

PROCESO: 0500160002062018-10095
DELITO: Hurto Calificado y agravado
INDICIADO: Mateo Jaramillo Vásquez
PROCEDENCIA: Juzgado Penal del Circuito de Envigado
OBJETO: Auto que decreta nulidad de lo actuado
DECISIÓN: Confirma
M. PONENTE: Luís Enrique Restrepo Méndez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, cuatro (4) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicado Nro. 05-001-60-00206-2018-10095

Proyecto aprobado según acta Nro. 033

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado en debida forma por el Delegado de la Fiscalía General de la Nación contra la decisión proferida el 15 de marzo último por el **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE ENVIGADO** que decretó la nulidad del proceso abreviado adelantado en contra de Mateo Jaramillo Vásquez acusado por las conductas punibles de hurto calificado agravado en concurso con uso de menores de edad en la comisión de delitos.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 28 de febrero de este año fue capturado en flagrancia el ciudadano Mateo Jaramillo Vásquez como presunto autor responsable de las conductas punibles de hurto calificado y agravado en concurso con uso de menores de edad en la comisión de

delitos, por este motivo fue puesto a disposición de la autoridad judicial competente, correspondiéndole la realización de las audiencias preliminares al Juzgado Segundo Penal Municipal de Envigado. Dicho trámite fue adelantado bajo los lineamientos del procedimiento especial abreviado de que trata la Ley 1826 de 2017, en consecuencia, se legalizó su captura, se dio traslado del escrito de acusación por los mismos delitos y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión¹.

2. El conocimiento le correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Envigado, Antioquia, quien dispuso la realización de la audiencia preparatoria el 15 de marzo último, en ésta el Juez decretó la nulidad del procedimiento adelantado en contra de Mateo Jaramillo Vásquez y dispuso su libertad inmediata², por las siguientes razones:

Indicó el funcionario de primer grado que el indiciado está siendo procesado como presunto autor responsable de hurto calificado y agravado en concurso con uso de menores de edad en la comisión de delitos, descritos y sancionados en los artículos 239, 240 inciso 2º, 241 numeral 10 y 188D del Código Penal; dicho trámite se adelantó de conformidad con lo dispuesto en la ley 1826 de 2017, no obstante el artículo 10 de la precitada ley que adicionó a la ley 906 de 2004 el artículo 534 dispuso cuáles delitos son susceptibles de ser tramitados bajo el procedimiento abreviado, listado dentro del cual no se encuentra el uso de menores de edad en la comisión de delitos, por este motivo dio aplicación a lo dispuesto en su inciso final que reza: “ *En caso de concurso entre las conductas punibles referidas en los numerales anteriores y aquellas a las que se les aplica el procedimiento ordinario, la actuación se regirá por este último*”.

Consideró entonces que al imprimirse el trámite procedimental de carácter abreviado se cercenaron derechos y garantías fundamentales y legales, particularmente el debido proceso de que trata el artículo 29 de la Constitución, pues al acusar a Mateo Jaramillo Vásquez por el delito descrito en el artículo 188D debía regirse por el procedimiento ordinario establecido en la ley 906 de 2004 , de ahí que observó una irregularidad que subsanó a través de la nulidad, por tanto, una vez decretada ordenó la libertad inmediata del indicado.

¹ Folios 4 y 5.

² Folios 15 y 16.

LA IMPUGNACIÓN

El delegado de la Fiscalía recurrió en reposición y en subsidio apelación la decisión adoptada por el *a quo*, reconociendo en primer lugar, que existió una irregularidad en el trámite del proceso y que debió adelantarse de conformidad con la ley 906 de 2004 pues había un concurso de delitos dentro del cual figuraba el uso de menores de edad, conducta que no está incluida en el artículo 10 de la ley 1826 de 2017.

Posteriormente, luego de reconocer dicha irregularidad y de advertir que la misma es atribuible a fiscal de la URI sostuvo que no es necesario decretar la nulidad pues el acto de dar traslado del escrito de acusación es equiparable a la formulación de imputación, tiene las mismas connotaciones y finalidades, la cual es comunicar al indiciado las conductas penales por las cuales está siendo investigado, además así lo dispone el párrafo 4° del artículo 536 de la ley 1826 de 2017.

Finalmente indicó que existen unos principios fundamentales e inherentes a las nulidades, como el de trascendencia e instrumentalidad y en este caso, el juez de primera instancia al sustentar su decisión no indicó de que manera se afectó el debido proceso y el derecho de defensa de Mateo Jaramillo Vásquez, reiterando que el traslado del escrito de acusación cumplió la finalidad para la cual fue creada esa etapa e informó que el 9 de marzo pasado radicó una solicitud de formulación de imputación en contra de Jaramillo Vásquez a fin de subsanar dicha irregularidad.

La defensa como sujeto no recurrente solicitó al juez de instancia que mantenga su decisión de decretar la nulidad y concederle la libertad a su defendido, pues en efecto el artículo 29 de la Carta Política señala que nadie puede ser juzgado sino conforme a la ley. Criticó la posición asumida por el fiscal quien pretende solucionar lo anterior como si el proceso penal fuera “*una colcha de retazos*”, tomando de cada ley lo que mas le convenga, en lugar de aceptar que se incurrió en un error y que el único camino es la nulidad.

DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

El *a quo* decidió no reponer su decisión y manifestó que el procedimiento penal especial abreviado es sustancialmente diferente al que se tramita bajo la ley 906 de 2004, añadió que la interpretación que hace el delegado de la fiscalía del parágrafo 4º del artículo 536 de la ley 1826 de 2017 es desafortunado, pues en este evento existe un delito cuyo conocimiento no puede adelantarse a través de este proceso especial, de ahí que no sean equiparables las figuras de la formulación de imputación y el traslado del escrito de acusación

Advirtió que para imponer una medida de aseguramiento restrictiva de la libertad es necesario que de manera previa haya una formulación de imputación, pues de lo contrario no se estaría cumpliendo con las etapas y ritos propios del proceso penal y a todas luces se están vulnerando garantías fundamentales del procesado.

Consideró que el régimen de las nulidades contenido en la ley 600 de 2000 surte efectos también para la ley 906 de 2004 y que en este caso la manera de subsanar una irregularidad a todas luces evidente, no es radicando una solicitud de formulación de imputación, sino que debe retrotraerse la actuación a sus inicios.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.
2. El problema jurídico propuesto por el censor se contrae a determinar si fue correcta la decisión del *a quo* al decretar la nulidad del procedimiento abreviado adelantado en contra de Jaramillo Vásquez y como consecuencia de ello, ordenar su libertad.
3. Para resolver el problema propuesto la Sala traerá a colación algunos apartes jurisprudenciales sobre el debido proceso y las disposiciones que rigen el procedimiento abreviado, las cuales finalmente se aplicarán al caso concreto. Desde ya se anuncia que la decisión será confirmada.

4. Para empezar el artículo 457 de la ley 906 de 2004, establece como causal de nulidad la violación del derecho de defensa **o el debido proceso en aspectos sustanciales**, norma que debe ser vista indefectiblemente con el canon 29 de la Constitución Política de Colombia, que ordena ser aplicado a toda clase de actuaciones judiciales, siendo inequívoco el constituyente al señalar como aristas que lo componen que “*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente **y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio***”(negrilla y subraya de la Sala).

Ahora bien, el Máximo Órgano de la Justicia Ordinaria³ ha dicho que el texto del artículo 29 de la Constitución, analizado a la luz de la teoría del derecho y del proceso, permite considerar al debido proceso desde dos perspectivas diferentes: i) en sentido general, cuya violación daría lugar a la nulidad de la actuación, y ii) de manera particular, como debido proceso probatorio, cuya trasgresión generaría una nulidad de pleno derecho o inexistencia:

“El debido proceso, como traducción del principio lógico antecedente-consecuente, se relaciona con una sucesión integrada, gradual y progresiva de actos regulados en la ley, cuyo objeto es la verificación de un delito y la consecuente responsabilidad del imputado, orientados al fin de obtener una decisión válida y definitiva sobre los mismos temas. De este modo, el debido proceso se afecta cuando una persona es oída en indagatoria sin haber abierto formalmente la investigación; o se le resuelve situación jurídica sin haberla vinculado legalmente (indagatoria o declaración de persona ausente); o se califica el mérito de la instrucción sin haberla cerrado previamente y otorgado la oportunidad a las partes para alegar previamente; o se inicia el juzgamiento sin que exista una resolución acusatoria ejecutoriada; o se dicta sentencia sin haber realizado la audiencia pública.

(...)

Así pues, la trasgresión del debido proceso, por cuanto significa pretermitir un momento procesal expresamente requerido por la ley para la validez del que sigue, o la construcción de un acto procesal sin apego a las previsiones legales

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 17919 del 18 de diciembre de 2001.

que lo regulan, conduce a la declaratoria de nulidad, conforme con disposición expresa del artículo 306-2 del Código de Procedimiento Penal”

Aparte jurisprudencial perfectamente aplicable al actual sistema de enjuiciamiento contenido en la ley 906 de 2004, más específicamente en su artículo 457.

En este caso, la fiscalía pretende continuar con el procedimiento abreviado, no obstante reconocer que existe una irregularidad insalvable, pues uno de los delitos atribuidos al indiciado debe ser adelantado bajo la égida de la ley 906 de 2004 y para sacar adelante dicha postura indicó que el juez de instancia no sustentó su decisión con base en los principios inherentes al régimen de las nulidades, cuando éste fue claro y reiterativo en indicar que su decisión tenía como sustento jurídico la vulneración al principio fundamental del debido proceso; por tanto, es evidente la correcta postura del juez de conocimiento quien además, tiene la facultad para decretar oficiosamente la nulidad del proceso cuando ella sea procedente por la violación de garantías fundamentales

En este punto es válido recordar que *“El ámbito de protección del derecho al debido proceso está demarcado, entonces, tanto por prescripciones constitucionales genéricas como por la específica configuración legal de las formas propias de cada juicio, pues se trata de una garantía de marcada composición normativa”*⁴.

5. Ahora bien, la La ley 1826 de 2017, incluyó en el Código de Procedimiento Penal vigente, la figura del acusador privado y a efectos de establecer su campo de acción incorporó a este compendio normativo un nuevo libro, el VIII, denominado procedimiento especial abreviado y acusación privada.

En dicha regulación decidió el legislador restringir su aplicación a un catálogo de delitos enlistados en su artículo 10 que a su vez agregó al estatuto adjetivo un artículo 534 del siguiente tenor:

*“Artículo 10. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 534, así:
Artículo 534. Ámbito de aplicación. El procedimiento especial abreviado de que trata el presente título se aplicará a las siguientes conductas punibles:*

1. Las que requieren querrela para el inicio de la acción penal.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 47630 del 14 de junio de 2017.

2. Lesiones personales a las que hacen referencia los artículos 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118 y 120 del Código Penal; Actos de Discriminación (C.P. Artículo 134A), Hostigamiento (C.P. Artículo 134B), Actos de Discriminación u Hostigamiento Agravados (C.P. Artículo 134C), inasistencia alimentaria (C.P. artículo 233) hurto (C.P. artículo 239); hurto calificado (C.P. artículo 240); hurto agravado (C.P. artículo 241). numerales del 1 al 10; estafa (C.P. artículo 246); abuso de confianza (C.P. artículo 249); corrupción privada (C.P. artículo 250A); administración desleal (C.P. artículo 250B); abuso de condiciones de inferioridad (C.P. artículo 251); utilización indebida de información privilegiada en particulares (C.P. artículo 258); los delitos contenidos en el Título VII Bis, para la protección de la información y los datos, excepto los casos en los que la conducta recaiga sobre bienes o entidades del Estado; violación de derechos morales de autor (C.P. artículo 270); violación de derechos patrimoniales de autor y derechos conexos (C.P. artículo 271); violación a los mecanismos de protección de derechos de autor (C.P. artículo 272); falsedad en documento privado (C.P. artículos 289 y 290); usurpación de derechos de propiedad industrial y de derechos de obtentores de variedades vegetales (C.P. artículo 306); uso ilegítimo de patentes (C.P. artículo 307); violación de reserva industrial y comercial (C. P. artículo 308); ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico (C.P. artículo 312).

En caso de concurso entre las conductas punibles referidas en los numerales anteriores y aquellas a las que se les aplica el procedimiento ordinario, la actuación se regirá por este último.

Parágrafo. Este procedimiento aplicará también para todos los casos de flagrancia de los delitos contemplados en el presente artículo” (negrilla de la Sala).

Lo anterior significa que el procedimiento abreviado se aplicará única y exclusivamente para efectos del juzgamiento a los delitos incorporados en el listado acabado de transcribir y bajo ese entendido, resulta claro que con la novísima ley 1826 de 2017 el proceso penal que en principio se caracterizaba por ser unísono ha adquirido una dualidad en sus procedimientos, es decir, el procedimiento ordinario que se aplica por regla general a todas las pretensiones punitivas de la Fiscalía General de la Nación y el procedimiento penal especial abreviado, que como ya se dijo se aplica a la lista de conductas punibles descritas en el artículo 10 de la precitada ley.

Ahora bien, la norma atrás citada es absolutamente clara y por ello de aplicación imperativa cuando afirma que en casos de concurso entre una conducta cuyo juzgamiento se rige por el proceso ordinario y otra por el especial abreviado, el trámite que debe seguirse es el ordinario. El anterior mandato, significa, como lo entendió el *a quo*, que esa aplicación del procedimiento ordinario debe ser plena, con respeto de todas

y cada una de sus etapas, dentro de las cuales, por supuesto, está la correspondiente a la audiencia de formulación de imputación.

La anterior conclusión no se ve en manera alguna desdibujada por el contenido del artículo 13, parágrafo 4° de la ley 1826 de 2017 de que se vale la fiscalía para negar la existencia de una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, de acuerdo con el cual “*para todos los efectos procesales el traslado de la acusación equivaldrá a la formulación de imputación de que trata la Ley 906 de 2004*”, pues tal disposición, como resulta lógico se refiere única y exclusivamente a aquellos casos en que debe acudir al procedimiento especial abreviado de que trata dicho compendio normativo, sin que sea posible extender su alcance al proceso ordinario, justo en razón del contenido de la norma ante citada (art. 10 penúltimo inciso). Lo contrario sería desconocer este mandato y optar por una suerte de mixtura entre los dos procedimientos que no está autorizada por la ley.

Así entonces, para hacer uso del procedimiento penal abreviado especial sigilo se debe guardar por parte del titular de la acción punitiva del Estado así como del Juez de Control de Garantías, pues no está sometido al arbitrio de las partes ni de la Judicatura hacer un uso indistinto de la cuerda procesal por la cual se quiera sacar adelante la pretensión del ente persecutor, y si en últimas es éste quien pasa por inadvertida alguna situación o irregularidad corresponde al Juez (de control de garantías o de conocimiento) encausar el trámite, bien requiriéndola o decretando la nulidad de lo actuado, pues de manera directa se está atentando contra la tutela judicial efectiva que clama la ciudadanía y contra el debido proceso que le asiste al encartado, ya que finalmente es al Estado al que se le impone obrar con total apego a los postulados constitucionales y legales vigentes.

Esto fue justamente lo que aconteció en el *sub examine*, donde se logra observar que Mateo Jaramillo Vásquez fue sorprendido en situación de flagrancia el pasado 28 de febrero a eso de las 22:20 horas en el barrio Zuñiga del municipio de Envigado, cuando se movilizaba en una motocicleta en compañía de otro sujeto, que después se supo era menor de edad, minutos después de haber despojado a una ciudadana de su teléfono celular tras ser intimidada con un arma blanca. Para acreditar la ocurrencia de estos hechos y la consiguiente responsabilidad penal de Jaramillo Vásquez, la Fiscalía aportó

Informe de Policía de Vigilancia en casos de captura en flagrancia, signado por el Patrullero Carlos Santa, acta de derechos del capturado, acta de incautación de elementos, denuncia formulada por la presunta víctima, arraigo familiar y registro de anotaciones del acusado⁵.

La situación fáctica así narrada fue calificada jurídicamente por el Fiscal 85 Seccional de la URI, como hurto calificado y agravado, consagrado en el artículo 239, 240 inciso 2° y 241 No. 10 del C. Penal en concurso con uso de menores de edad en la comisión de delitos, descrito en el artículo 188D ibídem, paso seguido, según se pudo constatar en la respectiva audiencia de control de garantías se dio traslado del escrito de acusación y finalmente se solicitó imposición de medida de aseguramiento. Todo esto, bajo la ritualidad del procedimiento penal especial abreviado.

Posteriormente, el conocimiento del proceso le correspondió al Juez Penal del Circuito de Envigado, quien al momento de iniciar la audiencia preparatoria advirtió que la conducta punible de uso de menores de edad para la comisión de delitos no estaba consagrada en el referido listado del artículo 534 del Código de Procedimiento Penal; por tanto, la actuación debía adelantarse a través del trámite ordinario, de ahí que al haberse omitido una actuación esencial a dicho trámite decidió decretar la nulidad de lo actuado, misma que no es posible subsanar a través de una adición a la formulación de imputación, como lo pretende el señor fiscal, pues no es factible aplicar el procedimiento especial abreviado a una conducta punible y a la otra, el procedimiento ordinario de la ley 906 de 2004.

En consecuencia razón le asiste al funcionario de primer grado quien observó como único camino a efectos de “*enderezar*” las actuaciones previas decretar la nulidad de todo lo actuado para que se rehaga la actuación correspondiente preservando los derechos de todos los sujetos procesales intervinientes en la actuación penal .

Por causa de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la decisión del Juez Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Envigado. Lo anterior, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

⁵ Escrito de acusación folio 9.

Contra esta decisión no procede recurso alguno, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO (En permiso)

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO