El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto – 2ª instancia – 28 de febrero de 2018

Proceso:                 Penal – Confirma

Radicación Nro. : 660016000036-2014-01777-01

Procesado: HERNANDO SALAZAR PELÁEZ

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**TEMA: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS / PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN / APELACIÓN EXTEMPORÁNEA / DELITO CONTINUADO / CONCURRENCIA DE LEY 600 Y LEY 906 / CONTINÚA TRÁMITE APLICADO A LA PRIMERA ACTUACIÓN PROCESAL /** Aplicando lo anterior al presente caso, encuentra la Colegiatura que la audiencia de formulación de la acusación se llevó acabo sin contratiempo alguno el 19 de septiembre de 2017, pues en tal oportunidad ninguna de las partes manifestó que evidenciaría causal alguna para que se decretara una nulidad, y por ende se continuó con la diligencia que culminó con la fijación de la fecha de la audiencia preparatoria, quedando en firme de esa manera la acusación. En estas circunstancias, las objeciones planteadas por el recurrente respecto de la fecha de ocurrencia de los hechos y que según sus dichos acaecieron en la fase de investigación, deben ser consideradas como extemporáneas, trasnochadas y tardías en atención a que cuando se celebró la fase procesal de saneamiento, en la que las partes y demás intervinientes válidamente podían deprecar la nulidad de la actuación procesal, todos guardaron silencio y no dijeron nada sobre ese tópico.

(…)

A pesar de lo anterior y en gracia de discusión, en el hipotético y remotísimo de los casos en los que quizás le asiste la razón a los reproches formulados por el apelante, es necesario recordarle al recurrente que al estar ante un concurso homogéneo-sucesivo de las conductas punibles presuntamente endilgadas al acusado, y decirse que las mismas se dieron de manera continua en el tiempo, sin poderse establecer hasta el momento, como él lo pretende, que el inicio de la misma data a partir del año 2004, el escenario ante el cual debemos ubicarnos es que estamos ante un delito de tracto sucesivo, que se inició en vigencia de la Ley 600 de 2000 y se culminó cuando ya había entrado a regir la Ley 906 de 2004, lo que implica que se dio durante la vigencia de ambos regímenes procesales penales.

(…)

Lo antes expuesto nos estaría indicando que en materia de delitos de tracto sucesivo o continuo, cuya comisión tuvo ocurrencia en el interregno habido entre la Ley 600 de 2000 y la 906 de 2004, operaria una especie de competencia a prevención, en virtud de la cual en el sistema procesal en donde inicialmente se asumió el conocimiento de la investigación, sería el competente o la vía procesal por la cual se tramitaría la instrucción y el juzgamiento, lo cual en esencia es una consecuencia de lo que la doctrina ha conocido como “perpetuatio jurisdictionis”. A la luz de lo anterior, se tiene que en el presente asunto la Fiscalía en todo momento ha guiado su actuar procesal de acuerdo a las ritualidades de la Ley 906 de 2004, y así inició su primera actuación ante la Judicatura, lo que nos pone evidentemente ante un proceso, que debe ser regido por esa normatividad y no por la anterior, en cuanto a lo procedimental.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente:

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por acta No.180 del 23 de febrero de 2018. H: 10:20 a.m.

Pereira, veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 09:31 a.m.

Radicación # 660016000036-2014-01777-01

Procesado:HERNANDO SALAZAR PELÁEZ

Delito: Actos sexuales con menor de 14 años

Asunto: Resuelve apelación contra auto que niega nulidad

Procedencia: Juzgado 2 Penal del Circuito de Dosquebradas

Decisión: Confirma auto confutado

**ASUNTO:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Defensor del acusado **HERNANDO SALAZAR PELÁEZ** en contra del auto proferido el día 26 de enero del año que avanza por parte del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas, en virtud del cual en la continuación de la audiencia preparatoria negó una pretensión de nulidad impetrada procesal deprecada por el recurrente, quien pretendía la anulación del proceso a partir de la audiencia de imputación.

**ANTECEDENTES:**

Da cuenta el escrito de acusación que para el año 2007, cuando la menor Y.R.N., contaba con tan solo siete años de edad, y mientras se encontraba visitando a su tía, en compañía de su madre, se fue a ver televisión a un cuarto, allí llegó el señor HERNANDO SALAZAR y se acostó en la cama, razón por la que ella se sentó en el suelo, pero cuanto se fue a parar para irse, él la tomó del brazo empujándola hacía la cama en donde empezó a tocarla, actos que realizó hasta que sintió que alguien se acercaba a la habitación, razón por la que procedió a soltarla para que ella se fuera; afirma la denunciante que esa situación se repitió por lo menos en tres o cuatro oportunidades en el mismo año.

Por otra parte, señala el libelo acusatorio, que en otra oportunidad cuando la menor víctima y otros primitos se encontraban jugando detrás de un campero, llegó el señor SALAZAR PELÁEZ y les exhibió el pene, además de ofrecerles dinero para que se dejaran cargar de él.

De lo anterior, la menor guardó silencio un tiempo, pero posteriormente le habló de ello a su hermana mayor, posteriormente la madre se dio cuenta y denunció el caso en el año 2014.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

Una vez conocidos los hechos, se iniciaron las labores investigativas pertinentes, y el 17 de julio de 2017 se realizó ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Dosquebradas, audiencia de formulación de imputación, en la cual al Sr. HERNANDO SALAZAR PELÁEZ le endilgaron cargos como presunto autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado de acuerdo a lo establecido en el numeral 2º del art. 211 del C.P., en concurso homogéneo, los cuales no fueron aceptados por el imputado.

El 26 de julio de 2017, el Ente Acusador presentó el escrito de acusación cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas, quien realizó la audiencia de acusación el 19 de septiembre de 2017, en esa oportunidad la Fiscalía reiteró los cargos de la imputación y anunció todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que hará valer en el juicio oral.

La audiencia preparatoria se instaló el 16 de noviembre de 2017, en tal oportunidad el defensor del señor HERNANDO SALAZAR solicitó el aplazamiento de la diligencia, argumentando que aún le faltaban algunos elementos materiales probatorios por recoger; así las cosas, se fijó como nueva fecha el 26 de enero de 2018.

En la fecha atrás señalada, se instaló la continuación de la audiencia preparatoria, en ella, al concedérsele la palabra al Defensor para que indicara si tenía algún reparo respecto del descubrimiento probatorio realizado por la Fiscalía, señaló que frente a ello no tenía nada que decir, pero que sí era su deseo proponer una nulidad de la actuación desde la imputación; en su larga intervención, el abogado logra dejar claro que con base en lo señalado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la C.S.J. en la sentencia # 43356 de 2006, era viable establecer que dentro del presente asunto se configura una causal de nulidad por violación al debido proceso, ello por cuanto, una vez revisó lo que le entregara la Fiscalía, logró constatar que no existe una certeza respecto a la fecha de ocurrencia de los hechos, ya que se tiene una historia clínica que habla de que los hechos ocurrieron en el año 2004, cuando la menor tenía 4 años de edad, lo que implica que el proceso se debía adelantar por los ritos de la Ley 600 de 2000, luego hay una entrevista rendida por la señora Claudia Liliana Naranjo, madre de la menor en donde dice que ello sucedió en el año 2005 y finalmente unos apartes que indican que fue cuando la menor tenía 7 años de edad, esto es en el 2007. Bajo esa perspectiva, considera que existe una incongruencia en la acusación y que por tanto, en aras de mantener el principio de favorabilidad del procesado, y ante el choque de legislaciones, este asunto debió tramitarse por la Ley 600 de 2000 y no por la Ley 906 de 2004, que entró a regir para delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2005. Así las cosas, afirma que la Fiscalía debió subsanar las imprecisiones respecto a la fecha de ocurrencia de los hechos con anterioridad a la presentación del escrito de acusación, incluso antes de la imputación, pero como no lo hizo ha dejado abierta la posibilidad de tener tres teorías del caso distintas. Por otra parte, considera que no existe otro mecanismo jurídico que permita subsanar esa irregularidad y por tanto es necesario nulitar la actuación, pues no es posible ir a juicio a sabiendas de lo que se está alegando, ya que tal actuar sería irresponsable de todas las partes.

Respecto de la anterior petición, el Representante de Víctimas, señaló que no tenía nada que decir y que se acogía a lo que decidiera el Despacho. Por su parte la representante del Ente Acusador, señaló que revisados los documentos mencionados por el Defensor, se evidencia que tiene razón en cuanto a que existe un documento en donde se dice que los hechos efectivamente ocurrieron cuando la menor tenía 4 años, y ello teniendo en cuenta que ella nació en el año 2000, da a entender que fue en el 2004, situación que no fue tenida en cuenta por la Fiscalía toda vez que al parecer, y según las versiones de la menor, los hechos se dieron de manera repetitiva. Así las cosas, señaló que se atendría a lo decidido por el Juez de instancia.

**EL AUTO OPUGNADO:**

Como se dijo anteriormente se trata de la decisión tomada por el Juez 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, en la cual no accedió a la nulidad solicitada por la Defensa del acusado HERNANDO SALAZAR PELÁEZ; para el ello el *A quo* adujo, después de hacer un recuento de lo dicho por el solicitante, que lo planteado nace evidentemente de un análisis que él, el defensor, hizo a los elementos materiales probatorios que le entregara la Fiscalía.

Recordó el Juez de primer nivel que la nulidad es la última ratio a la que se debe acudir y que si bien es cierto que el abogado manifestó que él en ningún momento ha convalidado esa nulidad por no haberla propuesto antes, lo claro acá es que el escrito de acusación que es una especie de guía orientadora del proceso ya se encuentra en firme y no puede ser cambiado o modificado en lo factico, y en este caso en particular se planteó como fecha de ocurrencia de los hechos el año 2007, esto es cuando ya estaba en vigencia la ley 906 de 2004, por lo que el proceso se debe rituar por esa norma, independientemente de que en el juicio se logre demostrar que en realidad los hechos tuvieron ocurrencia en una fecha anterior a esa, situación que de llegar a ser así tendría como consecuencia que al procesado, de ser condenado, se le aplique la ley vigente para ese entonces, lo que implicaría por ejemplo que no se tengan en cuenta las modificaciones introducidas para este delito por la Ley 1236 de 2008.

Aunado a lo anterior, indicó el señor Juez que tratándose de un concurso de conductas homogéneas y sucesivas, los hechos pueden haber ocurrido en vigencia de ambas normas procedimentales penales, lo que implicaría que se deba acoger la teoría del tránsito legislativo.

Así las cosas, no aceptó la solicitud de nulidad propuesta por el Defensor del procesado; decisión ante la cual se interpuso el recurso de apelación.

**LA ALZADA:**

**El Defensor como recurrente**: Considera que la argumentación dada por el Juez de instancia se dividió en tres partes, i) debate probatorio, ii) la congruencia entre la acusación y los hechos y iii) la fecha de ocurrencia de los hechos.

Bajo esa idea, dice que en este caso la Fiscalía no cumplió con su deber constitucional de indagar e investigar antes de acusar, pues si lo hubiese hecho, habría tenido en cuenta que existen pruebas que dejan claro que los hechos tuvieron ocurrencia en vigencia de la anterior ley procesal, pues si bien es cierto que se trata de un concurso homogéneo, acá no está claro si ese concurso se dio solo en el año 2004 o con posterioridad, lo que hace evidente que no sea posible continuar con el proceso porque al juicio no se puede llegar a establecer en qué momento fue que tuvieron ocurrencia los presuntos actos delictuales. Igualmente señala que la jurisprudencia ha sido muy clara en decir que el proceso se puede continuar después de que se advierte la causal de nulidad, si ello es convalidado por la parte que se ve afectada por la misma, y en este caso la defensa no está dispuesta a convalidar ese asunto.

Finalmente en cuanto a la congruencia, señala que si bien ello fue un tema del que habló el Juez, no fue un asunto por él tratado en su intervención, pues su solicitud siempre ha estado centrada en que al no haber claridad en la fecha de los hechos, este asunto se debe tramitar por la Ley 600 de 2000 y no por la ley 906 de 2004, porque además ambos procedimientos son diferentes, y mientras en el actual sistema ese tema de la congruencia se trata ante el Juez, en el anterior, ello podía ser algo que resolvía el Fiscal solo, antes llevar el proceso para juzgamiento, pues en ese no había imputación y acusación sino que el Ente Acusador establecía sí había o no merito sumarial en un caso para llevarlo a la judicatura, sin más etapas preliminares.

Así las cosas, solicita que se revoque la decisión de instancia y en su lugar se decrete la nulidad de todo lo actuado para que este asunto sea tramitado a la luz de la Ley 600 y no de la 906, dada la falta de claridad frente a la fecha de ocurrencia de los hechos.

**La Fiscalía como no recurrente:** Pide que se confirme lo decidido por el *A quo*, pues es evidente que lo que ha hecho el defensor del señor SALAZAR es proponer un debate probatorio, en donde ha pedido que se miren unos elementos que deben ser considerados dentro del juicio oral, tal como lo son los informes de medicina legal y otros documentos frente a los que no se han pronunciado los peritos que los elaboraron. De otra parte, y si bien es cierto al parecer los hechos se iniciaron en el año 2004, los mismos continuaron durante el cambio de legislación y ese es el punto que la Fiscalía tomó como partida para realizar la imputación de cargos.

**La Representante de víctimas como no recurrente:** Solicita que se confirme la decisión de instancia, por cuanto es evidente que lo que ha hecho en defensor con su solicitud es un análisis probatorio, que no es el momento de realizar pues ello debe hacerse dentro del juicio en donde una vez se pruebe si él tiene o no razón se deberá tomar la decisión que corresponda con base en las normas aplicables al caso. Por otra parte indica, que con lo realizado por el recurrente se puede llegar a pensar incluso, que ya se contaminado al señor Juez con la prueba.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**COMPETENCIA:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto en contra de un auto proferido en primera instancia por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito judicial.

**PROBLEMA JURÍDICO:**

Del sustento del recurso, y la intervención de los no recurrentes se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Se ha violado dentro del presente asunto el debido proceso por cuanto al parecer no existe certeza sobre la época de los hechos, los cuales pudieron haber acaecido en el año 2004, y por tanto se debe decretar la nulidad de todo lo actuado, para que el asunto se tramite bajo la Ley 600 de 2000 ya que esta norma le es más favorable al procesado?

De igual manera, como problema jurídico coyuntural, la Sala considera que se presenta el siguiente:

¿La petición de nulidad procesal deprecada por el Togado recurrente fue formulada dentro de las oportunidades legales pertinentes?

**SOLUCIÓN:**

Para solucionar los anteriores problemas jurídicos, la Sala por simple lógica inicialmente abordará el que hemos catalogado como problema jurídico coyuntural, en atención a que el mismo tiene mayor trascendencia o relevancia en el proceso que el surgido como consecuencia del recurso de alzada propuesto por el apelante, porque en caso que sea cierto que la petición de nulidad procesal haya sido impetrada de manera tardía, tal acontecer zanjaría cualquier tipo de controversia al dejar sin sustento los reproches nulitatorios que el apelante deprecó en el devenir de la audiencia preparatoria.

Como punto de partida se debe tener en cuenta que la acusación se caracteriza por ser un acto procesal complejo integrado por una serie de etapas o de estadios procesales que operan de manera concatenada como si fueran eslabones de una única cadena; razón por la cual esos estadios o etapas procesales se deben considerar como preclusivas en atención a que la culminación de una de ellas se constituye como presupuesto esencial para el inicio de la etapa subsiguiente.

Así tenemos que el primer eslabón de la cadena, el cual opera a modo de catalizador, lo encontramos en la presentación por parte del Fiscal Delegado del escrito de acusación ante el Juez del Conocimiento. Una vez presentado el escrito de acusación, es deber del Juez de la Causa, a fin de hacer valer los principios de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación, convocar a una audiencia, denominada como audiencia de formulación de la acusación, la cual, a su vez está conformada por varias fases concatenadas entre sí de manera progresiva, preclusivas unas de otras y con una secuencia lógica y ordenada que tiene como un único fin el dar claridad a toda la audiencia y lo que en ella se desarrolla.

El trámite de la audiencia de formulación de la acusación, se encuentra regulado por el art. 339 y subsiguientes del C.P.P. y está conformado por las siguientes etapas o estadios procesales, los cuales reiteramos son preclusivos:

* La definición de la competencia externa respecto del Juez del Conocimiento, la formulación de impedimentos y recusaciones.
* El saneamiento del proceso, mediante la proposición de nulidades.
* El reconocimiento de la calidad de víctima.
* La formulación de observaciones al escrito de acusación, a fin que el mismo sea aclarado, corregido o adicionado por parte del Fiscal Delegado.
* La formulación de la acusación por parte del Delegado Fiscal.
* El Descubrimiento probatorio por parte del Ente Acusador y de la víctima.
* El opcional descubrimiento probatorio por parte de la Defensa, siendo este obligatorio en aquellos casos en los que pretenda proponer como teoría defensiva la inimputabilidad del acusado.
* Señalamiento de fecha y hora para la celebración de la audiencia preparatoria.

Aplicando lo anterior al presente caso, encuentra la Colegiatura que la audiencia de formulación de la acusación se llevó acabo sin contratiempo alguno el 19 de septiembre de 2017, pues en tal oportunidad ninguna de las partes manifestó que evidenciaría causal alguna para que se decretara una nulidad, y por ende se continuó con la diligencia que culminó con la fijación de la fecha de la audiencia preparatoria, quedando en firme de esa manera la acusación. En estas circunstancias, las objeciones planteadas por el recurrente respecto de la fecha de ocurrencia de los hechos y que según sus dichos acaecieron en la fase de investigación, deben ser consideradas como extemporáneas, trasnochadas y tardías en atención a que cuando se celebró la fase procesal de saneamiento, en la que las partes y demás intervinientes válidamente podían deprecar la nulidad de la actuación procesal, todos guardaron silencio y no dijeron nada sobre ese tópico. Prueba de ello es que en ese estadio procesal el Juez de la Causa los increpó respecto si tenían alguna observación sobre causales de nulidad, impedimento o recusación, y al unísono todos ellos respondieron que no.

Luego, si tenemos en cuenta, acorde con lo dicho en los párrafos anteriores, que cada una de las fases que integran la audiencia de acusación se caracterizan por ser momentos preclusivos o estancos, tal preclusividad conlleva a que esos momentos estancos fueron diseñados para que en las mismos las partes y demás intervinientes le puedan formular ciertas propuestas al Juez del Conocimiento, por lo que es obvio que una vez superada esa fase del proceso le resultaría imposible a las partes formular esas proposiciones las cuales se deben catalogar como extemporáneas como consecuencia del agotamiento del estadio procesal en el cual debieron haber sido formuladas.

Lo anterior es una consecuencia del principio de preclusión de instancia, el cual según ha dicho de vieja data la Corte, se caracteriza por lo siguiente:

*“En efecto, el debido proceso obedece a una sucesión ordenada y preclusiva de actos, que no son solamente pasos de simple trámite, sino verdaderos actos procesales, metodológicamente concatenados en orden a la obtención de su precisa finalidad, por lo tanto, obedece a unas reglas preestablecidas, las cuales de ninguna manera el arbitrio habrá de reemplazar, puesto que se han promulgado precisamente para limitar la actividad del juez y para preservar las garantías constitucionales que permitan un orden social justo…”[[1]](#footnote-1).*

Siendo así las cosas, la Sala considera que la petición de nulidad deprecada por el recurrente, por ser contraria a los postulados que orientan el principio de la preclusión de instancia, ya que la misma fue impetrada por fuera las oportunidades procesales diseñadas para ser propuesta, no está llamada a prosperar.

Ahora bien, no se puede considerar que el abogado defensor no propuso con antelación la pretensión de nulidad porque solo tuvo conocimiento del contenido de los documentos por él citados en su intervención, después de habérsele hecho el descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía, pues debe recordársele que al momento de plantear la imputación el Ente Acusador debió presentar un mínimo de elementos materiales probatorios con los cuales sustentaba su pedido[[2]](#footnote-2), por lo que es obvio que a partir de eso tuvo la oportunidad de percatarse de la supuesta inconsistencias en las fechas en las que presuntamente tuvieron ocurrencia las presuntas conductas delictuales enrostradas por la Fiscalía en contra del acriminado.

En suma, todo lo dicho en los párrafos precedentes es suficiente para que la Colegiatura decida confirmar lo resuelto y decido por el *A quo* cuando no accedió a la petición de nulidad procesal deprecada por la Defensa.

A pesar de lo anterior y en gracia de discusión, en el hipotético y remotísimo de los casos en los que quizás le asiste la razón a los reproches formulados por el apelante, es necesario recordarle al recurrente que al estar ante un concurso homogéneo-sucesivo de las conductas punibles presuntamente endilgadas al acusado, y decirse que las mismas se dieron de manera continua en el tiempo, sin poderse establecer hasta el momento, como él lo pretende, que el inicio de la misma data a partir del año 2004, el escenario ante el cual debemos ubicarnos es que estamos ante un delito de tracto sucesivo, que se inició en vigencia de la Ley 600 de 2000 y se culminó cuando ya había entrado a regir la Ley 906 de 2004, lo que implica que se dio durante la vigencia de ambos regímenes procesales penales. En este punto, es importante recordar que el actual sistema procesal penal no abrogó el anterior, y que el artículo 533 de la Ley 906 de 2004 estableció que esta *“regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero del año 2005”*, lo que implica que en ningún momento se derogó la norma anterior y que aquellos reatos cometidos hasta antes de esa fecha se seguirían tramitando bajo la ley 600 de 2000, poniéndonos así ante una concurrencia de regímenes procesales penales; sin embargo, la norma no estableció en momento alguno qué podría suceder en los casos de los delitos continuos cuya ejecución se inició con anterioridad al 1º de enero de 2005 y se culminó con posterioridad a esa fecha.

Dado este último escenario planteado, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia entró a zanjar la situación y para ello, manifestó en decisión del 12 de marzo de 2014, lo siguiente:

**“I. Del sistema procesal penal aplicable en aquellos eventos en que concurra coexistencia de leyes procesales respecto de un delito de carácter permanente.**

**1.** Para empezar, importa destacar, que contrario a lo que sucedía con la entrada en vigencia en nuestro país de otras legislaciones procesales penales que nos precedieron, en cuyos casos el legislador expresamente derogaba la que le antecedía, tal mandato no concurrió para la expedición de la Ley 906 de 2004 (CSJ AP, 12 Dic 2009, Rad. 32846).

De ahí que, la jurisprudencia de la Sala haya venido entronizando el concepto de coexistencia de sistemas procesales penales para habilitar que en Colombia rija coetáneamente, tanto la Ley 600 de 2000 como la 906 de 2004.

**2.** Dilucidado este aspecto, el primer cuestionamiento que se impone realizar es, **¿cuál es la ley procesal penal aplicable en aquellos casos en que se juzgue un delito de carácter permanente en el que durante su ejecución transitaron los dos sistemas procesales?**

Pues bien, esta temática no le ha sido ajena al estudio de la Sala, por ello tiene establecido y de manera pacífica, en postura que hoy prohíja, que en tratándose de delitos **permanentes** o cometidos en concurso se impone (CSJ AP, 9 Jun 2008, Rad. 29586; CSJ AP, 15 Dic 2008, Rad. 30665; CSJ AP, 10 Mar 2009, Rad. 31180; CSJ AP, 29 Jul 2009, Rad. 31519, y, CSJ AP, 11 Dic 2013, Rad. 41187):

*“acudir a criterios objetivos y razonables, edificados éstos esencialmente en determinar bajo cuál de las legislaciones se iniciaron las actividades de investigación, la que una vez detectada y aplicada, bajo su inmodificable régimen habrá de adelantarse la totalidad de la actuación, sin importar que (al seleccionarse por ejemplo la Ley 600) aún bajo la comisión del delito -dada su permanencia- aparezca en vigencia el nuevo sistema.*

*Ya la iniciación de las pesquisas por los senderos de aquella normatividad marcará el rumbo definitivo del procedimiento a seguir. Piénsese en un secuestro cometido en un distrito judicial que aún estuviera bajo el régimen de la Ley 600 y dentro de ese contexto se recibe la notitia criminis, dándose inicio a una investigación previa y por su propia iniciativa en la misma resolución el fiscal ordena interceptación de líneas telefónicas, desde luego sin ningún control judicial específico pues no está normativamente previsto. Ya -sin duda- con ello, el servidor está ejerciendo funciones jurisdiccionales de las cuales carece en esencia bajo la Ley 906. Y mucho más si dentro de aquella fase preprocesal recibe por lo menos el testimonio de los parientes del secuestrado, como que en tal caso se estará ante el aporte de verdaderas pruebas (con vocación de permanencia) cuyo carácter o naturaleza no podría ser desconocido en adelante al tratar de variar el procedimiento hacia las nuevas reglas, y considerar ahora que aquellas versiones no ostenten la calidad de pruebas.*

*Lo propio ocurriría si las indagaciones se inician bajo el procedimiento de las nuevas normas, pues el cambio de sistema de enjuiciamiento resultaría (al igual que en la hipótesis anterior) a más de refractario a un verdadero debido proceso, como la más clara muestra de las dificultades respecto -por ejemplo- del acopio de información, como que de las personas se obtendría información a través de entrevistas, mas no en calidad de verdaderos testimonios, surgiendo a la par dificultad en relación con la intervención de peritos, en la medida en que a sus conceptos -recogidos a la luz de la Ley 906- no podría dárseles el carácter de prueba como sí la tendrían bajo el imperio de la Ley 600.*

*Así las cosas, la Sala se inclina por estructurar la tesis de razón objetiva como mecanismo para solucionar el eventual problema de selección del sistema procesal a desarrollar en el caso del delito permanente cuando en desarrollo de su ejecución surge a la vida jurídica la nueva normatividad.”*

**3.** Como viene de verse, la Corte ha fijado la regla según la cual, en aquellos eventos en que se juzgue un delito de carácter permanente, en el cual durante su ejecución hayan transitado los dos regímenes procesales, será la ley adjetiva que gobernó la primera actuación la que se continuará aplicando.

O, lo que es lo mismo, *verbi grattia*, si por razón de una denuncia formulada contra desconocidos por el delito de secuestro, el Fiscal de Ley 600 dispuso apertura de investigación previa, con independencia de la fecha hasta la cual perduré la ejecución de esa conducta, esto es, si para cuando se agote ya estaba vigente la Ley 906 de 2004, ello no impedirá que la primigenia normatividad, esto es, el sistema procesal penal de 2000 sea el llamado a gobernar el trámite.

**4.** La situación es idéntica y abarca igual solución cuando se trata de un concurso de delitos y uno de ellos o los dos, hayan transitado —por su condición de permanentes— por dos sistemas procesales penales distintos.”[[3]](#footnote-3) (Subrayas de la Sala)

Lo antes expuesto nos estaría indicando que en materia de delitos de tracto sucesivo o continuo, cuya comisión tuvo ocurrencia en el interregno habido entre la Ley 600 de 2000 y la 906 de 2004, operaria una especie de competencia a prevención, en virtud de la cual en el sistema procesal en donde inicialmente se asumió el conocimiento de la investigación, sería el competente o la vía procesal por la cual se tramitaría la instrucción y el juzgamiento, lo cual en esencia es una consecuencia de lo que la doctrina ha conocido como *“perpetuatio jurisdictionis”.*

A la luz de lo anterior, se tiene que en el presente asunto la Fiscalía en todo momento ha guiado su actuar procesal de acuerdo a las ritualidades de la Ley 906 de 2004, y así inició su primera actuación ante la Judicatura, lo que nos pone evidentemente ante un proceso, que debe ser regido por esa normatividad y no por la anterior, en cuanto a lo procedimental, ya en lo que atañe a la punibilidad, ese aspecto será revisado en su momento por el juzgador y para ello se tendrá en cuenta lo probado en el juicio en cuanto a la fecha de ocurrencia de los hechos, para la determinación de las normas aplicables al caso concreto, si se hace necesario tasar una pena.

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la providencia proferida por parte del Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas el día 26 de enero del año que avanza, en virtud del cual en la continuación de la audiencia preparatoria negó una pretensión de nulidad procesal deprecada por la Defensa del procesado **HERNANDO SALAZAR PELÁEZ**.

**SEGUNDO:** **Declarar** que en contra de esta decisión no procede recurso alguno, por lo que una vez en firme se ordenará la inmediata devolución del expediente al despacho de origen para que se continúe con el trámite.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Auto del veinte (20) de marzo de (2003. Rad. # 19960. M.P. HERMAN GALÁN CASTELLANOS. [↑](#footnote-ref-1)
2. Lo cual ha sido denominado por la doctrina como *descubrimiento probatorio restringido.* [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia SP3005-2014, radicado # 36106, del 12 de marzo de 2014, M.P. Dr. Eyder Patiño Cabrera. [↑](#footnote-ref-3)