



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL DE DECISIÓN

PROCESO: 11 001 60 00096 2016 80.001 (9319-2)
DELITO: Lavado de Activos
CONDENADOS: JESÚS MORALES Y JON RUTSEL PINZÓN TORRES
PROCEDENCIA: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín
DECISIÓN: Rechaza recurso
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz

Auto Interlocutorio N° 015
Aprobado según acta N° 027
Medellín, cinco de marzo de dos mil dieciocho

ASUNTO A TRATAR

Se pronuncia la Sala frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa de JON RUTSEL PINZÓN TORRES en contra del auto de fecha veintiocho (28) de enero de dos mil dieciocho, proferido por la Jueza Tercera Penal del Circuito Especializada de Medellín (Antioquia), al inicio de la audiencia preparatoria, por medio del cual no decretó la nulidad de la actuación solicitada por el ahora impugnante.

ANTECEDENTES

Según el escrito de acusación¹, el doce de mayo de dos mil dieciséis, a eso de las once y cuarenta minutos de la noche, en el peaje de COPACABANA, sobre la autopista Medellín Bogotá, unidades de policía judicial detuvieron la marcha del vehículo TOYOTA PRADO, de

¹ Folios 27-36

placas FHH 839, de color blanco, el cual era conducido por JESÚS MORALES quien viajaba en compañía de JON RUTSEL PINZÓN TORRES.

En el registro practicado al automotor, fueron hallados en su interior, se dice que en forma oculta y camuflada, en la cartera de la silla izquierda detrás del asiento del conductor, la suma de trescientos diez millones de pesos (\$310'000.000) en efectivo.

Por tales hechos los antes citados fueron aprehendidos; el automotor, el dinero y dos teléfonos móviles, fueron incautados y puestos a disposición de la Fiscalía General de la Nación.

En audiencias concentradas del trece de mayo de dos mil dieciséis², el Juez Diecisiete Penal Municipal de Medellín, con funciones de control de garantías, impartió legalidad al procedimiento de captura, se avaló la incautación del vehículo, el dinero y los teléfonos celulares.

Frente a esta decisión de interpuso, por la defensora, recurso de apelación que fue concedido.

Se les comunicó a los aprehendidos que estaban siendo investigados por la Fiscalía General de la Nación como presuntos responsables del delito de lavado de activos, sin que aceptaran responsabilidad penal por el mismo.

² Folio 6 Acta de audiencia

A petición del delegado de la Fiscalía General de la Nación se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

En audiencia del ocho de junio de dos mil dieciséis³, el Juez Veinticuatro Penal del Circuito de Medellín confirmó el auto apelado.

El ocho de septiembre de dos mil dieciséis⁴, el Fiscal 49 Especializado, adscrito a la Unidad Especializada de Antinarcoóticos y Lavado de Activos, presentó escrito de acusación en contra de JESÚS MORALES y JON RUTSEL PINZÓN TORRES, señalándolos como probables responsables, como coautores materiales, del delito de Lavado de Activos, contemplado en el artículo 323 del Código Penal, modificado por el artículo 29 inciso segundo de la ley 1453 de 2011.

Correspondió el asunto por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Medellín, despacho que evacuó audiencia de acusación el veintiuno de febrero de dos mil diecisiete⁵.

El catorce de marzo de dos mil diecisiete⁶, el defensor de JESÚS MORALES elevó petición de preclusión, misma que se llevó a cabo los días once y quince de agosto, fecha en la cual la Jueza no accedió a la solicitud

³ Folio 24

⁴ Folios 27 - 36

⁵ Folio 60

⁶ Folio 62

de preclusión; en ese mismo escenario se declaró la funcionaria impedida para continuar con el conocimiento del asunto y se remitió la carpeta al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín, despacho que en auto del cinco de octubre de dos mil diecisiete⁷ no aceptó el impedimento, remitiendo las diligencias a esta Sala para desatar el asunto.

En auto del veintitrés de Octubre de dos mil diecisiete⁸, esta Sala de decisión declaró fundado el impedimento y radicó la competencia en el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín.

Asumido el conocimiento por el despacho referido, se dio inicio, el veintiocho de enero de dos mil dieciocho, a la audiencia preparatoria, en la cual, los defensores de JESÚS MORALES y JON RUTSEL PINZÓN TORRES solicitaron la nulidad de la actuación que fue sustentada por el abogado del último de los citados.

DE LAS SOLICITUDES DE LA DEFENSA

En esa audiencia, manifestó el peticionario que había afectación al derecho de defensa y procedió a desarrollar su argumento a partir de los principios que orientan las nulidades.

En resumen, afirmó el togado que la Fiscalía General de la Nación rompió con la congruencia

⁷ Folio 85

⁸ Folio 91

fáctica y jurídica al realizar una imputación deficiente en la audiencia preliminar, pues se contrajo a que fueron capturados transportando, en una caleta o una cartera, una suma de dinero determinada lo que en principio, dice, no es delito en Colombia y nada tiene que ver, con el ocultamiento de la naturaleza ilícita de ese dinero.

Y, respecto del acto complejo de la acusación, critica el escrito presentado⁹ afirmando que no es coincidente con la imputación fáctica desarrollada en la preliminar pues le adiciona una serie de hechos nuevos relativos a la forma como recibieron el dinero, como sería transportado, para quién era el dinero y de dónde procedía el efectivo, no siendo esto más que una serie de inferencias desarrolladas por el delegado de la Fiscalía General de la Nación, anticipando con ello, de manera inadecuada, sus alegaciones finales.

En su criterio, en este evento, se incurre en nulidad por afectación de garantías fundamentales y el debido proceso, resultando lesionadas las garantías fundamentales pues el acusado tiene derecho a conocer los hechos por los cuales se le investiga, haciendo hincapié a que los hechos jurídicamente relevantes y la imputación jurídica fueron adicionados en la acusación, advirtiendo en ello una afectación al principio de congruencia. Cita como soporte de su afirmación la sentencia C-025 de 2010 emanada de la Corte Constitucional.

⁹ Folio 27

En resumen, dice, hay vicios de estructura formal, se rompe el principio antecedente consecuente, no se define en forma progresiva y consecuente el objeto del proceso penal, contiene vicios que afectan la garantía y violan el derecho de defensa y finalmente atacan el principio de congruencia.

Afirma el peticionario que respecto al principio de instrumentalidad de las formas, dice que no sirven los actos tachados de nulos para lo que están instituidos, además que los procesados no dieron lugar a los vicios que se ponen de presente y esas falencias no pueden ser convalidadas por sus asistidos pues ellos les producen una violación al debido proceso y al derecho de defensa.

Para el solicitante, los yerros que advierte en la imputación y la acusación afecta la estructura conceptual, vulnerando el debido proceso al no acatarse las formas del mismo, y afectando el principio de congruencia, con lo cual se lesiona el derecho de defensa.

Indica que al decretarse la nulidad de la actuación debe retrotraerse a la formulación de imputación, única manera de subsanar la irregularidad.

No hay, dice, otra manera de corregir las falencias que pone de presente, diferentes al decreto de la nulidad y pide, finalmente, que se atienda su petición.

El delegado de la Fiscalía General de la Nación, pidió a la Jueza que no se atienda la petición del defensor, recalcando que desde el inicio de la audiencia la misma funcionaria precisó que si se trataba de una petición de nulidad debía tratarse de actuaciones posteriores a la acusación, en atención al principio de preclusividad de las actuaciones procesales.

Recaba en que ya se surtió la audiencia de acusación y allí la defensa debió entonces reclamar sobre esas presuntas irregularidades.

Afirma el delegado que el problema jurídico planteado por los defensores ya ha sido solucionado por la jurisprudencia afirmando la no procedencia del control material de la acusación o de la imputación jurídica en tanto este es un acto de parte exclusivo de la Fiscalía General de la Nación y máximo se pueden aceptar algunas observaciones sobre ella.

Respecto a que en la acusación se adicionaron una serie de hechos nuevos, no entiende por qué la defensa muestra la inconformidad o disenso sobre el *nomen iuris* pues la calificación jurídica es provisional como así lo reconoce el peticionario, citando como soporte algunas providencias emanadas de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia.

Si bien es claro, dice, que los hechos jurídicamente relevantes permanecen incólumes, ello debe entenderse dentro del contexto en especial cuando se trata de circunstancias de modo, tiempo y lugar, pues justamente luego de la imputación hay etapa investigativa y es luego de la acusación que se delimita finalmente el principio de congruencia, que tiene relación con el principio de progresividad de la actividad procesal. Trae aquí también como apoyo, providencias de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia.

La falta de concisión de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se cometió el hecho, pueden ser corregidas en el escrito de acusación y luego pueden, aclararse, corregirse o adicionarse en la audiencia, apartándose así de las afirmaciones de la defensa y tampoco advierte afectación al derecho de defensa pues siempre han tenido oportunidad de desarrollar su labor.

Reseña que el núcleo esencial del proceso es que a los acusados se les incautó un dinero respecto del cual no se ha demostrado su procedencia lícita, asunto que desde el inicio de la investigación conocen suficientemente los procesados y la imputación fáctica en la preliminar no es un acto acabado sino que se delimita finalmente en la acusación.

Respecto de la calificación jurídica, señala que la misma es provisional, reiterando la jurisprudencia –cita varias providencias de la CSJ- que puede ser

modificada por parte de la Fiscalía General de la Nación, hasta la formulación de imputación.

Pide por tanto no se acceda a lo pedido.

LA DECISIÓN APELADA

La A quo, previo resumen de las peticiones elevadas por el defensor afirmó que la nulidad no procede, contra los actos de parte, siendo la imputación una comunicación, una información, es una decisión propia de esos funcionarios judiciales, citando como apoyo de su afirmación reciente providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Reseña que la alta corporación señala que siendo esta una solicitud de ese carácter tan inconducente debía ser rechazada de plano mediante una orden.

Dice que la única posibilidad que existía era en el momento que el Juez acepta la acusación y allí sí se podía efectuar reparo a ella, pero ese momento procesal ya precluyó.

Añade que frente a las manifestaciones de si la Fiscalía General de la Nación puede o no modificar los hechos jurídicamente relevantes, el

Despacho considera que la congruencia entre la imputación y la acusación es del orden fáctico lo cual implica que la calificación jurídica de los hechos puede variar entre ambas audiencias.

Aclara que si bien es cierto que la imputación fáctica debe permanecer incólume, sí puede la Fiscalía adicionar o aclarar circunstancias y por ello, al introducir en la acusación el verbo ocultar no está modificando el núcleo fáctico y los hechos jurídicamente relevantes tiene que ver con la conducta descrita en el tiempo y no con la relación que se hace de la investigación adelantada.

Atendiendo, dice, a las razones expuestas, niega la nulidad propuesta por la defensa.

DEL RECURSO INTERPUESTO

Ante ello, el defensor interpuso y sustentó el recurso de apelación previo resumen de los argumentos expuestos por la Jueza, dijo lo siguiente:

Dijo que desconoció la Jueza con su providencia unas de las providencias basilares sobre nulidades, el auto 34.022 de 08.06.2011 MP Socha Salamanca, pues allí se decretó la nulidad en sede de casación, existiendo línea jurisprudencial sobre el tema, siendo ella la prueba de que sí se puede anular la actuación a partir de la imputación.

Afirma que si él, como defensor, advierte la irregularidad, es su deber ponerlo de presente y no

se convalida porque los defensores que lo antecedieron lo pasaron por alto.

Respecto a la sentencia C-025 de 2010, citada por el delegado de la Fiscalía General de la Nación, dijo que el principio de congruencia se entenderá a partir de la audiencia de formulación imputación y de esta con la acusación, cuestionándose el por qué se lesiona el principio de legalidad y el bloque de constitucionalidad.

Insiste en que no se pueden adicionar hechos nuevos en la acusación, pues así lo ha dicho la Corte Constitucional en defensa del orden jurídico y si hay hechos nuevos pues debe haber otras investigaciones, pudiendo variarse el *nomen iuris* siempre que no sea pernicioso para la defensa.

Reitera que hubo una modificación de unos hechos que deben permanecer incólumes y todas las sentencias citadas por el delegado de la Fiscalía palidecen ante el bloque de constitucionalidad.

Refiere que es en la narración de los hechos jurídicamente relevantes donde subyace el problema en este evento y la adición, aclaración o corrección de los mismos está sujeta a petición de parte.

El reparo concreto de la defensa es que la solicitud pedida no fue despachada por la Jueza en su decisión pues se le dijo sobre esa disparidad que existe entre

la imputación y el acto complejo de acusación y la misma no fue resuelta.

Adiciona su argumento diciendo que conforme a lo expuesto por el delegado fiscal, los hechos jurídicamente relevantes se contraen a que fue incautado un dinero cuya procedencia no se ha demostrado, lo cual, dice, es verdad parcialmente si no se tuviera en cuenta que ya se entregó copiosa información contable en la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento.

Plantea entonces si el hecho de tener una cantidad de dinero en efectivo y transportarlo es un delito, dando una respuesta negativa y dice que eso no quedó en la imputación, insistiendo en que los hechos por los cuales intervino el estado no pueden ser modificados y así sucedió en este proceso y esa actuación no puede ser convalidada, dado que crea inseguridad jurídica y lastima la judicatura.

Pide entonces a la Sala que esa decisión de la Jueza, que califica de escaso análisis, la revoque y se decrete la nulidad de la actuación.

Como no apelante, el delegado de la Fiscalía General de la Nación, pidió a la segunda instancia ratificar la providencia apelada que fue acertada, ratificando lo que ha sido una postura de la Corte Suprema de Justicia, como intérprete interesado, según la cual, la imputación y la acusación es un acto de parte y por ende no tiene control material ni siquiera por parte del funcionario judicial, por la

forma en que se articulan las competencias en la constitución y la ley, teniendo la Fiscalía General de la Nación la competencia para delimitar el derrotero de la acusación.

Reseña que en el caso presente, por lavado de activos, lo que la Fiscalía espera de los ciudadanos acusados es que den cuenta de la procedencia de los dineros incautados y esos documentos aportados en la petición de revocatoria de la medida de aseguramiento deberán ser analizados en el juicio.

Insiste en que el criterio de que los hechos jurídicamente relevantes son inmodificables ha sido matizado, citando para el efecto providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pudiendo la delegación fiscal adicionar o corregir los mismos, atendiendo que aquellos deben ser expuestos en forma circunstanciada.

No avizora ninguna afectación a las garantías procesales y por ello pide que se confirme la decisión apelada.

Se concedió por la Jueza de primera instancia, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación.

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

Somos competentes, conforme al artículo 33, primer numeral, de la Ley 906 de 2.004, para

conocer de la presente apelación habida cuenta que la primera instancia fue agotada por la Jueza Tercera Penal del Circuito Especializada de Medellín (Antioquia), adscrito a este distrito judicial.

Es límite de nuestra intervención, de acuerdo con las técnicas del recurso de apelación, los temas propuestos por el impugnante.

Aseveró el ahora impugnante, al elevar su petición a la A quo, que advertía una afectación de garantías fundamentales y debido proceso durante el trámite por cuanto, en su criterio, en la acusación –*como acto complejo*– se adicionaron nuevos hechos que no fueron deducidos en la imputación, haciendo énfasis que con tal proceder la Fiscalía afectó estos derechos fundamentales de los acusados y de contera se lesionó el principio de congruencia.

Su larga intervención la adobó con una buena serie de citas jurisprudenciales con las cuales procuró afianzar su posición no solo sobre la existencia de una irregularidad de carácter sustancial sino que el único remedio para corregir tal situación era la declaratoria de nulidad a partir de la formulación de imputación, recorriendo uno a uno los principios que orientan las nulidades.

El delegado de la Fiscalía, de su lado, hizo énfasis en que la acusación es un acto de parte que no tiene control material y que la narración de los hechos jurídicamente relevantes efectuados en la audiencia

preliminar de imputación, pueden ser matizados al momento de formular la acusación.

La Jueza de Primera Instancia, por su parte, esbozó varios argumentos para no acceder a la petición, entre ellos que la imputación es un acto de comunicación y no tiene control material; que la acusación sí puede ser objeto de control pero el momento para hacerlo precluyó y que la narración de los hechos jurídicamente relevantes puede ser adicionada, aclarada o modificada por el acusador, mientras que la calificación jurídica es provisional.

Lo primero y más importante que debe advertir la Sala es que ha insistido el defensor en una petición de nulidad de un acto de parte, desconociendo la abundante jurisprudencia que sobre el tema ha desarrollado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el punto.

Entonces, como ya lo hemos dicho en pasadas oportunidades, debe recordarse al defensor, que al Fiscal podrá adicionar, aclarar o corregir el escrito de acusación cuando éste no cumpla los requisitos que establece el artículo 337 de la Ley 906 de 2004; pero de ninguna manera, puede obligársele a que adecúe su imputación en los términos que considere la defensa deben darse, pues, es la Fiscalía la encargada del ejercicio de la acción penal y en todo caso, deberá asumir las consecuencias de su actuación; incluso al juez le está vedado influenciar en tal sentido y debe circunscribirse a su control formal.

Aunado a estas consideraciones, que son de orden ilustrativo, existen otros argumentos que conllevan a la Sala a rechazar el recurso.

En tal sentido, debe decirse que en materia de nulidades, si bien la ley 906 de 2004 no consagra los principios que las orientan, ello no supone que quien propende por su declaratoria esté al margen de desarrollar una fuerte carga argumentativa de cara a sacar adelante tal pretensión, mostrando entonces que en el caso en concreto se cumplen aquellos.

Ahora bien, además de estas exigencias referentes a la petición, que debe superar tales filtros si se espera que se acceda a la anulación de la actuación que se reputa violatoria de garantías fundamentales, debe repararse en lo que se pretende por parte del peticionario y de si se tiene o no la posibilidad de ejercerse control judicial sobre la actividad cuya anulación se busca.

Mírese, en este punto, y ello es lo esencial del análisis, que busca con su actividad el defensor, que la judicatura decrete la nulidad de una actuación de parte; la formulación de imputación, como lo tiene claramente definido la ley, es un acto de comunicación que le efectúa el órgano de persecución judicial al hasta ese momento indiciado y por ende, en principio, no puede ser objeto de control judicial; igual afirmación puede hacerse respecto de la acusación.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 24.08.2016, AP 5516-2016, RADICACIÓN 48.573, M.P. MALO FERNÁNDEZ dijo:

“Esa petición de nulidad del proceso se advertía manifiestamente inconducente al dirigirse contra un acto procesal de parte, como lo es la acusación, siendo que esa medida extrema sólo procede frente a las actuaciones de los funcionarios judiciales. En efecto, para los primeros, al constituir meras postulaciones, la ley procesal establece sanciones como la inadmisibilidad¹⁰, el rechazo¹¹ o la exclusión que, por regla general, no inciden en la validez del proceso¹². Mientras que, los actos procesales del juez, al ser vinculantes y decidir asuntos con fuerza de ejecutoria material, sí tienen la potencialidad de lesionar garantías fundamentales, entre ellas el derecho a la defensa y el debido proceso, por lo que la irregularidad de los mismos debe repararse con la anulación, claro está, si ello no fue posible con otros remedios como la corrección de los actos irregulares¹³ o la revocatoria de las providencias en sede de impugnación.

La condición de «parte» en el proceso de la Fiscalía General de la Nación es consecuencia natural de las reformas introducidas por el Acto Legislativo No 03 del 19 de diciembre de 2002 y desarrolladas por la Ley 906 de 2004, cuyo objetivo fue el de acentuar la adopción de un sistema de enjuiciamiento penal de naturaleza acusatoria¹⁴. Los efectos de esa modificación en la función de la fiscalía, entre otros, fueron: (i) se le despojó de la mayoría de facultades jurisdiccionales de injerencia en los derechos fundamentales¹⁵ y de disponibilidad de la acción penal, frente a las cuales ahora tiene sólo un poder de postulación¹⁶; (ii) aunque la acusación sigue siendo presupuesto del juicio y, por ende, de la competencia del juez de conocimiento, la naturaleza de ese acto varió: de decisión judicial¹⁷ pasó a ser una pretensión¹⁸; y, (iii) se delimitó su rol al de investigador y acusador, pues un juez imparcial conoce del juicio y decide, y otro controla el respeto de las garantías.

¹⁰ Se inadmiten, por ejemplo, el desistimiento de la querrela cuando no es voluntario, libre e informado (art. 76 C.P.P./2004) y el medio de prueba impertinente, inconducente o inútil (art. 359 C.P.P./2004).

¹¹ El rechazo es la sanción a la falta de descubrimiento de los elementos probatorios y evidencia física (art. 346 C.P.P./2004) y a los actos manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos (art. 139 C.P.P./2004).

¹² La sanción a la prueba ilícita e ilegal es la exclusión (arts. 23 y 359 del C.P.P./2004), más cuando se configura la primera hipótesis y la causa de la ilicitud es la obtención del medio de conocimiento mediante tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial, se produce la nulidad total del proceso, tal y como se dispuso en la sentencia C-591 de 2005.

¹³ “El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes”. (art. 10, último inciso, C.P.P./2004).

¹⁴ Artículo 4, inciso 3º: “Con el fin de conseguir la transición hacia el **sistema acusatorio** previsto en el presente Acto Legislativo, ...”.

¹⁵ La fiscalía conservó funciones judiciales como son: la captura excepcional, los registros, los allanamientos e interceptación de comunicaciones (Art. 250, num. 1, inc. 3º, y 2).

¹⁶ Art. 250 de la Constitución Política: “(...) En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1. **Solicitar** al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. (...) 4. **Presentar** escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediatez de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías. 5. **Solicitar** ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar. 6. **Solicitar** ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito. (...)”

¹⁷ En el Código de Procedimiento Penal de 2000, la acusación era una providencia judicial, tal y como expresamente lo disponía, entre otros, el artículo 397: “El Fiscal General de la Nación o su delegado dictarán **resolución** de acusación cuando...”.

¹⁸ Art. 336 C.P.P./2004: “El fiscal presentará el **escrito** de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando...”.

Y más adelante agregó:

Ahora bien, los cuestionamientos a la formulación de la imputación, a pesar de que éste sí es un acto procesal cumplido, resultan también abiertamente inconducentes por dos razones: (i) porque se dirigió a aspectos que son incontrovertibles con anterioridad al juicio oral por estar adscritos a la potestad de la parte acusadora, como es la conformación de los fundamentos jurídicos que respaldan la atribución de los delitos de prevaricato, y (ii) porque se fundan en la ausencia de un control material que está vedado al juez de control de garantías en la imputación¹⁹ -y al de conocimiento en la acusación-, como aquél que versaría, por ejemplo, sobre la corrección de la calificación típica de los hechos; pues ello supondría una inadmisibles intromisión en el rol del titular de la acción penal y una lesión grave al principio de imparcialidad.

Frente a actuaciones ostensiblemente infundadas e inconducentes como la realizada por el defensor, los jueces tienen la obligación, no la facultad, como lo prevé el artículo 139 «Deberes específicos de los jueces», de rechazarlos de plano y ésta decisión constituye una orden porque tiende a evitar el entorpecimiento de la actuación (art. 161-3 C.P.P./2004) que, como tal, no admite recursos. Es más, en el presente caso el Tribunal debió rechazar la solicitud de nulidad desde el mismo inicio de su sustentación porque desde ese momento el defensor fue explícito en citar el numeral 41 del escrito de acusación, en el que la fiscalía relacionó varias normas jurídicas como infringidas por ..., como el soporte y, a la vez, el objeto de sus múltiples cuestionamientos. “

Obsérvese que la Corporación de cierre no duda en calificar, en ese proceso, la actuación del defensor como abiertamente improcedente y ese mismo calificativo puede ser aquí aplicado, no entiende la Sala por qué el defensor insiste en una petición de nulidad de una actuación exclusiva de las competencias de los delegados de la Fiscalía General de la Nación, hallando en aquella afectación a garantías fundamentales y debido proceso cuando es justamente materia de discusión en juicio oral, entre otros temas, si la conducta que se atribuye a los acusados en este caso en particular, es típica y antijurídica.

Adelanta la defensa, es lo que apreciamos, el debate cuyo escenario idóneo es el juicio oral

¹⁹ En auto AP299-2016 del 27 de enero, se afirmó que: “El juez de garantías, se ha dicho en múltiples ocasiones, no es un convidado de piedra en la audiencia de formulación de imputación, a pesar de que es éste un acto de comunicación que le ha sido deferido por el legislador al fiscal, pues, sin que ello implique afectar el principio de imparcialidad, **el juez puede verificar que se cumplan los formalismos de ley y que no se menoscaben las garantías fundamentales de las partes e intervinientes**”.

y pretende que en la audiencia preparatoria se emitan conceptos, por vía de nulidad, sobre la aptitud y eficacia de un acto de parte como lo es la acusación.

En esta ocasión, además de discutirse la corrección o incorrección de la narración de los hechos jurídicamente relevantes, se está cuestionando la actuación de una de las partes –en este evento la Fiscalía General de la Nación- que, se insiste, no tiene control material por parte del Juez de Conocimiento.

Desde luego, una somera mirada al escrito de acusación basta para evidenciar la deficiente técnica con la cual fue elaborado; sin dificultad se advierte que realiza una mezcla entre hechos jurídicamente relevantes y actos de investigación, al punto que durante la formulación oral de la misma se suprimieron varios apartes de ese relato.

Pero no por ello, con las críticas que podrían hacerse al respecto, se abre entonces un espacio de cuestionamiento por vía de recursos, como si por tales inconsistencias, lo que es una actuación de una de las partes se convierte en una especie de decisión judicial que permite su uso.

En la misma providencia que viene de citarse, la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia concluye que era absolutamente improcedente la petición y por ende no debió solucionarse mediante auto y menos concederse el recurso de apelación. Así lo expresó:

Conforme a lo anterior, aunque el Tribunal dio trámite a la solicitud de nulidad formulada por el defensor y la resolvió con la forma de un auto respecto del cual procedería el recurso de apelación, conforme lo establece el artículo 177, numeral 3, del C.P.P./2004, el cual efectivamente se ejerció; lo cierto es que la absoluta improcedencia y falta de fundamento de la petición no muta la naturaleza de la única consecuencia jurídica válida que, como ya se anunció, es una orden de rechazo de plano contra la que, obviamente, no procede recurso alguno.

En consecuencia, como quiera que, en el presente evento, se promovió un recurso de apelación contra una decisión respecto de la cual el mismo no es procedente; la Corte carece de competencia para pronunciarse sobre el fondo de los argumentos de sustentación planteados por el recurrente, por lo que se abstendrá de resolver previniendo al Tribunal para que continúe la audiencia de formulación de acusación evitando dilaciones injustificadas y aplicando los poderes de dirección y de corrección que le incumben.”

En igual sentido es nuestra conclusión; no se puede pretender, invocando una supuesta afectación al derecho de defensa o al debido proceso, provocar el pronunciamiento de un Juez frente a un acto de parte que, por regla general, no tiene control judicial, si el delegado fiscal decidió precisar en el escrito de acusación y en la formulación oral de la misma, circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales se desarrolló la conducta que se enrostra a los acusados y que, sea por lo que fuere, dejó de mencionar en la imputación, bien podía hacerlo. No es cierto que tal actuación sólo se dé a petición de parte.

El delegado de la Fiscalía General de la Nación en sus manifestaciones frente a la petición de nulidad afirmó que los hechos jurídicamente relevantes, en este evento, se contraían al hallazgo de una fuerte suma de dinero oculta en un vehículo en el cual se transportaban los acusados y la falta de demostración de la procedencia lícita del mismo.

Si ello se adecua o no a la descripción típica será materia de discusión en el juicio oral,

no puede pretenderse que por vía de una nulidad manifiestamente inexistente se eche por la borda lo hasta ahora actuado.

Si los defensores consideran que la conducta desplegada por sus asistidos es atípica pues, justamente pueden dar el debate en el escenario propicio para ello, el juicio oral, y no pretender que la actuación se retrotraiga hasta una nueva imputación como si la ya efectuada y la acusación, actos de parte, pudieran ser objeto de control material por parte del Juez.

La jueza conocía de la posición de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia respecto a la no procedencia de esta clase de peticiones, empero optó, seguramente para ahondar en garantías, por permitir que los defensores cuestionaran, por vía de nulidad, ese acto que es del resorte exclusivo de la Fiscalía General de la Nación.

Como acotación final, se insiste por la Sala que actuaciones como las desplegadas por el defensor en este evento, pueden y deben ser corregidas enfáticamente por el juez de conocimiento; ya que para ello cuenta con las herramientas que la ley 906 le otorga, en particular en el artículo 139-1 de ese ordenamiento; además, la oralidad permite que en el escenario de cada audiencia, el juez como director del proceso, procure que situaciones como las aquí analizadas no se presenten.

Así las cosas, el camino a seguir no es otro que rechazar el recurso de apelación interpuesto y sustentado por el defensor de JON RUTSEL PINZÓN TORRES.

**ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO
DR. MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS**

Si bien comparto con la mayoría de la Sala que la pretensión anulatoria del proceso es notoriamente impertinente en cuanto a lo oportuno en que se hace y manifiestamente improcedente en su fondo, que debió originar su rechazo de plano, acorde a lo dispuesto en el artículo 139 - 1 de la ley 906 de 2004, juzgó que era debido distinguir en la providencia que además de los cuestionamientos a los actos intrínsecamente de parte, los que por su propia naturaleza escapan al control judicial, el aspecto de la congruencia entre imputación y acusación sí goza de control judicial, naturalmente que limitado a verificar que aquella actuación se constituye en (i) una fase antecedente previa, racionalmente inteligible, para activar el derecho de defensa desde la etapa de investigación que como garantía constitucional, pese al cambio de sistema de juzgamiento, conservó el artículo 29 de la Constitución Política y (ii) que se trate de los mismos hechos; por lo cual es evidente que salvo la identidad del núcleo fáctico del suceso las especificaciones y circunstancias de los sucesos, como lo advirtió la juez, de modo ostensible no son discutibles por la defensa, para cuestionar la congruencia.

Como quiera que la defensa discute las matizaciones del hecho y no su identidad, su solicitud de nulidad, también por este aspecto, es decir, por manifiestamente improcedente, debía haber sido objeto de rechazo y no de decisión de fondo que ameritara agotar una segunda instancia, con desmedro del principio de concentración y celeridad del juicio.

Hasta aquí la aclaración de voto del Magistrado Dr. Miguel Humberto Jaime Contreras.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión penal del Tribunal Superior de Medellín, en uso de las facultades que le confiere la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el defensor de JON RUTSEL PINZÓN TORRES, en contra de la providencia dictada por la Jueza Tercera Penal del Circuito Especializada de Medellín (Ant.) el veintiocho de enero de dos mil dieciocho en la audiencia preparatoria.

SEGUNDO: En contra de esta decisión procede el recurso de reposición.

TERCERO: Partes e intervinientes quedan notificados en estrado judicial.

CÚMPLASE

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ
Magistrado

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
Magistrado

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
Magistrado
(Con Aclaración de Voto)