

Señores

Corte Suprema de Justicia

E. S. D.

REF: Radicación: 52356600000202200040-01.

Procesado: Pedro Antonio Lugo Cortez.

Delito: Tráfico de migrantes.

Procedencia: Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de Cali.

Clase: Auto Segunda Instancia Sistema Acusatorio.

Fecha lectura: 23 de agosto de 2023

Aprobado: Acta No. 307

MARCELA VALENCIA GARCÍA, identificada con cédula de ciudadanía No. 1107078627 de Cali, portadora de la Tarjeta profesional No. 277.894 del C.S. de la J., actuando como apoderada del señor **PEDRO ANTONIO LUGO CORTEZ**, por este medio, interpongo acción de tutela, contra la decisión tomada por el honorable Tribunal de Cali, Sala Penal, con fundamento en lo siguiente:

METODOLÓGICAMENTE SE DESARROLLARÁN LOS SIGUIENTES TEMAS

I) HECHOS

II) PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA, CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS GENERALES Y ESPECÍFICOS

III) PROCEDENCIA DE LA NULIDAD

- a) FUNDAMENTOS LEGAL
- b) FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL
- c) LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE NULIDADES

IV).- INDEBIDA ESTRUCTURACIÓN DE LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES POR PARTE DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

- a) Elementos normativos del tipo penal (Normas de reenvío)
- b) Elemento subjetivo (Ánimo de lucro)

VI) FACULTADES DEL JUEZ PARA DECRETAR NULIDADES

VII).- OTRAS INCONFORMIDADES CON LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

1. INCONGRUENCIA ENTRE EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA VS. MOTIVACIÓN - ARGUMENTACIÓN Y DECISIÓN
2. PRINCIPIO DE LIMITACIÓN
3. MODIFICÓ LA TIPICIDAD DE LA NORMA por parte
3. EFECTOS DEL AUTO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI VERSUS PRINCIPIO DE PRECLUSIVIDAD

4. EFECTOS DE NULIDAD SIN DECRETO

5. CONCLUSIONES

I.- HECHOS

1.- La fiscalía General de la Nación, bajo el radicado en referencia, inició investigación contra el señor Pedro Antonio Lugo Cortes, por el delito de “*Tráfico de migrantes*”, formulando imputación, el día 29 de junio de 2022, ante el Juzgado 11 Penal Municipal de Santiago de Cali, posteriormente el 09 de diciembre de 2022, la fiscalía presentó escrito de acusación, ante los Jueces Penales del Circuito de Cali.

2.- Por reparto del 16 de diciembre de 2022, el caso le correspondió al Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de Cali, despacho que programó audiencia de acusación, para el día 20 de febrero de 2023.

3.- En audiencia de formulación de acusación, llevada a cabo el día 20 de febrero del 2023, el apoderado del señor Pedro Antonio Lugo Cortes, en su oportunidad manifiesta que va a solicitar, una nulidad y empieza a sustentar la misma; sin embargo, es interrumpido por el señor Juez, (Minuto 14 de la audiencia), quien argumenta que por decisión reciente de la Corte Suprema de Justicia, en su orden la fiscalía debe agotar la diligencia y **dejar planteada definitivamente la acusación**, ante lo cual el defensor, accede y a su turno la fiscalía, previa aclaración del juez, sobre posibles modificaciones, adiciones o aclaraciones de la fiscalía frente a su acusación, inicia su intervención; sin embargo, la fiscalía anunció que **solicitaría aplazamiento de la audiencia para aclarar únicamente el tema de pruebas**, que por error de la fiscal que lo reemplazó en sus vacaciones, confundió el material probatorio con el de otro proceso y que necesitaba tiempo para depurarlo porque era demasiado abundante.

4.- **El 29 de Marzo de 2023, se reanuda la audiencia de acusación**, previa advertencia por parte del señor Juez de conocimiento, (Minuto 06 de la audiencia) a la fiscalía, sobre las posibles modificaciones, aclaraciones y/o correcciones al escrito de acusación, **en este momento la fiscalía insiste en que el único tema objeto de aclaración es el correspondiente al material probatorio**, (Minuto 09), el cual por solicitud del juez (en la fecha anterior), ya efectivamente se había

realizado por fuera de la audiencia, al defensor, y procede la fiscalía a verbalizar la acusación y para ello se apoya en lo manifestado en la audiencia de imputación y lo hace así:

“ De lo anterior se concluye que el procesado Pedro Antonio Lugo Cortes, conocía y quería realizar los hechos en cuestión, **es decir, que transportaba migrantes indocumentados, sin el lleno de los requisitos legales y quiso hacerlo,** logrando poner en riesgo efectivo y vulnerando de manera efectiva igualmente y sin ninguna justificación, el bien jurídico tutelado de la libertad individual y otras garantías, que se encuentra contemplado en el artículo 188 del Código Penal, que trata sobre el delito de tráfico de migrantes, de esto se desprende además que el imputado comprendía la ilicitud de su conducta, no existiendo ninguna condición que le impidiera ser capaz de determinar su propio comportamiento, **amén de ser consciente de la prohibición que existe de transportar personas extranjeras sin la documentación legal,** haciéndosele exigible en ese momento la posibilidad de haber obrado de manera distinta, a como finalmente lo hizo, respecto del trámite procesal, su señoría con los elementos, con los hechos ya mencionados, se procede a presentarse la fiscalía general de la nación ante el Juzgado 11 Penal Municipal con función de control de garantías de la ciudad de Cali, una vez recaudado el acervo probatorio necesario, se solicita en este caso, la legalización de la captura, posteriormente la formulación de imputación y la imposición de medida de aseguramiento, en audiencias que se llevaron a cabo, el día 28 de junio del año 2022; la fiscalía 3 especializada en este caso, acude ante el Juzgado 11 penal municipal con función de control de garantías de la ciudad de Cali, para llevar a cabo las audiencias preliminares, concentradas de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento. En las mismas se imputó al señor Pedro Antonio Lugo Cortes la conducta delictual señalada en el artículo 188 del código penal, del delito de tráfico de migrantes, en calidad de coautor, modalidad dolosa y bajo los verbos rectores en este caso de transportar y de facilitar el transporte de migrantes irregulares de nacionalidad restringida, bajo una promesa remuneratoria o bajo una disposición de pago o de cobro de un pasaje, en este caso, igualmente con respecto de la situación del señor Pedro Antonio Lugo Cortes, pues el juzgado 11 penal con función de control de garantías de la ciudad de Cali, impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad, respecto de la formulación de acusación, su señoría en este caso, dando aplicación a lo estimado en los artículos 175 Y 336 del código de procedimiento penal Y teniendo en cuenta que de los elementos materiales probatorios y evidencia física, e información legalmente obtenida, se puede establecer al menos con probabilidad de verdad, que el hecho punible realmente existió y que la responsabilidad del mismo recae en este caso en cabeza del señor Pedro Antonio Lugo Cortes, **se procede a elevar la acusación en su contra, respecto del delito contemplado en el artículo 188 del Código Penal, el cual se endilga en esta oportunidad tal cual como quedó en la imputación a título de dolo directo en calidad de coautor y bajo los verbos rectores de transportar, facilitar, colaborar y participar, en este caso respecto de los 2 eventos en concurso homogéneo sucesivo, por los eventos que se han mencionado, respecto del día 22 y 23 de octubre de 2021, y evento del día 29 de octubre de 2021, involucra al señor Pedro Antonio Lugo Cortes y al bus de la empresa Trejos de placas WFQ388, que transportaban los migrantes irregulares, igualmente su señoría respecto las penas referidas, proceden también las penas accesorias señaladas en el artículo 44 del código penal, así las cosas, su señoría esta sería la formulación de acusación** que en este caso deja sentada la fiscalía general de la nación, con base en los elementos que se anexan, en el descubrimiento probatorio de este escrito de acusación, gracias su señoría”

Negrilla, subrayado y fondo amarillo fuera de texto

5.- Una vez termina la fiscalía, se concede la palabra al defensor, a efectos de que planteara su ya anunciada solicitud de nulidad, y procede con el tema, y la sustentó con base en errores de la fiscalía de cara a los hechos jurídicamente relevantes y con sustento en jurisprudencia reciente sobre el tópico. El despacho procede a continuación a correr el traslado a la procuraduría y a la fiscalía, y subsiguientemente decide suspender la audiencia para tomar la decisión en fecha posterior y fija el día 31 de marzo del mismo año, para su continuación, fecha en la cual procede a decretar la nulidad de todo lo actuado, desde la audiencia de imputación inclusive.

6.- La procuraduría se muestra conforme con la decisión del Juez y la fiscalía, a su turno, interpone el recurso de apelación, el cual es concedido y sustentado oralmente en la misma audiencia.

7.- El recurso le corresponde desatarlo al Honorable tribunal de Distrito Judicial de Cali, quien, **decide Revocar la decisión del ad quo.**

8. - La providencia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, por medio de la cual, se revocó la decisión del A quo, desconoce el debido proceso y el principio de legalidad, desconociendo incluso el precedente constitucional, que es una línea jurisprudencial frente a este tema de los hechos jurídicamente relevantes, tal y como se desarrollará en la presente acción constitucional.

II.- FUNDAMENTO NORMATIVO – LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Requisitos de la procedencia de la Acción de Tutela PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Causales excepcionales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de Jurisprudencia

A partir de la Sentencia T-079 de 1993, se empezaron a desarrollar los criterios de procedibilidad excepcional que rigen la acción de tutela en contra de las providencias que dictan los diferentes servidores judiciales. Para ello ha sido necesario precisar un conjunto de causales constitucionalmente relevantes, adscritas al goce efectivo de los derechos fundamentales en los diferentes trámites de carácter jurisdiccional.

En las primeras decisiones sobre el tema esta Corporación enfatizó y definió que el punto en el que giraba la viabilidad del examen de las decisiones de tutela lo constituía la “vía de hecho”, definida como el acto absolutamente caprichoso y arbitrario, producto de la carencia de fundamentación legal y constitucionalmente relevante.

No obstante, la jurisprudencia avanzó con posterioridad hacia los denominados “criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Las causas que permiten justificar la procedencia de una tutela contra una decisión judicial han generado varias obligaciones específicas en cabeza de los jueces. En efecto, en paralelo a su deber de aplicar la ley y de dar alcance a las pruebas que hayan sido aportadas legalmente dentro del proceso, este Tribunal ha rescatado la obligación de respetar los precedentes, así como guardar armonía entre su

discrecionalidad interpretativa y los derechos fundamentales. Cada una de dichas pautas ha llevado a que la Corte adscriba al ejercicio jurisdiccional el compromiso de argumentar suficientemente cada una de las decisiones y también de ponderar con claridad los valores superiores que se encuentren en disputa.

Sumado a lo anterior, la jurisprudencia ha sido reiterativa en señalar que existen unos lineamientos generales de procedencia de la acción, que hacen las veces de presupuestos previos a través de los cuales se determina la viabilidad del examen constitucional de las providencias. En la Sentencia C-590 de 2005 se hizo un ejercicio de sistematización sobre este punto y se indicaron los siguientes presupuestos:

i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

Este requisito se cumple en tanto, el Tribunal de Cali, con su decisión vulnera flagrantemente el derecho fundamental a la defensa, al debido proceso y al principio de legalidad, y se tomó una decisión que compromete otros derechos de relevancia constitucional, desconociendo incluso el precedente constitucional, que incluso constituye ya una línea jurisprudencial frente a este tema de los hechos jurídicamente relevantes.

ii) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

Se acredita el anterior requisito, pues para controvertir la vulneración de derechos fundamentales frente a una decisión de un Tribunal Superior de Distrito Judicial, no existen otros mecanismos idóneos para la protección de los mismo, máxime que el auto que decide no es objeto de recursos, por lo que la acción de tutela es el único mecanismo para lograr la salvaguarda de los derechos fundamentales vulnerados.

iii) Que se cumpla el requisito de la inmediatez.

La decisión que REVOCA la decisión, injustamente, se profirió a finales del mes de agosto del año 2023, posteriormente vino el ataque cibernético que ha

hoy genera efectos adversos, al punto que no se puede acceder a los link de las audiencias para las consultas respectivas y de otro lado el proceso de encuentra en las mismas condiciones, no ha sufrido ningún cambio o avance, y el tiempo que ha pasado es razonable, desde la vulneración a la fecha en que se interpone esta acción de tutela, máxime si se tiene en cuenta el estudio del caso, teniendo en cuenta que la suscrita no funge como apoderada del acusado, en el proceso penal de la referencia.

iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

La citada irregularidad deviene de la falta de aplicación de la ley y del desconocimiento del precedente constitucional, al momento de proferir la decisión, así como del establecimiento de premisas que no corresponden a lo planteado en la ley (Tipicidad y Antijuridicidad), así como también a diferentes entendimientos de lo planteado por la fiscalía en sus intervenciones. Incurriendo el Tribunal en argumentaciones sin sustento en lo establecido y probado en devenir de la actuación de la fiscalía, comprometiendo en su decisión el derecho fundamental al debido proceso, el principio de defensa y el principio de legalidad.

v) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos violentados y que hubiere alegado dicha situación en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible

Dichos requisitos se acreditan en la parte fáctica de la presente acción de tutela

vi) Que no se trate de sentencias de tutela

En el presente asunto es claro la acreditación de este requisito toda vez que no se trata de una decisión dentro de un trámite de acción de tutela, pues el trámite controvertido se suscitó al resolver la apelación de la fiscalía frente a la decisión dentro del proceso de una Nulidad solicitada por la defensa del acusado.

REQUISITOS ESPECÍFICOS

Evacuados dichos elementos, se estableció que además de los presupuestos generales resulta necesario acreditar la existencia de por lo menos una causal o defecto específico de procedibilidad, a saber:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

Correo: marcelavalenciagarcia@hotmail.com

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

En el presente caso, la decisión del tribunal no encuentra sustento probatorio para soportar el supuesto legal que apoye las mismas.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

h. Violación directa de la Constitución.”

En el presente asunto se conjuran los requisitos de defecto fáctico, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución, toda vez que, el Despacho no tuvo en cuenta los ya reiterados lineamientos establecidos por la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Penal, frente al tópico cuestionado.

Dicho desconocimiento del precedente jurisprudencial, ya establecido con base en la normatividad procesal penal, culminó en una decisión sanción que vulnera los derechos fundamentales ya mencionados, constituyendo inclusive, salvo mejor opinión del superior jerárquico, en una vía de hecho precisamente al tomar una decisión al margen de los lineamientos jurisprudenciales que viene estudiando la corte, de manera sistemática, fundamentados en la ley procesal, y estructura del proceso, a fin de garantizar los derechos fundamentales de las partes e intervinientes dentro del proceso penal.

La Corte advirtió que la sistematización de los defectos sirve como herramienta base para definir la existencia de un fallo judicial ilegítimo, en razón a que aquellos *“involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, sí se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales”*

En conclusión, esta Corporación ha sostenido que dichos criterios constituyen el catálogo mínimo a partir del cual es posible justificar de manera excepcional si procede o no la tutela contra providencias judiciales.

III) PROCEDENCIA DE LA NULIDAD

El H. Tribunal Superior de Cali, revocó la decisión del A quo, argumentando, que dicha nulidad, no es procedente, teniendo en cuenta, que se trata de un acto de parte, que no es susceptible de control jurisdiccional; Sin embargo, en este acápite, se abordará la procedencia de la nulidad, tal y como se expone a continuación:

“El 29 de junio de 2022, ante el Juzgado Once Penal Municipal de Cali, la Fiscalía formuló imputación al señor Pedro Antonio Lugo Cortes por el delito de tráfico de migrantes en concurso homogéneo y sucesivo.

El 9 de diciembre de 2022 la Fiscalía presentó escrito de acusación ante los jueces penales del circuito de Cali. Correspondió por reparto del 16 de diciembre de 2022 al Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de Cali. En audiencia de formulación de acusación, llevada a cabo los días 20 de febrero, 29 y 31 de marzo de 2023, la defensa del señor Pedro Antonio Lugo Cortes solicitó la nulidad de lo actuado hasta la audiencia de imputación, inclusive, porque considera que la Fiscalía no ha comunicado con la claridad y precisión exigida los hechos jurídicamente relevantes que soportan la pretensión acusatoria. La petición fue admitida por el juez de instancia, quien anuló el trámite hasta la audiencia de imputación. Contra dicha decisión la Fiscalía interpuso recurso de apelación.”
(pág. 2 de la transcripción)

A folio 8 de la transcripción, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN PENAL, manifestó;

*“ ... Una vez la Fiscalía defina los hechos jurídicamente relevantes en la verbalización de la acusación, se entenderá postulada la pretensión acusatoria definitiva y, por lo tanto, **al ser un acto de parte, no es susceptible de control en escenarios anteriores a la emisión de condena donde se habilita para el juez la posibilidad de analizar materialmente la acusación,** ya como postulación de condena, al contrastarla con lo demostrado y probado en el debate probatorio”*

La suscrita, de manera respetuosa, difiere de esta posición, que vulnera los derechos fundamentales de mi prohijado y en consecuencia, fundamento una tesis distinta, a lo argumentado por Tribunal de Cali, en su providencia, así: a)

fundamento legal , b) Fundamento Constitucional y c) Línea jurisprudencial.

a) FUNDAMENTOS LEGALES C.P.P.

A continuación se trae a colación el fundamento legal, con relación, al deber que tienen los funcionarios judiciales, de hacer control de las actuaciones judiciales, así:

ARTÍCULO 138. DEBERES. Son deberes comunes de todos los servidores públicos, funcionarios judiciales e intervinientes en el proceso penal, en el ámbito de sus respectivas competencias y atribuciones, los siguientes:

(...) **2. Respetar, garantizar y velar por la salvaguardar de los derechos de quienes intervienen en el proceso.**

ARTÍCULO 139. DEBERES ESPECÍFICOS DE LOS JUECES. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, constituyen deberes especiales de los jueces, en relación con el proceso penal, los siguientes:

(...)

3. Corregir los actos irregulares.

Numeral 6. Dejar constancia expresa de haber cumplido con las normas referentes a los **derechos y garantías del imputado o acusado** y de las víctimas.

ARTÍCULO 457. NULIDAD POR VIOLACIÓN A GARANTÍAS FUNDAMENTALES. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

OPORTUNIDAD: Art. 339, Art. 182 y arts. 10, inc. 5 y 139.3 C.P.P

Teniendo en cuenta lo expuesto, el Juez como director del proceso, tiene la potestad de decretar las nulidades procesales, que considere pertinentes, a fin de salvaguardar los derechos de quienes intervienen en el proceso y **no está limitado, a realizar el respectivo control material, hasta la audiencia de juicio.**

Sostener esta posición, es una vulneración flagrante de los derechos fundamentales, de mi prohijado, quien a juicio del Tribunal Superior de Cali, Sala Penal, deberá esperar hasta la audiencia de juicio, para que se realice un control

jurisdiccional a los hechos jurídicamente relevantes planteados por la fiscalía.

b) FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

A continuación se trae a colación el fundamento constitucional, en aplicación a las Nulidades procesales:

Artículo 29 C.N

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. 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..."

(...) Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa..."

Con respeto y humildad me aparto de lo manifestado por Tribunal de Distrito Judicial de Cali, creo que de la interpretación (sistemática) de las normas anteriores, sin duda los jueces, sean individuales o colectivos, **tienen el deber de corrección de los actos irregulares, de salvaguardar los derechos y garantías de las partes, incluso cuando se vean comprometidas las formas del juicio**, pues de contera se viola el debido proceso, la estructura del proceso, el principio de legalidad y el principio de defensa, entre otros.

Es de resaltar que Los artículos 288 Numeral 2 y 337 numeral 2 del C. P.P. **Establecen la forma como deben plantearse los hechos jurídicamente relevantes**, parámetros que brillan por su ausencia en las distintas actuaciones de la fiscalía, en el presente caso, tal como lo observó el señor Juez de instancia y lo aclaró de manera amplia, tal vez por el temor de que su postura pudiera no ser comprendida por el superior jerárquico.

c) JURISPRUDENCIALES

A continuación, se traen a colación, algunas providencias, en las que se decretan nulidades, en donde se puede vislumbrar, que el Juez, como director del proceso, tiene la potestad de hacer este control judicial, a efectos de sanear el proceso. En los casos que se citan a continuación, se puede vislumbrar, que incluso se han decretado nulidades, desde la formulación de imputación; En consecuencia, no es de recibo, que el H. Tribunal, indique, que este control judicial, deba realizarse, sólo hasta el juicio oral.

A continuación, se traen a colación las siguientes providencias:

1.- Sentencia 32422 de Marzo 10 de 2010, Magistrado ponente, Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, providencia de gran importancia, dado que hace un análisis pormenorizado de este delito, y se absuelve por atipicidad de la conducta.

2 .- Sentencia SP4760-2020 Radicación N° 52671 Aprobado acta No. 253 Bogotá, D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veinte (2020) M.P. Dra. Patricia Salazar Cuellar

Es de resaltar lo siguiente:

4.4.4.2 En la audiencia de formulación de imputación, el Juez de Control de Garantías debe asegurarse que la persona pueda entender los hechos que se le atribuyen (art. 8.h) y, luego, que tenga la opción de decidir de manera

«libre, consciente, voluntaria y debidamente informada» (art. 8.l) si se allana a esos cargos.

4.5.4 Conclusión.

4.5.4.1

En consecuencia, se decretará la nulidad del proceso, pero no a partir del momento en que lo solicitó el demandante ni su coadyuvante sino desde la audiencia de formulación de imputación, pues desde esta se presentaron las irregularidades sustanciales que motivan la invalidación, sin olvidar que en las fases procesales posteriores se consumó también una violación del derecho a la defensa técnica.

Subrayado fuera de texto.

3.- SP3329-2020 Radicación N° 52901 PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR,
Magistrada Ponente

En esta sentencia se **decreta la nulidad, desde la imputación** y aclara.

“Obviamente, tanto el ejercicio de esta facultad procesal como la correlativa obligación de pronunciamiento judicial, deben ajustarse a las oportunidades

y demás condiciones establecidas en el Código de Procedimiento Penal. Al respecto, éste prevé expresamente 2 momentos para la proposición, Sentencia SP, oct. 19/2006, rad. 22432, reiterado en la SP, jul. 11/ 2007, rad. 26827. Casación L. 906/2004 Rad. 52901 María Eva Rodríguez Cerón. las nulidades: la audiencia de formulación de acusación (art. 339) y la sustentación del recurso extraordinario de casación (art. 181.2); sin que ello excluya que el juez debe decretar la medida correctiva extrema en cualquier tiempo que resulte imperativo sanear el proceso (arts. 10, inc. 5 y 139.3 C.P.P.).

Rayas fuera de texto

La medida de nulidad del proceso desde la formulación de imputación que ya fue anunciada, obviamente, cubrirá la irregularidad omisiva de la sentencia de segunda instancia. Sin embargo, la disertación sobre esta

última tiene el propósito de llamar la atención a los jueces, sean de garantía o de conocimiento, para que efectivicen siempre el derecho a la defensa material en las condiciones previstas en la ley y el control de la garantía de la defensa técnica.

IV).- INDEBIDA ESTRUCTURACIÓN DE LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES POR PARTE DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

En el caso subjudice, la Fiscalía, estructuró de manera indebida los hechos jurídicamente relevantes, tal y como se intenta explicar en este acápite:

- a) Elementos normativos del tipo penal (Normas de reenvío)**
- b) Elemento subjetivo (Ánimo de lucro)**

a) Elementos normativos del tipo penal (Normas de reenvío)

A continuación, se trae a colación, la posición del Tribunal, con relación a los hechos jurídicamente relevantes, así:

2.- A página 9 de la transcripción, indica el Tribunal, que:

“Ahora, los hechos jurídicamente relevantes son el acontecer fáctico que permite su adecuación en los hechos que en abstracto ha elevado el legislador a la categoría de delito. Por lo que debe

reunir todos los presupuestos de orden normativo y descriptivo que lo integren. Al respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo:

Rayas fuera de texto

“Este concepto fue incluido en varias normas de la Ley 906 de 2004. Puntualmente, los artículos 288 y 337, que regulan el contenido de la imputación y de la acusación, respectivamente, disponen que en ambos escenarios de la actuación penal la Fiscalía debe hacer “una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes”.

La relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal. En tal sentido, el artículo 250 de la Constitución Política establece que la Fiscalía está facultada para investigar los hechos que tengan las características de un delito; y el artículo 287 de la Ley 906 de 2004 precisa que la imputación es procedente cuando “de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”.

En el mismo sentido, el artículo 337 precisa que la acusación es procedente “cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es autor o partícipe”.

A continuación el tribunal transcribe una parte del Art 188 del C.P. así

“El que promueva, induzca, constraña, facilite, financie, colabore o de cualquier otra forma participe en la entrada o salida de personas del país, sin el cumplimiento de los requisitos legales, con el ánimo de lucrarse o cualquier otro provecho para sí u otra persona, incurrirá en prisión...”

Rayas fuera de texto.

En este punto, el Tribunal hace una proposición a mi juicio equivocada, teniendo como parámetro para mi disertación el análisis pormenorizado que de este tipo penal hace la propia corte suprema de justicia en la sentencia

Correo: marcelavalenciagarcia@hotmail.com

32422 del 10 de Marzo de 2010 M.p. Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

En la cual efectivamente se evidencia que “La relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal” como lo manifiesta la corte en innumerables sentencias y aunque así lo esboza el tribunal en la pág., 9, de la transcripción; Sin embargo, en la página 11 de la misma transcripción el Tribunal de Cali manifiesta lo siguiente:

“Ahora bien, en relación con el elemento normativo “sin el cumplimiento de requisitos legales”, impone que el migrante sea

*ingresado, **transportado** o sacado del país **de manera irregular, es decir, sin control de las entidades migratorias,..”***

Rayas y negrilla fuera de texto

A mi juicio, de una parte, lo digo de manera respetuosa, El tribunal en esta explicación deslinda este elemento normativo del resto del tipo penal, modificando incluso la literalidad del tipo penal, es decir, la tipicidad ahí contenida y parte de ésta modificación, para terminar argumentando y afirmando varias situaciones que no serían acertadas:

1.- Que en la verbalización de la acusación, la fiscalía dice: Ver transcripción (No dice, lo que el Tribunal dice que dice), como lo veremos a continuación, tal como se demuestra, con la transcripción, que se transcribe:

“ De lo anterior se concluye que el procesado pedro Antonio Lugo Cortes, conocía y quería realizar los hechos en cuestión, **es decir, que transportaba migrantes indocumentados, sin el lleno de los requisitos legales y quiso hacerlo,** logrando poner en riesgo efectivo y vulnerando de manera efectiva igualmente y sin ninguna justificación, el bien jurídico tutelado de la libertad individual y otras garantías, que se encuentra contemplado en el artículo 188 del Código Penal, que trata sobre el delito de tráfico de migrantes, de esto se desprende además que el imputado comprendía la ilicitud de su conducta, no existiendo ninguna condición que le impidiera ser capaz de determinar su propio comportamiento, **amén de ser consciente de la prohibición que existe de transportar personas extranjeras sin la documentación legal,** haciéndosele

exigible en ese momento la posibilidad de haber obrado de manera distinta, a como finalmente lo hizo, respecto del trámite procesal, su señoría con los elementos, con los hechos ya mencionados, se procede a presentarse la fiscalía general de la nación ante el Juzgado 11 Penal Municipal con función de control de garantías de la ciudad de Cali, una vez recaudado el acervo probatorio necesario, se solicita en este caso, la legalización de la captura, posteriormente la formulación de imputación y la imposición de medida de aseguramiento, en audiencias que se llevaron a cabo, el día 28 de junio del año 2022; la fiscalía 3 especializada en este caso, acude ante el Juzgado 11 penal municipal con función de control de garantías de la ciudad de Cali, para llevar a cabo las audiencias preliminares, concentradas de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento. En las mismas **se imputó al señor Pedro Antonio Lugo cortés la conducta delictual señalada en el artículo 188 del código penal, del delito de tráfico de migrantes, en calidad de coautor, modalidad dolosa y bajo los verbos rectores en este caso de transportar y de facilitar el transporte de migrantes irregulares de nacionalidad restringida, bajo una promesa remuneratoria o bajo una disposición de pago o de cobro de un pasaje, en este caso,** igualmente con respecto de la situación del señor pedro Antonio Lugo cortes, pues el juzgado 11 penal con función de control de garantías de la ciudad de Cali, impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad, respecto de la formulación de acusación, su señoría en este caso, dando aplicación a lo estimado en los artículo 175 Y 336 del código de procedimiento penal Y teniendo en cuenta que de los elementos materiales probatorios y evidencia física, e información legalmente obtenida, se puede establecer al menos con probabilidad de verdad, que el hecho punible realmente existió y que la responsabilidad del mismo recae en este caso en cabeza del señor pedro Antonio Lugo cortes, **se procede a elevar la acusación en su contra, respecto del delito contemplado en el artículo 188 del Código Penal, el cual se endilga en este oportunidad tal cual como quedo en la imputación a título de dolo directo en calidad de coautor y bajo los verbos rectores de transportar, facilitar, colaborar y participar, en este caso respecto de los 2 eventos en concurso homogéneo sucesivo, por los eventos que se han mencionado, respecto del día 22 y 23 de octubre de 2021, y evento del día 29 de octubre de 2021, involucra al señor pedro Antonio Lugo Cortes y al bus de la empresa Trejos de placas WFQ388, que transportaban los migrantes irregulares, igualmente su señoría respecto las penas referidas, proceden también las penas accesorias señaladas en el artículo 44 del código penal, así las cosas, su señoría esta sería la formulación de acusación** que en este caso deja sentada la fiscalía general de la nación, con base en los elementos que se anexan, en el descubrimiento probatorio de este escrito de acusación, gracias su señoría”

Negrilla, subrayado y fondo amarillo fuera de texto

Sin embargo, **el Tribunal cambió lo manifestado por la fiscalía**, tal como se expone a continuación:

No obstante, remitida la Sala a la verbalización de la acusación, se tiene que la Fiscalía fue clara en indicar que los migrantes transportados ingresaron al país por **“pasos fronterizos irregulares como trochas, laderas o ríos”**, de manera que, deviene palmario el estado irregular de su permanencia en territorio colombiano pues evadieron el control migratorio. Luego, estaría delimitado el supuesto fáctico que enriquece el elemento normativo de “sin el cumplimiento de los requisitos legales”.

En ese caso, la Fiscalía comunicó al acusado que transportaba personas extranjeras que estaban de manera irregular o informal en el país y que su labor era llevarlos hasta Medellín donde tomarían rumbo a Turbo y posteriormente a Panamá para transitar hacia otros países.

En este sentido, **la fiscalía, en la verbalización de la acusación citada, nunca mencionó**, lo que aparentemente si escucho el Tribunal como analizo siguientemente:

1. El fiscal, en la verbalización de la acusación, no indicó lo mencionado por el tribunal con relación a “pasos fronterizos irregulares como trochas, laderas o ríos”.
2. El Tribunal insiste en indicar, que la fiscalía podía adicionar o corregir su escrito de acusación; **Sin embargo, la fiscalía no realizó ninguna adición, modificación o aclaración respecto de la misma** (La fiscalía mantiene, incólume la misma acusación- Ver transcripción), **únicamente realizó una modificación al tema probatorio,** dado que las pruebas relacionadas según él no correspondían al caso, es decir, el ente acusador se equivocó y relaciono unas pruebas que no correspondían al caso. **(SITUACIÓN QUE A JUICIO DE LA SUSCRITA RESULTA INADMISIBLE)** **y esta fue la única modificación que realizó,** en la verbalización, de la acusación tal como lo había anunciado en repetidas ocasiones, fue el tema relacionado con los medios de prueba.
3. Por otro lado, en relación con el ingrediente subjetivo distinto al dolo, el ánimo de lucro, la fiscalía no realizó ninguna manifestación **al respecto en la verbalización del escrito de acusación, situación que debió dejar establecida, de manera clara, en dicho acto procesal, se limitó a indicar que se había hecho un pago de un pasaje.**

4.- El tema, es decir, el elemento normativo de tipo, “ **sin el cumplimiento de los requisitos legales**” , no se puede desde mi punto de vista equiparar a “situación irregular” y / o “sin control de las autoridades migratorias” y menos aún justificar este presupuesto típico, con argumentos tales como que, el paso de las personas se hizo por trochas o pasos fronterizos, así se le califique de irregulares. **Manifestaciones que dicho sea de paso no existen en la formalización o verbalización de la acusación.** En este mismo punto (Pág. 12), a renglón seguido y a manera de conclusión el tribunal manifiesta que:

*“de manera que, deviene palmario el **estado irregular de su permanencia** en territorio colombiano pues evadieron el control migratorio. Luego, estaría delimitado el supuesto fáctico que enriquece el elemento normativo de “sin el cumplimiento de los requisitos legales...”*

Desde mi humilde punto de vista esta interpretación, independientemente de quien la haga, estaría modificando la tipicidad, situación que me resulta desacertada por decir lo menos, máxime si la misma se utiliza para reemplazar una condición muy específica, como es el elemento normativo **“Sin el lleno de los requisitos legales”**

Rayas y resaltado amarillo fuera de texto

La suscrita abogada, frente a este tópico, llama la atención de la Corte, así: i) **La norma NO establece el elemento permanencia en el país, si no la entrada o salida del país,** ii) **se confunde el supuesto fáctico con el elemento normativo y/o Jurídico (normas de reenvío) y iii) en ningún momento en los hechos narrados por la fiscalía se relaciona de ninguna manera al procesado, con el cruce de los migrantes por la frontera.**

b) Elemento subjetivo del tipo penal “con ánimo de lucrarse”

A folio 13 de la Transcripción, Frente a este otro presupuesto de la tipicidad, el tribunal manifiesta lo siguiente:

“Por otro lado, en relación con el ingrediente subjetivo distinto al dolo, el ánimo de lucro, encuentra la Sala que, en efecto, la Fiscalía en la acusación no dio mayor claridad sobre el interés económico del procesado en el transporte de los migrantes. Sin embargo, escuchada la imputación, se tiene que en tal acto procesal si indicó que el acusado había pactado un cobro de \$150.000 por migrante, lo que le generaría una ganancia de \$1.500.000, lo que en efecto satisface la exigencia normativa.

Subrayado y negrilla fuera de texto

Nótese que aquí el Tribunal se refiere al supuesto verbo rector “transporte” que utiliza la fiscalía, pero que NO lo hace el legislador, en el art. 188 del C.P. , así, las cosas el Tribunal, nuevamente estaría alterando nuevamente la literalidad de la norma.

Además de asociar sin cotejar o encontrar amarres, entre el pago del transporte y

la entrada o salida del país, pues la fiscalía tampoco lo hace, en su disertación de acusación, ni en ningún otro acto procesal. **Haciendo honor a la verdad, solo en el momento de sustentar la Apelación** frente al decreto de la nulidad, es que se refiere al elemento “sin el lleno de los requisitos legales” y **manifestó que estos no se predicán del procesado, si no de los migrantes, así como otras explicaciones que el tribunal incorrectamente asume que se verbalizaron en la audiencia de acusación sin sustento en la misma.** (Ver transcripción).

En este tópico el Honorable Tribunal erró, pues en realidad no hace el análisis de los requisitos para la correcta estructuración de los hechos jurídicamente relevantes, sino que ofrece explicaciones frente al desarrollo inadecuado de la fiscalía de estos mismos “hechos jurídicamente relevantes”

VII).- OTRAS INCONFORMIDADES CON LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL (TRANSGRESIÓN AL PRINCIPIO DE LIMITACIÓN)

A continuación, se trae a colación, el planteamiento del problema jurídico, la motivación, argumentación y decisión, del tribunal, así:

Advierte la Sala que el recurso de apelación está regido por el principio de limitación, en virtud del cual la segunda instancia realiza un control de legalidad sobre la decisión objeto de apelación, partiendo de los argumentos esgrimidos por el recurrente.

*En este sentido, el Tribunal Superior de Cali, Sala Penal, determinó como **PROBLEMA JURÍDICO**, el siguiente:*

“Determinar si la Fiscalía ha incurrido en irregularidades al destacar los hechos jurídicamente relevantes que fundamentan la imputación, de tal entidad que ameriten declarar la nulidad de la audiencia de formulación de imputación, inclusive, con el fin de salvaguardar las garantías al debido proceso y defensa que le asisten al acusado.”

En consecuencia, la Sala se limitará a analizar las inconformidades del recurrente respecto del control que ejerció el juez sobre la imputación, en particular en la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes realizada por la Fiscalía.

En consecuencia, la determinación de una conducta necesariamente

enmarcada en un hecho histórico determinado por circunstancias de tiempo, de modo y lugar resulta trascendente, a fin de contrastar la norma penal y poder concluir si tales hechos resultan o no jurídicamente relevantes, o por el contrario se encuentran al margen del derecho penal. Un ejercicio ineludible, ya que constituye la garantía no solo del ejercicio de defensa sino del ejercicio de una judicatura y un Estado democrático, que no puede someter a sus ciudadanos a un proceso kafkiano. detenidos en el análisis de la actuación que se revisa, la Sala concurre con el juez de conocimiento en resaltar que, sin duda es la imputación el escenario procesal que el legislador ha fijado para que la Fiscalía delimite el núcleo fáctico que soportará las fases subsiguientes, tanto la etapa de investigación propiamente dicha, así como la acusación y el juzgamiento. De suerte que, el supuesto fáctico definido en dicho escenario resulta inamovible e impone que la acusación guarde coherencia -concepto asociado al principio de congruencia- con los hechos jurídicamente relevantes definidos en la imputación. Una expresión de garantía para el ejercicio adecuado de la defensa. Presupuesto que, incluso, es objeto de control por parte del juez de conocimiento al momento de dictar la sentencia.

Y es que precisamente la estructura del sistema de corte acusatorio hace que “la delimitación fáctica que hace la Fiscalía en la imputación constituye la columna vertebral del proceso, pues a partir de ella se judicializan los hechos, se garantiza el derecho de defensa y contradicción, se determina el debate sobre la medida de aseguramiento, se fijan los límites de la sentencia en los casos de terminación anticipada y se limitan los fundamentos del suceso criminal que pueden incluirse en la acusación”⁴. Razón por la cual, las falencias en los hechos comunicados en tal acto procesal no podrían subsanarse en escenarios posteriores, específicamente, en la acusación.

*Sin embargo, esta regla general ha sido modulada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Así, estableció la jurisprudencia que, **la Fiscalía cuenta con dos mecanismos que de manera excepcional** le permiten adicionar hechos jurídicamente relevantes en la acusación. Lo anterior responde al carácter progresivo y evolutivo de la actuación, pues una vez formulada la imputación, se inicia para la Fiscalía la etapa de investigación propiamente dicha, la cual, al finalizar, puede arrojar nuevos resultados que impliquen modificar los supuestos fácticos dados en la imputación.*

*Ahora, el uso de cada una de las opciones dependerá de la relevancia de la alteración factual. **Así, cuando se traten de nuevos hechos que eventualmente** se pueden constituir diferentes conductas delictivas y que agravan la situación jurídica del procesado, sólo pueden ser añadidos en la acusación **si previamente la Fiscalía** llevó a cabo el acto procesal denominado “**adición de la imputación**”, procedimiento que debe cumplirse*

necesariamente ante el juez de garantías⁵.

Por otro lado, *cuando producto de la labor investigativa adelantada a partir de la imputación, la Fiscalía al momento de formular la acusación tenga mayor claridad frente a la ocurrencia de los hechos, puede decantar los supuestos fácticos sin requerir adicionar la imputación⁶. Es decir, cuando se tengan mayores detalles de las circunstancias de tiempo, modo y lugar respecto de los hechos jurídicamente relevantes imputados que conlleven su precisión, siempre y cuando no impliquen un cambio sustancial de calificación jurídica, no se requiere adicionar la imputación:*

En conclusión, la Fiscalía en la acusación por regla general estaría imposibilitada para modificar arbitrariamente la delimitación fáctica establecida en la imputación. Sin embargo, excepcionalmente podrá hacerlo cuando los resultados investigativos que sobrevinieron a la imputación así lo ameriten, debiendo recurrir, dependiendo de la trascendencia, a las facultades de adición o corrección por la obtención de mayores detalles sobre la ocurrencia de los hechos o, a la figura de la adición a la imputación.

Subrayado y resaltado rojo fuera de texto

NÓTESE aquí lo siguiente: i) Un alejamiento absoluto del problema jurídico planteado, “construcción de los hechos jurídicamente relevantes de conformidad con la ley y la jurisprudencia”, ii) Inclusión de temas no relacionados en la apelación (Derecho de limitación), y es el consistente en establecer las posibilidades de modificación de la Acusación, iii) modificación de la literalidad de la tipicidad de la norma.

PRINCIPIO DE LIMITACIÓN

Respecto al principio de limitación, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, ha indicado que "el funcionario judicial de segunda instancia no goza de libertad para decidir, pues no se encuentra ante una nueva oportunidad para emitir un juicio fáctico y jurídico sobre el asunto, **sino que su labor consiste en realizar un control de legalidad de la decisión impugnada a partir de los argumentos presentados por el recurrente**"(negrilla fuera de texto).

Con base en este principio, el Tribunal Superior de Cali, Sala Penal, no estaba legitimado, para pronunciarse, sobre lo siguiente:

1. Pese a que la fiscalía sostiene en su apelación que el juez no acogió sus modificaciones al escrito de acusación, es de advertir, que no hizo ninguna, tal como lo manifestó en tantas ocasiones como el señor juez se lo insinuó, **su única manifestación** fue que depuraría los elementos materiales de prueba que se habían confundido por otra funcionaria, con

Correo: marcelavalenciagarcia@hotmail.com

los de otro caso. Sin embargo, El tribunal asume este tópico como **tema principal**.

2. No hubo manifestación de la Fiscalía en la Audiencia de Acusación sobre i) Presentaron de nuevos hechos, ii) Nuevas investigaciones que incidieran en cambios a las circunstancias de modo tiempo o lugar en los que sucedieron los mismos.
3. El Tribunal asumió que el Juez, sólo puede analizar la acusación en el momento de la sentencia, oportunidad de decretar nulidad, no cuestionada por la Fiscalía.
4. El Tribunal ordenó rehacer la audiencia de acusación, circunstancia a la que no se refirió la fiscalía en su apelación, como que hubiese existido alguna irregularidad. Dicho sea de paso etapa precluida (Principio de Preclusividad)

En mi humilde concepto LA FISCALÍA indujo a error AL TRIBUNAL o este se confunde, cuando aquella, manifestó, en su apelación, haber realizado, correcciones, adiciones o aclaraciones, en la audiencia de acusación, sin que haya sido así.

*Pese a que el tribunal, (hasta este punto) deja claro que la fiscalía solo de manera excepcional y con base en posterior investigación, léase, posterior a la imputación, con nuevas pruebas, nuevos hechos, puede modificar la acusación, en el presente caso, a contrario sensu, el tribunal superior de Cali, y sin que se ajuste a su dicho, **en el caso concreto, ninguna de estas situaciones excepcionales ocurren**, como se puede establecer de la simple acción de escuchar la verbalización de la audiencia de acusación, en la cual incluso el señor fiscal, al inicio de la misma y por petición incluso reiterada del señor juez de instancia, desde la primera citación (Febrero 20 y Marzo 29 de 2023) ante la anunciada Nulidad por parte de la defensa, le insiste en la modificación y/o adición de la Acusación, y **sin embargo, la fiscalía manifestara en sendas ocasiones que la única modificación que realizaría era en el tema de pruebas** ya que su compañera que lo antecedió, había confundido las mismas, con las de otro proceso, y que en consecuencia las depuraría y las trasladaría fuera de audiencia, y en efecto este fue el único tema de modificación en la segunda y última oportunidad (audiencia de acusación).*

En consecuencia, no lo asiste razón al Tribunal frente a este tópico, pues ninguna manifestación, de correcciones, modificaciones o adiciones expresó la fiscalía en su verbalización, así como tampoco, mencionó sobre resultados investigativos que sobrevinieran a la imputación, o hechos nuevos QUE PUDIESEN SUSTENTAR LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL.

4. TRIBUNAL MODIFICÓ LA TIPICIDAD DE LA NORMA

a) Elementos normativos del tipo penal (Normas de reenvío)

Correo: marcelavalenciagarcia@hotmail.com

Tel : 3182850041

A continuación, se trae a colación, la posición del Tribunal, con relación a los hechos jurídicamente relevantes, así:

2.- A página 9 de la transcripción, indica el Tribunal, que:

“Ahora, los hechos jurídicamente relevantes son el acontecer fáctico que permite su adecuación en los hechos que en abstracto ha elevado el legislador a la categoría de delito. Por lo que debe reunir todos los presupuestos de orden normativo y descriptivo que lo integren. Al respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo:

Rayas fuera de texto

“Este concepto fue incluido en varias normas de la Ley 906 de 2004. Puntualmente, los artículos 288 y 337, que regulan el contenido de la imputación y de la acusación, respectivamente, disponen que en ambos escenarios de la actuación penal la Fiscalía debe hacer “una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes”.

La relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal. En tal sentido, el artículo 250 de la Constitución Política establece que la Fiscalía está facultada para investigar los hechos que tengan las características de un delito; y el artículo 287 de la Ley 906 de 2004 precisa que la imputación es procedente cuando “de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”.

En el mismo sentido, el artículo 337 precisa que la acusación es procedente “cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es autor o partícipe”.

A continuación el tribunal transcribe una parte del Art 188 del C.P. así

“El que promueva, induzca, constriña, facilite, financie, colabore o de cualquier otra forma participe en la entrada o salida de personas del país, sin el cumplimiento de los requisitos legales, con el ánimo de lucrarse o cualquier otro provecho para sí u otra persona, incurrirá en prisión...”

Rayas fuera de texto.

En este punto, el Tribunal hace una proposición a mi juicio equivocada, teniendo como parámetro para mi disertación el análisis pormenorizado que de este tipo penal hace la propia corte suprema de justicia en la sentencia 32422 del 10 de Marzo de 2010 M.p. Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

En la cual efectivamente se evidencia que “La relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal” como lo manifiesta la corte en innumerables sentencias y aunque así lo esboza el tribunal en la pág., 9, de la transcripción; Sin embargo, en la página 11 de la misma transcripción manifiesta lo siguiente:

“Ahora bien, en relación con el elemento normativo “sin el cumplimiento de requisitos legales”, impone que el migrante sea ingresado, transportado o sacado del país de manera irregular, es decir, sin control de las entidades migratorias,.”

Rayas y negrilla fuera de texto

El tribunal en esta explicación deslinda este elemento normativo del resto del tipo penal, modificando la literalidad del tipo penal, es decir, la tipicidad ahí contenida, y parte de ésta modificación, para terminar argumentando y afirmando varias situaciones que a mi juicio no son ciertas:

1.- En la verbalización de la acusación, la fiscalía dice: Ver transcripción hecho número 4. Anterior. (No dice, lo que el Tribunal dice que dice), tal como se demostrará.

El Tribunal cambió lo manifestado por la fiscalía, tal como se expone a continuación:

No obstante, remitida la Sala a la verbalización de la acusación, se tiene que la Fiscalía fue clara en indicar que los migrantes transportados ingresaron al país por **“pasos fronterizos irregulares como trochas, laderas o ríos”**, de manera que, deviene palmario el estado irregular de su permanencia en territorio colombiano pues evadieron el control migratorio. Luego, estaría delimitado el supuesto fáctico que enriquece el elemento normativo de “sin el cumplimiento de los requisitos legales”.

En ese caso, la Fiscalía comunicó al acusado que transportaba personas extranjeras que estaban de manera irregular o informal en el país y que su labor era llevarlos hasta Medellín donde tomarían rumbo a Turbo y posteriormente a Panamá para transitar hacia otros países.

En el sentido, la fiscalía, en la verbalización de la acusación citada, nunca menciona a estos hechos:

2.- Por otro lado, en relación con el ingrediente subjetivo distinto al dolo, el ánimo de lucro, **la fiscalía no realizó ninguna manifestación al respecto en la verbalización del escrito de acusación, situación que debió dejar establecida, de manera clara, en dicho acto procesal.**

3.- Respecto del elemento normativo de tipo, “ **sin el cumplimiento de los requisitos legales**”, no se puede desde mi punto de vista equiparar a “situación irregular” y / o “sin control de las autoridades migratorias” y menos aún justificar este presupuesto típico, con argumentos tales como que, el paso de las personas se hizo por trochas o pasos fronterizos, así se le califique de irregulares. **Manifestaciones que dicho sea de paso no existen en la formalización o verbalización de la acusación.** En este mismo punto (Pág. 12), a renglón seguido y a manera de conclusión el tribunal manifiesta que:

“de manera que, deviene palmario el estado irregular de su permanencia en territorio colombiano pues evadieron el control migratorio. Luego, estaría delimitado el supuesto fáctico que enriquece el elemento normativo de “sin el cumplimiento de los requisitos legales...”

Rayas fuera de texto

La suscrita abogada, frente a este tópico, llama la atención de la Corte, así: **i) La norma NO establece el elemento permanencia en el país, si no la entrada o salida del país, ii) se confunde el supuesto fáctico con el elemento normativo y/o Jurídico (normas de reenvío) y iii) en ningún momento en los**

hechos narrados por la fiscalía se relaciona de ninguna manera al procesado, con el cruce de los migrantes por la frontera.

b) Elemento subjetivo del tipo penal “con ánimo de lucrarse”

A folio 13 de la Transcripción, Frente a este otro presupuesto de la tipicidad, el tribunal manifiesta lo siguiente:

“Por otro lado, en relación con el ingrediente subjetivo distinto al dolo, el ánimo de lucro, encuentra la Sala que, en efecto, la Fiscalía en la acusación no dio mayor claridad sobre el interés económico del procesado en el transporte de los migrantes. Sin embargo, escuchada la imputación, se tiene que en tal acto procesal si indicó que el acusado había pactado un cobro de \$150.000 por migrante, lo que le generaría una ganancia de \$1.500.000, lo que en efecto satisface la exigencia normativa.

Subrayado y negrilla fuera de texto

Nótese que aquí el Tribunal se refiere al supuesto verbo rector “transporte” **que utiliza la fiscalía, pero que NO lo hace el legislador, en el art. 188 del C.P., así, las cosas el Tribunal, nuevamente estaría alterando equivocadamente la literalidad de la norma.**

Además de asociar sin cotejar o encontrar amarres, entre el pago del transporte y la entrada o salida del país, pues la fiscalía tampoco lo hace, en su disertación de acusación, ni en ningún otro acto procesal. **Haciendo honor a la verdad, solo en el momento de sustentar la Apelación frente al decreto de la nulidad es que se refiere al elemento “sin el lleno de los requisitos legales” y manifestó que estos no se predicán del procesado, si no de los migrantes.**

4. EFECTOS DEL AUTO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI VERSUS PRINCIPIO DE PRECLUSIVIDAD

El Tribunal Superior de Cali, Sala Penal, en la ratio decidendi, de la providencia, resuelve:

“es de advertir que debe continuarse con el trámite de la audiencia de formulación de acusación, escenario donde la fiscalía, dentro de los límites legales, ajustar la acusación”

El Tribunal con esta decisión, estaría modificando la estructura del procedimiento penal, generando una nueva audiencia de acusación, contradiciendo, el principio de preclusividad, máxime, cuando el fiscal, en reiteradas ocasiones, manifestó su negativa, a modificar, dicho escrito de acusación.

Con esta decisión, el Tribunal se está contradiciendo abiertamente, pues pese a que, sostiene que la Fiscalía, si realizó correcciones, adiciones o modificaciones, a su acusación, ordena, al A quo, continuar con una audiencia que ya culminó, ya cumplió su objetivo y que inclusive, posteriormente se tramitó incidente de nulidad, se resolvió y también se apeló la decisión de nulidad por parte de la fiscalía.

5. EFECTOS DE NULIDAD SIN DECRETO

El Tribunal, se contradice nuevamente, pues, es aparentemente claro, frente al análisis de la imposibilidad de decretar nulidades, por parte del Juez de conocimiento; Sin embargo, al ordenar hacer nuevamente, la audiencia de acusación, el efecto real de esta decisión, es una NULIDAD, que no fue decretada formalmente, pero que materialmente comporta los mismos efectos, y siendo el tribunal un juez (Colegiado) Tampoco tendría en consecuencia posibilidad de decretar nulidades, aunque no las bauticé con ese nombre.

CONCLUSIONES

1. EN CONCLUSIÓN, y parafraseando al mismo Tribunal de Cali, quien cita jurisprudencia de la Corte Suprema – Sala Penal, cuando manifiesta que:

“los hechos jurídicamente relevantes son el acontecer fáctico que permite su adecuación en los hechos que en abstracto ha elevado el legislador a la categoría de delito. **Por lo que debe reunir todos los presupuestos de orden normativo y descriptivo que lo integren.**”

Encuentra la suscrita que el criterio del juez de instancia, no solo es acertado, si no también, ajustado incluso a lo manifestado por el Tribunal de Cali, pues los hechos jurídicamente planteados por la fiscalía en esta ocasión efectivamente **no comportan a la literalidad del Art. 188 del Código Penal**, y cobra importancia en los temas concreto de i) los elementos normativos (Normas de reenvío) no solo, no mención alguna de ellas, si no que incluso en su argumentación, ya en el momento de sustentar la apelación, no antes, manifiesta **que las mismas no se predicán o aplican al procesado, si no a los migrantes y ii) El elemento subjetivo, del que solo manifiesta que es un cobro de un pasaje, y como tal efectivamente, ni siquiera es para el señor conductor PEDRO ANTONIO LUGO, pues es claro que se trata de un conductor de una empresa de transporte, (Expreso Trejos), quien es la única y verdadera destinataria de este rubro y que señor LUGO, solo recibe un salario por su labor de conductor.**

Luego estas irregularidades asoman como punta del iceberg para constituir transgresiones a la forma como legal, constitucional y jurisprudencialmente deben ser construidos, afín de no afectar el debido proceso, el derecho de defensa, y la congruencia entre otros derechos.

2. Sin duda alguna al menos para la suscrita, las dos circunstancias analizadas por el juez a quo, es decir i) Sin el lleno de los requisitos legales y ii) El ánimo de

MARCELA VALENCIA GARCÍA

Abogada

lucro, tienen relación directa con la antijuridicidad y la tipicidad en su orden. Así que no escapan a la excepción establecida en la sentencia en cita. Tal como se puede concluir del estudio de la sentencia 32422 del 10 de marzo de 2010 M.p. Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

3. La providencia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, por medio de la cual, se revocó la decisión del A quo, desconoce el debido proceso y el principio de legalidad, desconociendo incluso el precedente constitucional, que es una línea jurisprudencial frente a este tema de los hechos jurídicamente relevantes, tal y como se estableció, en el desarrollo de esta acción de tutela

PRUEBAS

Actos urgentes

Acta de audiencia de imputación

Formato acta de preacuerdo no aceptado

escrito de acusación

Audiencias de acusación

Providencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior de Distrito judicial de Cali- Sala Penal.

NOTIFICACIONES

Accionante: PEDRO ANTONIO LUGO CORTES correo electrónico: pedrolugo707@gmail.com y la suscrita apoderada al correo: marcelavalenciagarcia@hotmail.com, tel: 3182850041

Accionado: TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE CALI- SALA PENAL, correo electrónico: des06sptscali@cendoj.ramajudicial.gov.co

PETICIÓN

Se tutelen los derechos fundamentales y el debido proceso de mi poderdante y en consecuencia se revoque la decisión del Honorable Tribunal de Cali.

Atentamente,



MARCELA VALENCIA GARCÍA

C.C. 1107078627 de Cali

T.P. No. 277.894 del C.S. de la J.,

Correo: marcelavalenciagarcia@hotmail.com

Tel : 3182850041