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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: NULIDAD PROCESAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA / JUEZ NATURAL / CONVALIDACIÓN DEL VICIO / SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / PRINCIPIO DE CARIDAD.**

El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación, so pena de que el mismo sea declarado desierto, tal como lo enuncia el artículo 179A Ibídem. Tales disposiciones encuentran sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone un recurso exprese ante el superior funcional los motivos de su inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende.

La jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la exigencia de la debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, contrario sensu confiere al apelante la oportunidad de exponer sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, haciendo que ineludiblemente la decisión del Ad-quem se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos. (…)

… esta Colegiatura considera que hay lugar a pronunciarse sobre el recurso propuesto, tomando como base la solicitud de la defensora del señor HAM, porque en la parte final de su intervención como impugnante pidió que se tuvieran en cuenta los argumentos que expuso al fundamentar su solicitud de nulidad y en consecuencia y para poner fin a la discusión jurídica que la censora ya ha propuesto en varios escenarios, sobre el mismo tema que invocó, se acudirá al llamado “principio de caridad”, referido en la decisión CSJ SP del 9 de septiembre de 2015, radicado 46235…

Con respecto al fundamento de la causal de nulidad reclamada por la recurrente, la misma se basa en el hecho de que las audiencias preliminares celebradas dentro del trámite de la referencia el 13 de febrero del año en curso, se llevaron a cabo ante al Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, cuando en opinión de la impugnante se debieron haber realizado en Santa Rosa de Cabal donde ocurrieron los hechos investigados.

En consecuencia su pretensión se fundamenta en la presunta violación del principio del juez natural, con efectos sobre los derechos al debido proceso y el derecho de defensa, por lo cual en su criterio se generó la causal de nulidad prevista en el artículo 457 del CPP…

… esta Sala considera que pese a que los sucesos investigados ocurrieron en Santa Rosa de Cabal, el hecho de que el juez 2º penal municipal con funciones de control de garantías de Pereira hubiera asumido la competencia para celebrar las audiencias preliminares radicadas por parte del Fiscal 28 Seccional contra el señor HAM, no generó ninguna vulneración de las garantías al debido proceso y al derecho de defensa que le asiste al procesado, máxime si su misma defensora convalidó la decisión del juez de garantías de asumir el conocimiento de esas audiencias preliminares, por lo cual resulta aplicable el citado principio que se conoce también como de subsanación o integración.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 1028 del doce (12) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, trece (13) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 10:14 a.m.

ASUNTO A DECIDIR

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensora del señor HAM contra el auto del 13 de septiembre de 2019 del Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, por medio del cual se negó una solicitud de nulidad que presentó en la audiencia de formulación de acusación.

2. ANTECEDENTES

2.1 El supuesto fáctico del escrito de acusación es el siguiente:

*“ En cumplimiento de las órdenes a la policía judicial expedidas por la Fiscalía 28 Seccional de Pereira dentro de la investigación radicada bajo el No 660016008785 201600041, en contra de HAM - contratista, CARM - Secretario de Gobierno y LAMT - Alcalde Municipal por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, el investigador del C.T.I JOSÉ IGNACIO ARIAS CIRO procedió el día 06 de octubre de 2017 a realizar inspección a lugares en la oficina de archivo de la alcaldía municipal de Santa Rosa de Cabal, encontrando que las personas antes mencionadas celebraron el contrato No.291 del 03 de diciembre de 2008 por un valor de $10.300.000, cuyo objeto fue el "ALOJAMIENTO Y ALIMENTACIÓN A 100 AGENTES DE POLICÍA QUE APOYARÁN LA SEGURIDAD EN EL MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE CABAL DURANTE EL MES DE DICIEMBRE". Es así, que el investigador al revisar dicho contrato, cuyo soporte documental constaba de 15 folios, denotó que esté no cumplía con los requisitos legales y además no presentaba soportes que probaran la ejecución.*

*En desarrollo de los actos de indagación ordenados por éste delegado, el investigador obtuvo que: (…)*

*Este contrato, que es AUTÉNTICO, en su minuta tiene un CONTENIDO FALSO, puesto que el CONTRATO se elaboró para nunca ser CUMPLIDO, constituyéndose de esta manera en una ficción para ocasionar un detrimento patrimonial al ya golpeado, municipio de Santa Rosa de Cabal, en cuantía de $10.300.000*

*El 03 de diciembre de 2008 CARLOS ALBERTO RAMÍREZ MORALES, designado como INTERVENTOR del CONTRATO, suscribe junto con el señor HAM el Acta de Inicio del CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS 291/2008 y el 12 de diciembre de 2008 las mismas personas suscriben el ACTA ÚNICA DE PAGO en la que refieren que se inició el 03/12/2008 y terminó el 17/12/2008 -LO QUE ES FALSO puesto que el CONTRATO se celebró para NUNCA SER EJECUTADO-. Igualmente todo lo allí consignado es una ficción.*

*Con base en estos documentos antes referidos, a HAM se le libró ORDEN DE PAGO No. 0000001857 del 12/12/2008 por el valor del CONTRATO $10.300.000 y este aparece COBRANDO el valor de un CONTRATO que NUNCA SE EJECUTÓ.*

*El acta de inicio y acta única de pago no fueron firmadas por el contratista, y no existen soportes que prueben la ejecución del contrato, a lo que se le suma que el Departamento de Policía de Risaralda informó que se constató de acuerdo a los inventarios documentales en medio físico y magnético, que no se encontró antecedente que permita evidenciar la estadía de personal del FUCUR u otro grupo operativo en el municipio de Santa Rosa de Cabal para apoyar la seguridad en el mes de diciembre del año 2008. Además, la Unidad Nacional de Intervención Policial y de Antiterrorismo - Dirección de Seguridad Ciudadana de la Policía Nacional, también informó que no existe ningún soporte relacionado con anotaciones que evidencien que algún personal del FUCUR se desplazó o pernoctó en el municipio de Santa Rosa de Cabal durante el mes de diciembre de 2008.*

*Los estudios previos al no cumplir con los requisitos exigidos por el Decreto 2474 de 2008 y el Manual de Contratación de la Alcaldía de Santa Rosa de Cabal, conlleva a desconocer el Principio de Transparencia por falta de motivación detallada (Ley 80, 1993, art. 24.7).*

*A lo anterior, se suma que no existe documento que permita determinar el número de raciones de alimentos que se suministraría por día a cada miembro de la policía, ni el valor del alojamiento para los 100 uniformados.*

*Ahora bien, el valor de dicho contrato fue de $10.300.000 por prestar el servicio de alojamiento y alimentación, el cual fue ejecutado en 10 días según acta única de pago.*

*De acuerdo a lo anterior, si eran 100 agentes de policía los beneficiados con el objeto contractual, el contratista cobro $1.030.000 por día, lo que implica que el costo diario por uniformado de la policía fue de $10.300 por concepto de alimentación y hospedaje, lo que es ilógico respecto a los contratos No. 235 y 251 de 2008 que se investigan bajo la noticia No 6600160008785201600041, los cuales fueron celebrados con el mismo contratista, en donde el costo diario de sólo alimentación por cada policía ascendía a $13.500.*

*Adicionalmente se logró determinar que HAM identificado con cédula de ciudadanía No.18.598.206 no ejercía ninguna actividad comercial al momento de la celebración del contrato, y así lo evidencian los documentos que indican que el día 03 de septiembre de 2008 canceló en la Cámara de Comercio de Santa Rosa de Cabal la matrícula mercantil No. 24625 del establecimiento comercial “Restaurante y Piqueteadero Ricuras” y la matrícula No.24624 como persona natural, argumentando que en la actualidad no se ocupaba de actividades que la ley consideraba mercantiles. Canceló matricula 3 meses antes de celebrar el contrato...”*

2.2.1 Con base en ese contexto fáctico la FGN formuló acusación contra el señor HAM, como *interviniente,* por los delitos de “contrato sin cumplimiento de requisitos legales”; peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público (con la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58, numerales 1 y 10 del CP)[[1]](#footnote-1)

2.2 Las audiencias preliminares se celebraron el 13 de febrero de 2013 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad, acto en el cual la FGN le comunicó cargos al señor HAM por los delitos de peculado por apropiación y celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, los cuales no aceptó. Al procesado se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia.[[2]](#footnote-2)

2.4 El conocimiento de la investigación lo asumió el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal[[3]](#footnote-3). La audiencia de formulación de acusación fue instalada el 20 de agosto de 2019[[4]](#footnote-4) y continuó el 13 de septiembre del año que avanza, en dicha oportunidad la abogada que presenta los intereses del acusado presentó una solicitud de nulidad de toda la actuación[[5]](#footnote-5)

3. SOBRE LA SOLICITUD DE DECLARATORIA DE NULIDAD.

3.1 La defensora del señor HAM pidió que se dejara sin efectos todo lo actuado en este proceso, a partir de las audiencias preliminares, con base en los siguientes antecedentes: i) se debían restablecer las garantías procesales vulneradas a su defendido para que pueda afrontar un juicio oral en condiciones de igualdad, haciendo efectivo los principios del derecho al debido proceso y la defensa técnica, que le fueron sido desconocidos a su mandante desde la realización de las audiencias preliminares, para lo cual hizo referencia a la relación existente entre los fundamentos constitucionales y el derecho penal; ii) el 12 de febrero de 2019 la FGN solicitó ante el Juez Primero Penal Municipal con control de garantías que se librara orden de captura en contra del señor HAM, quien para esa época se desempeñaba como alcalde del municipio de Santa Rosa de Cabal, la cual se hizo efectiva al día siguiente en dicha localidad, motivo por el cual la Fiscalía 28 Seccional de la Unidad Especializada de la Administración Pública, radicó la solicitud de las audiencias preliminares en el Centro de Servicios Judiciales de Pereira; iii) esas diligencias fueron asignadas al Juzgado 2º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad, para que realizara las respectivas audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento; iv) una vez se instaló la audiencia de legalización de captura, le advirtió al juez con funciones de control de garantías que los hechos materia de investigación habían acontecido en Santa Rosa de Cabal, y que en atención a lo dispuesto en los artículos 39 y 43 del CPP, esas diligencias debían ser tramitadas en esa municipalidad; v) el fiscal dijo que había radicado las audiencias en esta localidad ante la falta de garantías personales y jurídicas en Santa Rosa de Cabal, sin allegar ninguna prueba al respecto; vi) el juez de garantías aplicó la excepción de la norma procedimental y asumió la competencia para conocer de la actuación, para lo cual adujo que estaban presentes todas las partes, en razón a ello era procedente la realización de esa audiencia; vii) el delegado de la FGN solicitó al juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario en contra del señor HAM, porque este generaba peligro para la comunidad de conformidad con lo previsto en el artículo 310 del CPP, y por ser proclive al delito; viii) se opuso a esa solicitud porque los hechos investigados se presentaron en el año 2008, cuando el acusado no se desempeñaba como Alcalde de dicho municipio sino como un simple contratista y que por ello no había un peligro latente para la comunidad santarrosana; ix) el juez de garantías le impuso al señor HAM medida de aseguramiento de detención preventiva en el lugar de residencia, decisión frente a la cual interpuso los recursos de reposición y de apelación, cumpliendo con la carga argumentativa correspondiente. El juez segundo penal municipal con función de control de garantías de Pereira, no repuso su determinación y concedió la apelación, la cual correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta ciudad, el que mediante auto del 14 de marzo de 2019, declaró desierto dicho recurso teniendo en cuenta que no se había atacado en debida forma la argumentación del juez de primer nivel; x) como consecuencia de lo anterior, propuso una acción de tutela, la cual fue decidida por esta Sala Penal, con ponencia de quien hoy funge en igual condición , donde se decidió que la defensora del señor HAM podía interponer el recurso de reposición frente a dicha determinación, trámite que se cumplió sin que el titular del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, hubiera modificado su decisión; xi) radicó una nueva acción de amparo para que se decretara la nulidad de toda la actuación a efectos de que las audiencias preliminares fueran adelantadas en el municipio de Santa Rosa de Cabal, ya que los funcionarios de esa localidad eran los competentes para conocer de esas diligencias; xii) esa acción fue declarada improcedente mediante fallo del 4 de junio de 2019, de esta Sala con el mismo ponente, pues se consideró que no se satisfacía el presupuesto de subsidiaridad, ya que esa pretensión debía ser presentada en la audiencia de formulación de acusación; y xii) impugnó esa decisión y la SP de la CSJ, mediante sentencia SP 10413 de 2019, radicado 105557 del 30/06/2019, confirmó dicho proveído, con el argumento de que la oportunidad procesal para plantear una violación al debido proceso por falta de competencia era precisamente la audiencia de formulación de acusación, fuera de que el reclamo elevado por la defensa se encontraba superado en ocasión al principio de convalidación.

3.2 Ya en lo que atañe a su solicitud concreta, que dio lugar al presente recurso, hizo la siguiente argumentación:

* En este caso y atendiendo el factor territorial, la autoridad competente para celebrar las audiencias preliminares era el Juzgado Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Santa Rosa de Cabal.
* En un pronunciamiento emitido por esta Sala dentro del proceso radicado con el Nro. 6600160000362018000657010, mediante el cual se resolvió un conflicto de esa naturaleza, se estableció que la competencia de esa investigación radicaba en el juzgado del lugar donde acontecieron los sucesos.
* Leyó apartes de la providencia de la SP de la CSJ radicada con el Nro. 54408, del 16 de enero de 2019 referente a la fijación de la competencia en materia de control de garantías. En ese mismo sentido citó lo decidido por esa corporación en AP 8550/2017, AP 14/05/2013 radicado 41228, AP del 6 de agosto de 2013, radicado 41912, AP del 26 de octubre 2011, radicado 37674, AP 2926/2019 radicado 55747 del 24 de julio de 2019, referentes a la competencia territorial asignada a los juzgados con funciones de control de garantías.
* Hizo mención de los principios que informan la declaratoria de las nulidades.
* En el asunto de la referencia se violó el principio de competencia, ya que el juez 2º con función de control de garantías de Pereira usurpó funciones que no le correspondían, y para desconocer los factores territoriales de competencia debía tener motivos fundados de índole constitucional, los cuales exigen que para limitar o desconocer las garantías fundamentales de las personas sometidas al sistema judicial, se deben sopesar esos motivos de necesidad y razonabilidad de la pertinencia y urgencia de la actuación, los cuales no fueron tenidos en cuenta en el caso bajo examen, con lo cual vulneró el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, y los artículos 10, 19, 39, 43 de la Ley 906 de 2004.
* Desde los albores de la investigación se afectaron los derechos al debido proceso y el de defensa de su prohijado. Por lo tanto solicitó que se decretara la nulidad de la actuación como una medida extrema y excepcional, la cual procede cuando acontece alguna de las causales definidas en la ley, según los artículos 455, 456, 457 del CPP, es decir, cuando existe prueba ilícita, existe incompetencia del juez o hay violación del derecho a la defensa o al debido proceso en aspectos sustanciales.
* Su solicitud concreta es que anule lo actuado en este proceso a partir de la audiencia de legalización de captura y las demás actuaciones judiciales surtidas en el caso de su representado, para restablecer sus derechos.

3.3 La delegada de la FGN se opuso a dicha pretensión, con base en los siguientes argumentos:

* La misma defensora del acusado ha dado respuesta a sus inquietudes, al referir que la declaratoria de nulidad procede de manera excepcional, siempre y cuando se violen o afecten garantías fundamentales, por lo cual no constituye una regla general y la misma se presenta cuando se demuestra que se ha incurrido en alguna de las causales previstas en los artículos 455 y siguientes del CPP.
* En este caso se alega la nulidad por la presunta incompetencia del juez de función de control de garantías que conoció de las audiencias preliminares contra el procesado, para lo cual su defensora aduce por cuarta vez la falta de competencia de ese funcionario.
* Hizo referencia al contexto fáctico que determinó la solicitud de las audiencias preliminares adelantadas contra el señor HAM.
* La defensora parte del hecho de que el delegado de la FGN presentó la solicitud de preliminares ante un juez constitucional de este municipio, con el fin de salvaguardar su seguridad y la del proceso, y por lo tanto cualquier juez penal con función de control de garantías era competente para conocer del mismo.
* Como lo advirtió la misma apoderada judicial del procesado, el artículo 39 del CPP le otorga razón al fiscal que radicó la solicitud de audiencias preliminares en Pereira, pues esa norma advierte que la función de control de garantías puede ser ejercida por cualquier juez penal municipal, sin excepción alguna. La misma norma dispone que quien pretende que ese tipo de audiencias sea realizada en un municipio diferente al de la ocurrencia de los hechos, debe demostrar dicha necesidad de manera fehaciente y en tal caso el funcionario requerido realizará esas actuaciones o se declarará su impedimento para conocer de ellas.
* En el caso *sub lite,* el Juez 2º Penal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, adelantó la totalidad de las audiencias, al considerar suficientes los argumentos planteados por el ente investigador, con base en las previsiones del artículo 39 del CPP.
* Si se observan los registros de las audiencias preliminares se puede verificar que no existió ninguna violación a los derechos de HAM, Carlos Alberto Ramírez, y Alejandro Martínez, pues a todos se les realizó la audiencia de la misma forma, bajo los mismos argumentos y se le impuso la medida de aseguramiento más benévola al señor HAM, luego de la valoración realizada por el juez constitucional, decisión que fue apelada por la defensora de los acusados, quien al sustentar su recurso hizo referencia a la presunta incompetencia del funcionario de primer grado.
* Esa causal de incompetencia ha sido alegada por la defensa en diversas oportunidades: i) en el recurso formulado ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira; y ii) en una acción de tutela que no prosperó y que fue declarada improcedente por parte de esta Colegiatura.
* La solicitud de la defensora no es más que una maniobra dirigida a dilatar la iniciación del juicio contra el procesado, para que este obtenga su libertad y retorne a su cargo como alcalde de Santa Rosa de Cabal.
  1. El representante del Ministerio Público expuso lo siguiente:
* El régimen de las nulidades o ineficacia de los actos procesales está precedido de la aplicación de los principios de taxatividad y en lo esencial, los de convalidación y trascendencia.
* La defensora hizo una fundamentación incoherente, al hacer lectura de apartes jurisprudenciales absolutamente desarticulados en los que se planteaba la nulidad por falta competencia, aunque finalmente esa solicitud no prosperaba.
* La defensa fundamentó la petición de nulidad en tres causales: i) falta de competencia; ii) vulneración al derecho a la defensa; y iii) no observancia al debido proceso. Respecto a la primera causal adujo que no está llamada a prosperar ya que se censura por vía de nulidad en la etapa de juzgamiento y lo cierto es que las diligencias se encuentran radicadas ante el juez natural correspondiente al lugar donde acontecieron los hechos. El derecho de defensa tampoco se encuentra conculcado ya que desde el inicio de la actuación el procesado ha gozado de asistencia legal profesional y su defensora incluso solicitó ante el juez con función de control de garantía de Santa Rosa de Cabal , la revocatoria de la medida de aseguramiento que se le impuso al señor HAM, que fue negada decisión que fue confirmada por la Juez 1º Penal del Circuito de Dosquebradas, petición que se basó en planteamientos muy similares en los que ahora se esboza la defensa para fundamentar la nulidad. El debido proceso del incriminado no ha sido afectado, ya que el juez con función de control de garantías de esta ciudad actuó dentro del marco legal, fuera de que en el control de legalidad de medida de aseguramiento intervino un juez penal municipal de esta localidad, por lo cual el procesado ha gozado de todas sus garantías.
* En la misma jurisprudencia citada por la abogada del procesado, se pone de presente el principio de trascendencia que obliga a demostrar los hechos que la originaron y como afectaron a validez de la actuación, lo que no aconteció en el presente asunto, pues no se fundamentó porque razón la determinación del juez con funciones de control de garantías y su decisión de imponer una medida de aseguramiento en contra del señor HAM, hubieran afectado el debido proceso, lo cual simplemente se quedó en una propuesta de su representante judicial , sin que se hubiera demostrada ni la causal invocada, ni su trascendencia frente a la presunta afectación de los derechos del procesado, por el cual la petición elevada no está llamada a prosperar.

4. SOBRE LA DECISIÓN OBJETO DE RECURSO

La juez de conocimiento negó la solicitud de la defensora del procesado. Su argumentación se sintetiza así:

* La SP de la CSJ ha manifestado que las audiencias preliminares se deben adelantar preferentemente en el lugar de los hechos, conforme al artículo 39 del CPP.
* Citó las decisiones CSJ SP del 20 de abril de 2016 radicado AP 24 24 de 2016; del 26 de octubre de 2011 radicado 37689 y AP 2636 del 20 mayo de 2015, radicado 45747. .
* Según estos precedentes, la función de control de garantías puede ser ejercida por cualquier juez, que tenga esas funciones, pero la FGN debe tener un motivo razonable para acudir ante un juez distinto del sitio donde ocurrió el hecho, como se dijo en CSJ SP AP 26 de octubre de 2011 radicado 37674, ratificado en AP 3273 del 2 de junio de 2015, radicado 46125, salvo que exista una circunstancia especial que no permita acudir ante el juez del lugar donde se presentó la conducta punible, lo que se debe mirar en cada caso concreto, sin afectar las garantías del procesado.
* En este caso el delegado de la FGN sustentó su solicitud para que se adelantaran las diligencias preliminares en Pereira, aduciendo la falta de garantías personales y jurídicas para efectuarlas en Santa Rosa de Cabal, lo cual fue aceptado por el juez de Pereira, sin que se pueda controvertir esa decisión, que no tenía respaldo según la defensora, quien recurrió esa determinación, siendo negada su impugnación por falta de sustentación por el funcionario de segunda instancia quien de haber advertido que se presentaba la causal de nulidad invocada por la presunta falta de competencia del juez 2º penal municipal de Pereira, seguramente la habría declarado.
* Al tratarse de un asunto ya resuelto, la defensora solo estaba facultada para plantear la incompetencia de la juez de conocimiento para conocer del caso en la fase de juzgamiento.
* La solicitante no cumplió con la carga argumentativa para la solicitud de nulidad, pues debía señalar los fundamentos de hecho y de derecho que la motivaban, sin que esa presunta irregularidad - en este caso, la falta de competencia- sea suficiente para nulitar el proceso, máxime cuando también resulta necesario probar la ocurrencia de un acto tachado de anómalo, fuera de que tampoco hizo alusión a cuáles fueron las situaciones que presuntamente afectaron el derecho de defensa de su representado en las citadas audiencias preliminares.
* Las solicitudes de nulidad obligan a examinar los principios de taxatividad, convalidación y trascendencia. Frente a la taxatividad ya se advirtió que la defensa refirió que su petición se basaba en la violación al debido proceso y la trasgresión a los derechos fundamentales de su prohijado, en razón de la discusión planteada sobre la competencia del funcionario que intervino en las audiencias preliminares. En torno al principio de convalidación se pudo establecer que en etapa preliminar no se controvirtió el tema propuesto, por lo que el acto atacado fue revalidado por la peticionaria y no se cumplió el presupuesto de trascendencia, ya que la solicitante no argumentó sobre cuál fue la afectación de los derechos de su mandante, por lo actuado en las referidas audiencias.
* Si esas diligencias se hubieran adelantado en Santa Rosa de Cabal, los efectos hubiesen sido similares, salvo en lo relacionado con la libertad del encartado, lo que no tiene nada que ver con la nulidad solicitada, fuera de que la peticionaria ni siquiera probó la trascendencia de la presunta falta de competencia del juez de Pereira que presidió las audiencias preliminares.
* La nulidad es el último recurso al que se debe acudir para corregir los errores que se hayan cometido durante el proceso, y como en el asunto puesto en su consideración no se cumplen las exigencias para acceder a la solicitud elevada por la defensora, esta resultaba improcedente, ya que no se advertía una vulneración de los derechos a la defensa o al debido proceso del acusado.

La defensora del señor HAM interpuso el recurso de apelación contra esta determinación.

5. INTERVENCIONES RELACIONADAS CON EL RECURSO PROPUESTO

7.1 Defensora del procesado (Recurrente)

(Sinopsis)

* La petición de nulidad se fundamentó en jurisprudencias de la SP de la CSJ y de la SP del TSP, relacionadas con los principios de trascendencia y protección.
* En el caso de su representado se vulneró el derecho al debido proceso, al incumplirse las reglas establecidas para la práctica de las audiencias preliminares, lo que igualmente generó una violación de su derecho de defensa, de lo cual se desprenden los principios de trascendencia y protección que se invocaron para la solicitud de declaratoria de nulidad, ya que no era suficiente con la “pobre” argumentación del delegado de la FGN quien invocó motivos como su propia seguridad o la del proceso, aduciendo que los despachos judiciales de Santa Rosa de Cabal quedaban al lado de la alcaldía, para justificar el hecho de haber presentado la solicitud de nulidad ante un juez de control de garantías de Pereira, lo que fue aceptado por ese funcionario, pese a que a las otras personas vinculadas a la investigación se les formularon cargos en la ciudad de las araucarias.
* Lo anterior significa que se vulneró el derecho al debido proceso de su representado, por lo cual la nulidad propuesta no tiene el propósito de dilatar el trámite del proceso.
* Solicitó tener en cuenta los argumentos que expuso inicialmente para solicitar la nulidad de la actuación a partir del momento de la legalización de la orden de captura de su defendido, para restablecer su derecho al debido proceso.

5.2 Delegada de la FGN (No recurrente)

* Las audiencias preliminares aludidas fueron llevadas a cabo únicamente respecto al señor HAM, porque en su contra obraba una orden de captura que se hizo efectiva, pues los otros coautores de las conductas ya estaban condenados por hechos similares y purgaban su pena en la cárcel del municipio de Santa Rosa de Cabal, por lo cual fueron remitidos al despacho donde se adelantaron sus audiencias preliminares.
* Lo trascendente en este caso es que el Juez 2º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira no afectó las garantías fundamentales enunciadas por la defensa.
* Como la judicatura ya se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre la petición de nulidad de la defensa y no se allegaron nuevos elementos que permitan inferir la presunta trasgresión a las garantías fundamentales y procesales del señor HAM, se debe dejar incólume la decisión atacada.

5.3 Delegado del Ministerio Público (No recurrente)

* Con base en lo establecido en el auto 02/08/2017, radicado 50560 de la SP de la CSJ, considera que el recurso planteado por la defensa debe ser declarado desierto, pues atendiendo los mismos argumentos de la defensora del procesado, su intención es que la SP del TSP revise la decisión de primer nivel, lo cual es propio del recurso de consulta o el acto de consulta, mientras que la apelación es un recurso que pretende la revocatoria de una determinación.
* Considera que existen falencias técnicas, no solamente en el planteamiento del recurso sino también en la argumentación de la solicitud de nulidad, ya que no basta con plantear la inconformidad con una decisión, sino que se deben atacar los puntos que la fundamentaron y la decisión en su estructura, situación que no aconteció dentro de la presente actuación pues solo hubo una manifestación de inconformidad de la recurrente, quien para argumentar su censura se remitió a los alegatos formulados en su petición de nulidad, sin controvertir los argumentos que usó la *A quo* para denegarla, fuera de que la censora nunca advirtió si cumplió o no cumplió con el principio de trascendencia al que aludió la juez de primer grado en su decisión.
* Se debe denegar el recurso interpuesto, frente a lo cual la impugnante puede hacer uso del recurso de queja.
* Aun de entenderse que existió cierto grado de sustentación del recurso con base en los principios de condescendencia o de caridad, lo real es que la censora no cumplió con la carga argumentativa que le era exigible para sustentar su pedimento de nulidad, pues no se demostró que el hecho de que las diligencias preliminares fueran conocidas por un juez diferente al de Santa Rosa de Cabal, hubiera vulnerado el derecho de defensa del ciudadano HAM, ya que se debe tener en cuenta que se trata de una localidad muy cercana, fuera de que el procesado tuvo todas las garantías y a falta de un abogado ha tenido dos, sumado a que el juez constitucional que conoció de la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento que se le impuso, también garantizó sus derechos.
* En consecuencia su petición subsidiaria es que se confirme la decisión objeto del recurso.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Esta colegiatura es competente para pronunciarse sobre el recurso propuesto, en atención a lo que dispone el artículo 34-1 del CPP.

6.2 De conformidad con los argumentos expuestos por el recurrente, esta Colegiatura debe pronunciarse frente a dos temas específicos: i) si la defensa cumplió la carga argumentativa para dar trámite a la alzada, o si por el contrario el curso de apelación propuesto debe ser declarado desierto ante las falencias técnicas en su sustentación, como lo manifestó el delegado del Ministerio Público; y ii) de superarse el test de procedibilidad del recurso, se deberá establecer si se configuró una causal de nulidad por violación a garantías fundamentales del acusado HAM de conformidad con lo dispuesto en los artículos 456 y 457 del CPP, en razón de las actuaciones correspondientes a las audiencias preliminares que se adelantaron el 13 de febrero de 2019, ante el Juzgado 2º Penal Municipal con función de control de garantías de esta ciudad.

6.3 El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación, so pena de que el mismo sea declarado desierto, tal como lo enuncia el artículo 179A Ibídem. Tales disposiciones encuentran sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone un recurso exprese ante el superior funcional los motivos de su inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende.

6.4 La jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la exigencia de la debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, *contrario sensu* confiere al apelante la oportunidad de exponer sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, haciendo que ineludiblemente la decisión del *Ad-quem* se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos.

Sobre ese tema la Corte Constitucional ha expuesto lo siguiente:

*“... El recurso de apelación, al cual se refiere la demanda, está instituido en materia penal como el procedimiento mediante el cual una providencia del juez inferior puede ser llevada a la consideración del superior con el indicado objeto. Se trata de mostrar ante el juez de segunda instancia en qué consisten los errores que se alega han sido cometidos por quien profirió el fallo materia de recurso.*

*Se apela porque no se considera justo lo resuelto y en tal sentido se confía en que una autoridad de mayor jerarquía habrá de remediar los males causados por la providencia equivocada, desde luego si se la logra convencer de que en realidad las equivocaciones existen. (...)*

*4. Razones de economía procesal y de mayor eficiencia en la administración de justicia aconsejan que el apelante indique las que, en su sentir, son falencias de la decisión impugnada, haciendo así que el juez superior concentre su análisis en los aspectos relevantes de la apelación, sin perjuicio de considerar aquellos otros factores que, en su sentir, deban tenerse en cuenta para resolver. Esto último siempre que no se vulnere el aludido principio, plasmado en el artículo 31 de la Constitución, a cuyo tenor no puede el superior agravar la pena impuesta al apelante único.*[[6]](#footnote-6)

Por su parte, la SP de la CSJ ha manifestado:

*“… Quien controvierte una decisión judicial tiene una carga argumentativa alta, pues debe exponer de manera clara las razones por las que no se comparte la providencia recurrida, indicando por qué razón se aparta de ella.*

*En ese orden de ideas 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, la que se opone a la decisión cuestionada, para que a partir de allí se trabe en debida forma el debate y tenga razón de ser el recurso, pues la finalidad del mismo no es otra que rebatir los asuntos allí consignados…”[[7]](#footnote-7)* (Subrayado fuera de texto).

6.5 Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, indicando por lo menos, cual o cuales fueron los errores en que incurrió el *a-quo* y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia que ha planteado.

6.6 En el caso *sub examen,* el delegado del Ministerio Público manifestó que la recurrente no cumplió con dicha carga argumentativa, pues se limitó a indicar que se acogía a los planteamientos realizados al momento de elevar su solicitud de nulidad de la actuación desde el inicio de las audiencias preliminares, para lo cual hizo referencia únicamente a los motivos que la llevaron a formular esa petición, sin controvertir de manera concreta la decisión recurrida.

6.7 Sin embargo esta Colegiatura considera que hay lugar a pronunciarse sobre el recurso propuesto, tomando como base la solicitud de la defensora del señor HAM, porque en la parte final de su intervención como impugnante pidió que se tuvieran en cuenta los argumentos que expuso al fundamentar su solicitud de nulidad y en consecuencia y para poner fin a la discusión jurídica que la censora ya ha propuesto en varios escenarios, sobre el mismo tema que invocó, se acudirá al llamado “principio de caridad”, referido en la decisión CSJ SP del 9 de septiembre de 2015, radicado 46235, donde se dijo lo siguiente:

*“Acorde con la jurisprudencia de la Sala*[[8]](#footnote-8)*, el principio de caridad propio de la filosofía analítica comporta que el intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, suponga dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones son correctas a efectos de desentrañar el sentido de las censuras. De esta forma, el operador judicial hará caso omiso de los errores, exponiendo cada postura jurídica desde la perspectiva más coherente y racional posible*[[9]](#footnote-9)*.*

*Se trata de una forma de superar los yerros de sustentación a efectos de encontrar el verdadero sentido del recurso en procura de dar efectividad al derecho material subyacente. En ese orden, debe existir un ejercicio de fundamentación que, aunque impreciso, permita desentrañar el contenido de la censura.*

*No obstante, si no se entregan razones para sustentar la impugnación o las suministradas son insuficientes para deducir una postura jurídica concreta frente al tema de debate, resulta imposible acudir a este principio para obviar falencias argumentativas.”*

7. SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO:

7.1 Con respecto al fundamento de la causal de nulidad reclamada por la recurrente, la misma se basa en el hecho de que las audiencias preliminares celebradas dentro del trámite de la referencia el 13 de febrero del año en curso, se llevaron a cabo ante al Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, cuando en opinión de la impugnante se debieron haber realizado en Santa Rosa de Cabal donde ocurrieron los hechos investigados.

En consecuencia su pretensión se fundamenta en la presunta violación del principio del juez natural, con efectos sobre los derechos al debido proceso y el derecho de defensa, por lo cual en su criterio se generó la causal de nulidad prevista en el artículo 457 del CPP, lo que obliga a dejar sin efectos la actuación a partir de la legalización de la captura del señor HAM.

7.2 Para resolver el dilema propuesto, hay que manifestar inicialmente que en el artículo 457 de la ley 906 de 2004 se encuentra establecida como causal de nulidad, la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales. El citado artículo 457 es una cláusula procesal abierta, en la medida en que menciona genéricamente como causal de nulidad del proceso la vulneración del derecho de defensa. Por ello es necesario precisar ese concepto a partir de la jurisprudencia pertinente sobre la materia.

7.3 En los precedentes de la SP de la CSJ, se ha expuesto que la garantía de defensa no se contrae a la designación de un profesional del derecho para que represente nominalmente los intereses del enjuiciado, sino que requiere el cumplimiento efectivo de actos de gestión que materialicen la aspiración defensiva a que tiene derecho el sujeto pasivo de la acción penal, en ejercicio del derecho de contradicción y de los principios de intangibilidad, materialidad y permanencia que caracterizan el ejercicio de ese derecho.

7.4 Sin embargo, la comprobación de una irregularidad o deficiencia relacionada con la garantía del derecho de defensa, no genera *per se* la declaratoria de nulidad de la actuación, ya que la aplicación de ese remedio extremo se encuentra condicionado a los principios que gobiernan las nulidades procesales, cuales son, la instrumentalidad de las formas, trascendencia, protección, convalidación, naturaleza residual y taxatividad, sin que la nulidad pueda ser invocada por el sujeto procesal que dio lugar a la formación del error, salvo aquellos casos en que se alegue la causal de ausencia de defensa técnica.

7.5 En ese sentido, es necesario hacer un recuento de lo acontecido durante la audiencia celebrada el 13 de febrero de 2019 ante el Juzgado 2o Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, la cual fue considerada irregular por la defensora del señor HAM, pues según su criterio en ese acto se vulneraron las garantías procesales de su mandante, ya que el juez que cumplió la función de control de garantías carecía de competencia territorial para asumir el conocimiento de esas diligencias.

Del examen del registro de esa actuación se desprenden las siguientes situaciones:

7.5.1 Luego de que las partes se identificaran, y se le concediera el uso de la palabra al delegado de la FGN para que sustentara su petición, el juez 2º penal municipal con funciones de control de garantías de Pereira, interrogó al delegado de la FGN sobre el lugar donde habían acontecido los hechos investigados, quien al respecto expuso lo siguiente: i) la unidad 28 seccional de delitos contra la administración pública investiga sucesos acontecidos en todos los municipios del departamento de Risaralda; ii) se vio en la obligación de radicar la solicitud de práctica de esas audiencias en Pereira para que fuera repartida entre los jueces municipales con función de control de garantías de esta ciudad; iii) los jueces con funciones de control de garantías tienen competencia en todo el territorio nacional; iv) existían razones de seguridad personales y procesales para la radicación de las diligencias en esta cabecera municipal; y v) los hechos ocurrieron en Santa Rosa de Cabal pero presentó su solicitud en esta localidad tenido en cuenta las razones antes referidas.

7.5.2 Seguidamente intervino la abogada que representa los intereses del señor HAM, quien se pronunció así: i) el artículo 39 del CPP hace referencia a la competencia y al juez natural; ii) los hechos se ejecutaron en el municipio de Santa Rosa de Cabal y allí se contaba con un juez con función de control de garantías, quien estaba pendiente de que fueran radicadas allí esas diligencias pues tenía conocimiento sobre la captura del señor HAM; iii) no existía una razón de peso, como una asonada, un paro u otro tipo de situaciones que impidieran la realización de las diligencias en esa localidad; iv) de conformidad con la jurisprudencia de la SP de la CSJ, la FGN no podía radicar ese tipo de solicitudes de manera arbitraria o caprichosa en cualquier despacho judicial, pues se afectaría la imparcialidad del fiscal e incluso afectaría el derecho a la defensa, ya que la función de control de garantías debe ser asignada de manera preferente al juez del lugar donde acontecieron los sucesos investigados; v) hizo mención de las excepciones a esa regla general; vi) en este caso concreto se debía tener en cuenta que al señor HAM se le está adelantando otro proceso, lo cual no ha sido obstáculo para que la FGN radique sus solicitudes en Santa Rosa de Cabal, ni existe alguna imposibilidad para que su delegado intervenga en procesos que se tramitan en esa villa; vii) no entendía la razón por la cual el delegado de la FGN hizo referencia a presuntas amenazas, cuando su labor la ejerce a lo largo del departamento de Risaralda, ni porqué mencionaba algún tipo de impedimento para que las audiencias previas se adelantaran en Santa Rosa de Cabal; y viii) el representante de la FGN tenía que acreditar las razones que invocó para radicar su solicitud en esta ciudad.

7.5.3 El delegado de la FGN complementó su intervención de la siguiente manera: i) en ningún momento hizo referencia a amenazas en su contra, pero si argumentó razones de seguridad personal y procesal, con el fin de garantizar el debido proceso ya que el señor HAM es una figura pública en Santa Rosa de Cabal y los despachos judiciales de esa localidad están ubicados en la sede de la Alcaldía de ese municipio; ii) no considera que la judicatura de esa localidad pudiera tener algún tipo de injerencia frente a lo planteado, pero si existían motivos de seguridad personal y procesal que debían ser salvaguardados; iii) la solicitud de audiencias preliminares fue sometida a reparto entre los 7 jueces con funciones de control de garantías de Pereira; y iv) hizo referencia a la contabilización de los términos procesales para legalizar una captura, para considerar que realizar el traslado de las diligencias a otro despacho generaría un desgaste procesal.

7.5.4 El Juez 2º Penal Municipal con funciones de control de garantías de Pereira decidió asumir el conocimiento de las diligencias, por las siguientes razones: i) existen ciertas circunstancias por las cuales se puede acudir a un juez de control de garantías diferente al del lugar donde acontecieron los hechos, sin que se afecte el derecho de defensa y ii) en el presente caso la cercanía entre Santa Rosa de Cabal y Pereira y la presencia de todas las partes en ese acto público permitían inferir que se podían celebrar las audiencias, atendiendo a las razones expresadas por el delegado de la FGN, sin que se vulnerara el derecho a la defensa del señor HAM.

7.5.5 El delegado de la FGN dijo que estaba conforme con la decisión (H: 00:14:55). **En ese mismo sentido se manifestaron la defensora del señor HAM, (quien funge como recurrente en esta actuación) (H: 00.14:57) y el delegado del Ministerio Público (H: 00:15:02);** luego de lo cual continuó el trámite normal de la audiencia.[[10]](#footnote-10)

7.6 En atención a lo expuesto, esta Sala considera que pese a que los sucesos investigados ocurrieron en Santa Rosa de Cabal, el hecho de que el juez 2º penal municipal con funciones de control de garantías de Pereira hubiera asumido la competencia para celebrar las audiencias preliminares radicadas por parte del Fiscal 28 Seccional contra el señor HAM, no generó ninguna vulneración de las garantías al debido proceso y al derecho de defensa que le asiste al procesado, máxime si su misma defensora convalidó la decisión del juez de garantías de asumir el conocimiento de esas audiencias preliminares, por lo cual resulta aplicable el citado principio que se conoce también como de subsanación o integración.

7.7 En consecuencia queda claro que la conformidad de la recurrente con lo decidido por el Juez 2º Penal Municipal con funciones de control de garantías de Pereira, al asumir la competencia para conocer las referidas audiencias preliminares, saneó cualquier eventual vicio que se pudiera predicar de esa actuación.

7.8 Sobre el tema hay que indicar que existe un principio de progresividad y de preclusividad de los actos procesales y por ello cada petición y cada intervención dentro del proceso, tiene una oportunidad previamente definida, la cual no puede hacerse extensiva a momentos no establecidos, y ello tiene su fundamento en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la lealtad procesal, no sólo entre las partes sino frente al juez en todos sus niveles.

7.9 En ese sentido se considera que si la apoderada del señor HAM aceptó la decisión del juez 2º con funciones de control de garantías de esta ciudad de llevar a cabo las audiencias preliminares, en ese mismo momento se consolidó ese acto jurídico, frente a lo cual debe decirse que la misma togada que funge como recurrente hizo uso de otros mecanismos ajenos al proceso que se tramita contra su representado, que le fueron infructuosos, hasta llegar a formular la solicitud de nulidad que fue denegada en este caso por la juez penal del circuito de Santa Rosa de Cabal, actuando como funcionaria de conocimiento.

7.10 Aunado a lo anterior, la recurrente no cumplió con la carga argumentativa de indicar cuál fue el efecto que tuvo la realización de las audiencias preliminares en la ciudad de Pereira y la manera en la que se afectó el derecho de defensa y el debido proceso del señor HAM, como para acreditar una violación de esas garantías que permitiera sustentar la petición de nulidad que invocó, por lo cual no se advierte la existencia de alguna situación irregular que afecte el trámite del proceso que se adelanta ante la Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, que es la funcionaria competente para presidir la fase del juicio en el presente caso, por lo cual se confirmará la decisión de primer grado en lo que fue objeto de impugnación.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la decisión adoptada por el 13 de septiembre de 2019 por la Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, en lo que fue objeto del presente recurso.

SEGUNDO: La presente determinación queda notificada en estrados y contra ella no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Folios 1 a 21 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 22 Fte y vto [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 23 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 38 a 40 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 46 [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia C- 365 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia del 8 de noviembre de 2011. Proceso Rad. 36.770. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cfr. CSJ proveídos del 10/03/09 Rad. 30822; 01/07/09 Rad. 27397; 12/05/10 Rad. 33755; 20/10/10 Rad. 33022; 05/09/12 Rad. 39284, entre otros. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cfr. CJS SP 08/06/11 Rad. 35130. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ver acta Folio 22. [↑](#footnote-ref-10)