, y en la vista pública se hizo presente la Procuradora Delegada FABIOLA DIAGO MONTILLA quien se retiró manifestando que el caso no era de ella y que en próxima oportunidad se citara al doctor RAFAEL SÁNCHEZ, como efectivamente se hizo.

De ninguna manera se han menoscabado los derechos del Ministerio Público como sujeto procesal, no siendo trascendental la irregularidad que anota el censor, pues perfectamente en la práctica de pruebas puede adelantar su función cual es precisamente garantizar los derechos de las víctimas así como de quienes van a declarar, teniendo incluso la facultad de interrogar a los testigos. La diligencia se adelantó con la finalidad de ser proactivos, considerando que precisamente es en esa audiencia donde puede actuar y ejercer la función que la Constitución y la Ley le han encomendado.

4.- LA IMPUGNACIÓN.

El agente del Ministerio Público apela la decisión, manifestando que sí se ha vulnerado el debido proceso pues no hay un auto que indique el cambio de hora de la audiencia, no hay ninguna justificación para adelantar la diligencia, tal y como se señaló en la solicitud de nulidad, en la cual se manifestó que en el plenario consta que se fijó la audiencia para las 4:00 de la tarde del día 12 de enero de 2018 y así le fue notificado, y si bien se dice que la procuradora DIAGO MONTILLA concurrió a la diligencia, en el acta de la misma consta que la representante del Ministerio Público se retiró al inicio de la diligencia, y si se iba a adelantar debió comunicársele como sujeto procesal y si bien es entendible que su presencia no sea obligatoria, pero ello no obsta para que se le convoque a una hora y sin que medie decisión judicial se cambie para más temprano vulnerándose el principio de publicidad, pues ni siquiera medió una comunicación para que quienes tenían interés en comparecer a la audiencia pudieran hacerlo y como garante del orden jurídico tiene derecho a pronunciarse frente a las solicitudes probatorias del señor Fiscal, perfectamente podían haberlo llamado al celular a informarle el cambio de hora pero no lo hicieron. No hay manera de sanear lo sucedido y es, por ello que el único camino es la nulidad y si hay trascendencia porque se vulnero el debido proceso.

5.- PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES

5.1. Fiscalía: Solicita se confirme la decisión del a quo, bajo el entendido que el día 12 de enero de 2018, al momento de instalar la audiencia que se adelantó para la 9:00 de la mañana, estaban todos los sujetos procesales presentes, incluida la representante del Ministerio Público FABIOLA LUCERO DIAGO MONTILLA, dado que fue la última Procuradora que concurrió a las diligencias y fue a ella a quien se convocó, manifestando de su parte que debía retirarse de la audiencia porque el caso no le correspondía y que en próximas oportunidades se citara al Procurador RAFAEL NEVARDO SÁNCHEZ GÓMEZ, puesto que era el titular, no obstante de parte de ella no se presentó oposición a la realización de la audiencia, ni se puso de presente la necesidad de programarla nuevamente para que el Procurador del caso pudiera concurrir. No se evidencia el grave daño causado al proceso y al Ministerio Público y por el contrario se entrevén aparentes celos institucionales, toda vez que si bien no media auto para adelantar la hora de la audiencia, dicho cambio obedeció a un acuerdo entre la totalidad de las partes, incluyendo la agente del Ministerio Público que se encontraba presente quien convalida la situación, cumpliéndose con la finalidad del acto de la audiencia y en ningún momento se quiso socavar el ordenamiento y los derechos de las partes. Además tal y como lo reza el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, cuando el acto ha cumplido su finalidad no hay necesidad de decretar la anulación, siendo ello en lo que consisten los principios de trascendencia y residualidad que rigen las nulidades procesales.

5.2. Defensora de ANTONIO ARIAS GUTIERREZ: Insta a que se confirma la determinación apelada, por cuanto en virtud del principio de lealtad procesal, en

ningún momento se asalta el derecho al debido proceso, en razón a que el día de la diligencia con la presencia de todas las partes, incluida la agente del Ministerio Público, se acordó adelantar la audiencia, ella estuvo presente y solo manifestó que en la próxima oportunidad citaran al Procurador titular, considerando así que no se afectó en forma alguna el debido proceso.

5.3. Defensor de FABIO ALIRIO CORTÉS ARÉVALO: La decisión cuestionada debe ser confirmada pues no existió la violación al debido proceso manifestada por el Procurador, toda vez que a la diligencia en cuestión asistió una representante del Ministerio Público que consintió se adelantara la hora de la audiencia, resaltando que el artículo 310 numeral 1º de la Ley 600 de 2000 es clarísimo en indicar que no se debe declarar la invalidez cuando la finalidad del acto se cumpla, lo cual ocurrió en el presente caso.

6.-CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1.- Competencia.

El Tribunal es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto, por versar sobre una decisión adoptada por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Yopal, de conformidad con el artículo 76 de la Ley 600 de 2000.¹

6.2.- El problema jurídico y la solución.

De acuerdo con los antecedentes anotados, se tiene que el problema jurídico a resolver se centra en si debe decretarse la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia realizada el 12 de enero de 2018, de acuerdo con lo solicitado por el agente del Ministerio Público, debiendo determinar si se vulneraron sus garantías fundamentales al debido proceso al adelantar la hora de la diligencia sin informarle, impidiendo así su concurrencia a la misma.

6.3. De la nulidad por violación al debido proceso

En el Código Procesal Penal que rige el presente proceso, se establecen taxativamente las causales de nulidad, no siendo viable decretarla por causa diferente a las allí señaladas; las alegadas en el presente asunto se encuentran reguladas en el artículo 306 de la Ley 600 de 2000, así:

¹ Artículo 76. De los Tribunales Superiores de Distrito. Las salas penales de decisión de los tribunales superiores de distrito conocen:

1. En segunda instancia, de la consulta y de los recursos de apelación y de queja en los procesos que conocen en primera instancia los jueces del circuito.

Artículo 306. Causales de nulidad. *Son causales de nulidad:*

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 afecten el debido proceso.*

3. *La violación del derecho a la defensa*

Para asegurar la vigencia y eficacia del debido proceso y de las garantías fundamentales, el legislador previó la institución jurídica de las nulidades procesales, que sanciona las irregularidades presentadas en el marco del proceso, y que, atendiendo a su gravedad, obliga a que de manera excepcional se invaliden las actuaciones afectadas. Así, su declaración opera como un control constitucional y legal que garantiza la validez de la actuación procesal y asegura a las partes el derecho fundamental al debido proceso.

No obstante, debe precisarse que cuando se pretenda invocar la existencia de una causal de nulidad, debe tenerse en cuenta el régimen que regula este tipo de medida residual y subsidiaria; pues no puede ser invocada sino por las causales taxativamente establecidas por el legislador, siempre y cuando no exista otra solución posible que permita corregir el yerro aludido.

Sobre el particular, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en su línea jurisprudencial que resalta los principios que rigen las nulidades, indicando:

*Estos principios han sido definidos por la jurisprudencia de esta Sala, de la siguiente manera: **Taxatividad:** significa que solo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley. **Acreditación:** que quien la alega debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya. **Protección:** la nulidad no puede ser invocada por quien ha coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular. **Convalidación:** la nulidad puede enmendarse por el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado. **Instrumentalidad:** la nulidad no procede cuando el acto irregular ha cumplido la finalidad para la cual estaba destinado. **Trascendencia:** quien la alegue debe demostrar que afectó una garantía fundamental o desconoció las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento. **Residualidad:** solo procede cuando no existe otro medio procesal para subsanar el acto irregular².*

De manera que no basta solamente con invocar la existencia de un motivo de ineficacia de lo actuado, sino que compete al solicitante precisar el tipo de

² CSJ SP, 25 mayo 2000, rad. 12781; AP, 9 jun. 2008, rad. 29092 y; SP, 3 feb. 2016, rad. 43356; entre otras.

irregularidad que alega, demostrar su existencia, acreditar cómo su configuración comporta un vicio de garantía o de estructura, y demostrar la trascendencia del vicio para afectar la validez de la decisión cuestionada, solo así puede ser decretada la nulidad por el juez de conocimiento.

El motivo central por el cual se invocó la nulidad por parte del Ministerio Público consiste en el hecho de haberse cambiado la hora de la audiencia preparatoria sin haberle comunicado tal variación, lo cual culminó en la imposibilidad de concurrir a la diligencia e intervenir en la misma pese a ser de su total interés, además de ser un derecho del cual es titular como garante del orden jurídico y parte del proceso penal.

De la revisión del plenario la Sala encuentra que en efecto se había señalado como fecha para realizar la audiencia preparatoria el día 12 de enero de 2018 a las 4:00 de la tarde, no obstante en el acta correspondiente a dicha diligencia, se encuentra que la misma se instaló a las 9:00 de la mañana, dejando la constancia que si bien se había programado su realización para las horas de la tarde, en razón a que fue suspendida la vista pública prevista para las horas de la mañana, se solicitó la colaboración de los sujetos procesales para adelantarla con su avenencia.

En esa misma acta, se evidencia en la instalación de la audiencia la presencia de la doctora FABIOLA LUCERO DIAGO MONTILLA, Procuradora Delegada 167 Penal Judicial II, manifestando que se ausenta de la sala dejando claro que asistió la pasada diligencia dentro del presente trámite por encontrarse reemplazando al Procurador titular, quien debe ser notificado para la próxima fecha de audiencia, retirándose de inmediato.

Así las cosas, en principio le asiste razón al agente del Ministerio Público recurrente toda vez que se le debió informar el cambio de hora de la diligencia para así garantizar su derecho a concurrir a la misma; no obstante es claro que se convocó a la colega del procurador y ella se retiró de la vista pública, advirtiendo que en próximas oportunidades se citara al titular, pero sin oponerse a la realización de la diligencia ante la no presencia de su compañero.

Revisado el expediente, se evidencia que en efecto el día 12 de enero de 2018, se llevó a cabo audiencia preparatoria, en donde se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, encontrando que tal actuación se llevó a cabo respetando las garantías al debido proceso, evidenciando que se cumplió la finalidad para la cual estaba destinada la diligencia preparatoria, esto es el decreto de pruebas, ello de conformidad con el texto de la norma que regula lo atinente a los principios que rigen la declaratoria de las nulidades y su convalidación, consagrados en el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, veamos:

Artículo 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 a la 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.

3. No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica.

4. Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales.

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

Cuando la resolución de acusación se funde en la prueba necesaria exigida como requisito sustancial para su proferimiento, no habrá lugar a declaratoria de nulidad si la prueba que no se practicó y se califica como fundamental puede ser recaudada en la etapa del juicio; en cambio procederá cuando aquella prueba fuese imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa o cuando se impartió confirmación a las resoluciones que negaban su práctica, a pesar de su evidente procedencia.

6. No podrá decretarse ninguna nulidad por causal distinta a las señaladas en este capítulo. (Subrayado propio de la Sala)

Entonces, tal y como lo expuso el a quo, si bien no se contó con la presencia del representante del Ministerio Público en el decreto de pruebas, este acto no trasgredió el derecho a la defensa ni garantía fundamental alguna y el Procurador se encuentra facultado para que en la correspondiente audiencia donde se practiquen tales pruebas, ejerza sus derechos y facultades, participando activamente.

No le asiste razón al Delegado cuando afirma que la omisión acaecida en este asunto implica una trascendencia tal que no puede ser subsanada o convalidada, puesto que tal y como lo refiere la propia norma antes transcrita, siempre y cuando no se vulnere el derecho a la defensa, si la actuación cumple con su objetivo no habrá necesidad de invalidarla, tal y como ocurrió en el caso particular. No se desconoce la existencia de la irregularidad, pues debió comunicársele al Procurador apelante el adelanto en la hora de audiencia, no obstante ello no cuenta con la trascendencia suficiente para sacrificar lo ya actuado, recordando que la nulidad es residual y solo debe decretarse cuando no exista otra solución.

Itera la Sala, contrario a lo expuesto por el censor, que no se evidencia trasgresión a las formas propias del juicio, no vislumbrándose la violación de garantías fundamentales alegada, por lo cual no se configura la nulidad deprecada, consecuencia que se torna extrema frente a la no comunicación del cambio de hora de la audiencia preparatoria, sumado a que una colega agente del Ministerio Público estuvo presente en su instalación y no se opuso a ello, sino que se retiró dejando constancia que para las siguientes ocasiones convocaran al titular del caso, siendo el aquí apelante.

Sin embargo, se reconviene al Juez de primer grado para que en futuras oportunidades se asegure de convocar a todos y cada uno de los sujetos procesales por el medio más expedito a las diligencias, más aun si a último momento se cambian las condiciones ya notificadas a las partes.

En tal virtud, los reparos esgrimidos no encuentran eco, imponiéndose la confirmación integral de la decisión apelada.

En mérito de lo expuesto la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la determinación de fecha 10 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Yopal; por las razones señaladas en la parte motiva.

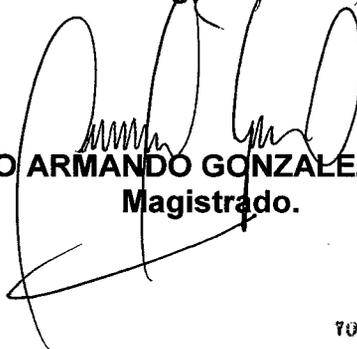
SEGUNDO: Contra esta decisión no proceden recursos.

TERCERO: COPIESE, NOTÍFIQUESE y oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


GLORIA ESPERANZA MALAVER DE BONILLA
Magistrada

EN USO DE PERMISO
ALVARO VINCOS URUEÑA
Magistrado


JAIRO ARMANDO GONZALEZ GÓMEZ
Magistrado.

TRIBUNAL SUPERIOR
NOTIFICACION POR ESTADO
TOPAL 14-Agosto-18
EL AUTO ANTERIOR SE NOTIFICA POR
NOTACION EN ESTADO N° 16