

República De Colombia



*Tribunal Superior de Medellín
Sala Penal*

INTERLOCUTORIO Nro. 063-2019

Radicado: 110016000002018-00631

**PROCESADO: FABIÁN DARÍO LLANO MONSALVE
DELITOS: CONCIERTO PARA DELINQUIR Y OTROS
DECISIÓN: CONFIRMA NEGATIVA DE NULIDAD
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**

(Aprobado mediante Acta No. 054)

(Sesión del dieciocho (18) septiembre de dos mil diecinueve (2019))

Medellín, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

Hora: 08:30 a.m. (lectura auto).

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor del acusado FABIÁN DARÍO LLANO MONSALVE quien, en la audiencia de acusación del pasado 1º de agosto, solicitó se decretara la nulidad de lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación, por vulneración al principio de legalidad, debido proceso y principio *non bis in ídem*, petición despachada desfavorablemente por el Juez Décimo Penal del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

HECHOS: Se dijo en el escrito de acusación, génesis de la investigación penal que nos ocupa, que obedecen a la presunta "*existencia de una organización delictiva dedicada a la realización de actividades de extracción, exploración, transferencia y fundición de minerales preciosos (oro, plata y platino) en el Municipio de Río Quito, Chocó, Villa Conto, San Isidro, Cantor de San Pablo (Cuenta hídrica del Río Quito, sin los permisos correspondientes (título minero y licencia ambiental) dentro del área de reserva forestal de la Ley segunda de 1959, en el departamento del Chocó, realizadas desde los años 2013 al año 2017, eslabones de la cadena productiva de la minería ilícita donde se pudieron establecer los siguientes aspectos:...".*



En la intervención de la empresa denominada C.I. MEPRECOL S.A., representada legalmente por el señor FABIÁN LLANOS MONSALVE, en los hechos investigados, según la Fiscalía, se presentaron falencias en los reportes de transacciones en efectivo producto de la venta de los minerales con relación a la obligación emanada de la resolución No. 363 de 2008 de la UIAF, reportándose cifras distintas de acuerdo a lo plasmado en los reportes financieros allegados por los investigadores del caso que cursa en la Fiscalía de Lavado de Activos con radicado 110016096201300014, razón por la cual el señor LLANOS MONSALVE tenía el conocimiento y la pericia por su formación comercial y minera al frente de una de las compañías más sólidas en el mercado de exportaciones de minerales que le imponían la obligación de aplicar al interior de su empresa mecanismos de control efectivo en cuanto a sus proveedores directos y así mismo comunicar a la Agencia Nacional de Minería las irregularidades e inconsistencias que se presentaban con la intermediaria METALPAC S.A.S. y el explotador minero COMISANJUAN y aun, siendo consciente de ello, prefirió actuar contrario a derecho, manteniendo su relación comercial con estas personas naturales y jurídicas en lo corrido de los años 2016-2017, sin suspender las compras de minerales ni disolver las sociedades comerciales que con estos mantenía; siendo su rol y aporte a la organización delictiva relevante, pues es esta persona quien como representante legal cierra el proceso de extracción y comercio ilícito de minerales a través de la exportadora C.I. MEPRECOL que regenta, toda vez que solo él, mediante esta persona jurídica, le era posible validar y lograr legalizar ante la Agencia Nacional de Minería toda la información comercial y financiera entregadas por las bases y cabezas de la organización (explotadores mineros y proveedores), vinculados a los procesos por delitos ambientales y conexos dentro de los radicados: 110016099034201200083, 110016000000201800628 y 110016000000201800815 que se adelanta ante la Justicia Penal Especializada y de Conocimiento de Quibdó, Chocó.

ACTUACIÓN PROCESAL: El 19 de enero de 2018, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín se formuló imputación al señor FABIÁN DARÍO LLANOS MONSALVE por las conductas punibles de *concierto para delinquir (Art. 340 C.P), destino de los recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos en calidad*

RADICADO:	2018-00631
PROCESADO:	FABIÁN DARÍO LLANO MONSALVE
DELITOS:	CONCIERTO PARA DELINQUIR Y OTROS
DECISIÓN:	CONFIRMA NEGATIVA DE NULIDAD
M. PONENTE:	HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



de coautor (Art 403 inc. 2º C.P), fraude procesal en modalidad dolosa y en calidad de coautor (Art. 453 C.P) y omisión de reportes sobre transacciones en efectivo en calidad de autor (Art. 325A C.P), cargos que no fueron aceptados por el imputado¹, en esa oportunidad la Fiscalía declinó de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

Posteriormente, el 21 de mayo de 2018, la Fiscalía presentó solicitud de preclusión cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado 22 Penal del Circuito de Medellín, diligencia que fue desarrollada en tres sesiones: la primera el 18 de septiembre de 2018; la segunda el 25 de octubre de 2018; y, la tercera el 11 de febrero de 2019, en la cual finalmente la juez advirtió que según la delegada de la Fiscalía, sobre el elemento subjetivo de los delitos imputados, coexisten elementos a favor y en contra del señor LLANO MONSALVE, situación que da lugar a una falta de certeza sobre la tipicidad de la conducta; no obstante, en criterio de la Juez 22, es necesario realizar otros actos investigativos que ahonden sobre las circunstancias resaltadas o que se dé el debate probatorio en un juicio oral, decisión contra la cual la Fiscalía no interpuso recurso, quedando en firme la misma.

El 19 de febrero siguiente se radicó escrito de acusación por la Fiscalía, correspondiendo el conocimiento de la actuación al Juzgado Décimo Penal del Circuito de esta ciudad, quien el 3 de abril llevó a cabo la audiencia de acusación en la cual la defensa, antes de dar inicio a la formulación de acusación, solicitó la nulidad de lo actuado, no obstante, por decisión del despacho, se continuó con el trámite ordinario de la audiencia, para que luego de efectuada la acusación se le diera traslado a la defensa y sustentara la solicitud de nulidad, la cual fue rechazada de plano y contra la misma se interpuso el recurso de queja, razón por la cual conoció esta Sala del proceso y, mediante auto del pasado 15 de mayo, decretó la nulidad de lo actuado en esa audiencia, para que se permitiera al interesado sustentar en debida forma su solicitud de nulidad.

La audiencia de acusación nuevamente se surtió el pasado 10 de julio, fecha en la cual la defensa deprecia la nulidad de lo actuado en el proceso, por vulneración a

¹ Ver folio 6 del expediente.



garantías fundamentales, lo cual fue rechazado por el Juez Décimo Penal del Circuito de Medellín, concediendo la apelación que fue sustentada el día 1º del presente mes, siendo esta la razón por la cual conoce la Sala de la alzada.

SOLICITUD DE NULIDAD

La defensa depreca la nulidad de lo actuado desde la imputación, por vulneración del principio de legalidad, al debido proceso y el principio *non bis in ídem* bajo los siguientes argumentos:

A su representado le imputaron, para el mes de enero del año 2018, el delito de concierto para delinquir simple, en concurso con los delitos de destinación de los recursos del tesoro para estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos, igualmente omisión de reportes sobre transacciones de dinero en efectivo y el delito de fraude procesal; siendo estos los mismos hechos por los cuales actualmente cursa en el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, el proceso radicado Nro. 2018-00531, en el cual se acusa a su defendido por los delitos de lavado de activos agravado, enriquecimiento ilícito agravado y concierto para delinquir agravado. Señala que el principio *non bis in ídem* se define como un principio general del derecho que, basado en los principios de proporcionalidad y respeto a la cosa juzgada, prohíbe la aplicación de una o más sanciones o el desarrollo de dos o más procesos o procedimientos, cuando se dé una identidad de sujetos y fundamentos, lo cual sucede en el proceso que nos ocupa, por lo cual solicita la aplicación del correctivo penal. Aclara que este proceso deviene de la ruptura del proceso matriz radicado con el Nro. 02012-00083.

En punto al delito de concierto para delinquir, advierte que, en cuanto a los hechos jurídicamente relevantes que sirvieron de soporte para la imputación del señor LLANO MONSALVE, son los mismos del proceso que ya terminó, pues en ambos hacen referencia a que su prohijado, como representante legal de C.I. MEPRECOL S.A., se concertó con otras personas para la comisión de diferentes delitos atentatorios contra los bienes jurídicos del orden social.

RADICADO:	2018-00631
PROCESADO:	FABIÁN DARÍO LLANO MONSALVE
DELITOS:	CONCIERTO PARA DELINQUIR Y OTROS
DECISIÓN:	CONFIRMA NEGATIVA DE NULIDAD
M. PONENTE:	HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



En ambos procesos las circunstancias temporales espaciales son las mismas, las personas con las que supuestamente se concertó para la comisión de los diferentes delitos son iguales, es decir que existe identidad de sujeto y de fundamento para la imputación y posterior acusación. La Fiscal en la audiencia del 3 de abril pasado aceptó que entre los procesos existe la relación material, incluso el Despacho en esa misma audiencia admitió que tenían similitud y debían conexasarse de manera oficiosa.

El concertar que se da en el concierto para delinquir es precisamente para cometer delitos con permanencia en el tiempo, no para uno solo; sin embargo, se le endilga a su prohijado en otro proceso este mismo punible, razón por la cual no se le podrán imputar dos veces el delito de concierto para delinquir como lastimosamente ocurrió en este caso.

En la acusación que se dio trasladado en el proceso con el radicado 2018-00531, la Fiscal como hechos jurídicamente relevantes en cuanto a la tipificación de concierto para delinquir precisó: *"teniendo en cuenta que la CI están obligadas comercialmente a conocer el origen de los recursos mineros que comercializan y exportan conforme a la fundamentación del decreto 0380 de 2012, deben mantener por parte de esta una relación transparente con sus proveedores, la empresa CI MEPRECOL, por medio de sus representante legal el señor Fabián tenía conocimiento y experiencia en el sector minero y comercial al igual que sus socios, propietarios de METALPA, como son la señora Gladys Aguirre, el señor Luis Eduardo Restrepo y Estefanía Restrepo, eran accionistas y dueños no solo de la intermediaria que realizaba la maniobra fraudulenta sino que también de la empresa que compraba el oro de procedencia ilícita y lo exportaba cuya estrategia comercial y financiera era precisamente que el Estado no detectara la génesis de los minerales exportados"*.

En ese mismo escrito se establece en la página 5 que: *"el señor Fabián Llanos tenía el conocimiento y la pericia por su formación comercial y minera al frente de una de las compañías más sólidas en el mercado de exportación de minerales que le imponían la obligación de poner al interior de su empresa, mecanismos de control efectivo en cuanto a sus proveedores directos y comunicar a la agencia comercial minera las irregularidades e inconsistencias que se presentaban con la intermediaria"*



METALPAC S.A. y el explotador minero COMISANJUAN, por lo cual siendo su rol de aporte a la organización relevante como quiera que el solo y exclusivamente mediante esta persona jurídica CI MEPRECOL, era posible validar en la Agencia Nacional Minera toda la información financiera entregada por las cabezas de la organización (explotadores minero y proveedores), cumpliéndose con las exigencias en cuanto al concierto para delinquir”.

En el escrito de acusación del radicado 2018-00531 y frente al delito de lavado de activos, la Fiscal establece los roles y participaciones de la junta directiva, indicando que *“En ese orden de ideas los señores Fabián Llano Monsalve representante legal de la comercializadora MEPRECOL y PROMINERAL, Luis Eduardo Restrepo y Elizabeth Restrepo Aguirre miembros de la junta directiva y quien da instrucciones en el manejo de las cuentas bancarias Milton Alexis Toro Restrepo, miembro de la junta directiva transportador de dinero y minerales de origen ilícito, todos en general estarían en cada uno de sus roles contribuyendo a la materialización de una operación de lavado de activos”*, lo cual vulnera el principio del *non bis in ídem*, pues es de la génesis del delito de omisión de reportes sobre transacciones de dinero en efectivo, por cuanto implica el ocultamiento o encubrimiento del origen de los bienes.

La omisión de reportes está incluido dentro del capítulo de lavado de activos y existe identidad de sujeto, objeto y de fundamentación

No se está ante un concurso heterogéneo de delitos sino a un concurso aparente de tipos penales, pues el de mayor jerarquía, lavado de activos, subsume el de menor identidad que es el de omisión de reportes señalado en el art 325 del C.P.

Uno de los presupuestos fácticos que motivaron a la Fiscalía a acusar por el delito de lavado de activos es la supuesta omisión a los reportes de la OIA, la cual, razona, deviene de la inconsistencia entre el reporte dado por la DIAN y el dado por la OIA, es decir que es lo mismo.

Ahora, frente al delito previsto en el artículo 403 del Código Penal, esto es destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y



comerciantes de metales preciosos, por el cual también la Fiscalía acusa a su representado y que está relacionado con todo el tema de la regalías y su liquidación; en una audiencia anterior de preclusión que se llevó a cabo el 16 de mayo del 2018, por atipicidad de la conducta, reportó el porcentaje de liquidación, de acuerdo a la información que recibía de proveedores como METALPAC y COMISANJUAN, por lo cual es paradójico que el ente investigador acuse por ese punible.

Las anteriores fueron las razones para solicitar se decrete la nulidad de lo actuado desde la imputación, inclusive, con la finalidad de salvaguardar el debido proceso y el derecho fundamental de contradicción, así como el principio de *non bis in ídem*.

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* considera que la formulación de la imputación y de la acusación son actos de parte, los cuales no admiten recursos, en principio tampoco nulidades; la facultad de tipificación está consagrada constitucional y avalada jurisprudencialmente en favor de la Fiscalía, por lo cual no deberían hacerse valoraciones al respecto en estas audiencias.

Para el caso se tiene que lo pretendido por la defensa es hacer una contravaloración de la adecuación típica que hiciera la Fiscalía, buscando evidenciar que se está violando el derecho fundamental al debido proceso, dentro de este el principio de *non bis in ídem*, lo cual eventualmente podría propiciar este tipo de análisis; sin embargo, al entrar a determinar si esa parte logra demostrar la causal de nulidad invocada, la cual es originada por la Fiscalía cuando extrañamente no hizo la conexidad procesal, rompiendo la unidad procesal y acusando ante un juez por unos delitos y ante uno diferente por otros; por eso mismo, en pretérita oportunidad, se pretendió conexas de manera oficiosa.

En su criterio, la conexidad es evidente, al margen de que exista o no un concurso aparente de delitos o que cada una de esas conductas estén estructurados jurídico-probatoriamente, lo cual es otro evento, pero hasta este momento procesal, como mínimo, se estructura la causal 3ª del artículo 51 del C.P.P.; en todo caso, frente a



los delitos por los cuales se está investigando a FABIAN DARIO LLANOS MONSALVE en el Juzgado Tercero Penal Especializado de Medellín, definitivamente tienen conexidad con esta investigación, incluso podría darse la causal 2ª *ibíd.*

Insiste en la conexidad, independiente que se logre demostrar la autonomía de cada uno de esos delitos, lo cual es otro asunto, pero en estos momentos procesales es la solución viable, pues adelantar estos procesos por cuerda separada implica que podría generarse el riesgo que se condene en ambas procesos por el mismo delito y el mismo escenario fáctico, por más que hayan algunas diferencias de sujetos o de tiempos y lugares; en esencia se estructuran los mismos elementos objetivos y subjetivos de los tipos.

Considera que la Fiscalía no puede ir dando esas rupturas de líneas procesales y de conexidad así de manera tan vaga, debiéndose invocar la conexidad en ese proceso donde se está adelantando la otra actuación con el fin de evitar violaciones a estos principios que son tan caros y que pueden incluso generar posteriores nulidades de las actuaciones.

Al tenor del párrafo de artículo 53 del C.P.P., los delitos conexos los conoce el juez de mayor jerarquía, mientras el artículo 456 *ibídem* establece como causal de nulidad la incompetencia por razón del fuero o que esa actuación sea del juez especializado, de allí la trascendencia de la conexidad y de la actuación del debido proceso.

Como se imputó y acusó de manera separada, se generó una ruptura de la unidad procesal sin fundamento alguno, con el riesgo que se genere una posible afectación por diversas sentencias sobre los mismos hechos; es allí donde se pregunta si no obstante la acusación ser un acto de comunicación, para prever ese tipo de situaciones, sería del caso darle paso a la nulidad, que en este evento afectaría el escrito de acusación y la formulación de imputación, lo cual sería más gravoso, razón por la cual en pretérita oportunidad aceptó que se formulara la acusación primero para que se tuviera más elementos y después de ello se pueda presentar unos argumentos más completos frente a las causales de la nulidad y así permitir que el funcionario judicial tenga mayores elementos de juicio para entrar a resolver, ya que



se está hablando no solamente de la adecuación típica, sino de una posible violación a un derecho fundamental, frente a lo cual el superior ha indicado que desde el primer momento habría que darle trámite a ello.

Atendiendo a que no podría oficiosamente declarar que no tiene competencia por el factor de conexidad y remitirlo al juez especializado, pues al tenor del artículo 51 C.P.P., ello es de competencia de la Fiscalía en la formulación de acusación y del defensor en la audiencia preparatoria, para evitar que el implicado llegare a ser condenado doblemente por un mismo delito, error que se cometió en la audiencia anterior, razón para entrar a verificar la causal de nulidad deprecada por vulneración al debido proceso al imputarse doblemente varias conductas.

Los delitos de concierto para delinquir del Juzgado Especializado y de este asunto, hacen relación a los mismos eventos, aunque la Fiscalía y el apoderado de víctimas hayan tratado de hacer una diferenciación del porqué no son iguales, lo mismo ocurre frente al punible de omisión de reportes sobre transacciones en que podría estar inmerso o ser subsumido por el punible de lavado de activos. Sin embargo, en este momento mientras no se hayan practicado los elementos de convicción, no hay suficiente información para darle razón a la Fiscalía o defensa, y así poder evitar que se cometa esa afectación a derechos fundamentales, con lo cual se advierte que no es posible decretar la nulidad, máxime cuando nada se dijo de los otros delitos como el fraude procesal y tampoco frente a la destinación de recursos del tesoro para el estímulo y beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos.

Decretar una nulidad parcial frente a una adecuación típica que hasta este momento se encuentra sustentada en debida forma, no sería procedente, pues se itera, se trata de un acto de comunicación donde no se ha evidenciado de manera clara y concreta una causal de las establecidas en los artículos 456 y 457 del CPP y en tal sentido no es procedente; será en el juicio con los alegatos de conclusión que podrá la defensa evidenciar o demostrar las aseveraciones que está haciendo en esta oportunidad.



ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa interpone recurso de apelación contra la decisión de primera instancia de no decretar la nulidad parcial de la imputación en contra de FABIÁN DARÍO LLANO MONSALVE por los delitos de concierto para delinquir simple y omisión de reporte sobre transacciones en efectivo, movilización y almacenamiento de dinero. El señor juez se limita en su decisión a señalar que la imputación es un acto de parte y en virtud de ello no se puede decretar la nulidad de la misma, señalando que se debe esperar hasta la audiencia de juicio oral para que en el debate se plantee y determine si existe un concurso aparente de tipos penales o no y allí se defina si la Fiscalía vulneró o no el principio de la doble incriminación, desconociendo lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia radicada 52507 de 7 de noviembre del 2018, donde indica que el juez tiene la obligación de velar porque la imputación se haga adecuadamente y *“de no hacerse ello genera afectación profunda de la estructura del proceso y consecuente nulidad, la labor del funcionario judicial no puede dirigirse pasiva al amparo de una mal entendida imparcialidad”*.

Acorde a lo anterior, olvida el *a quo* que, aunque la imputación es un acto de parte, debe ser avalado por el juez, por lo tanto, procesalmente procede la nulidad de la actuación judicial.

El *a quo* observó que existían similitudes entre ambos procesos en punto a los presupuestos fácticos en los escritos de acusación respecto del delito de concierto para delinquir y omisión de reportes, si esto no hubiera sido así, no tendría sentido que hubiera llamado la atención a la Fiscalía indicándole que no entendía el porqué está llevando dos procesos diferentes de manera olímpica, cuando los hechos que presuntamente materializan los delitos del uno y otro son similares.

No entiende cómo es posible que el *a quo* pretenda esperar hasta la audiencia de juicio oral o hasta que se realice la conexidad de ambos procesos para que se decrete la nulidad por vulneración de *non bis in ídem*, si con la sola lectura de los escritos de acusación se observa la identidad de personas, objeto y causa, obligando entonces a un desgaste mayor de la judicatura.



Es clara la vulneración al principio *non bis in ídem* en cuanto se dan vulneraciones a garantías fundamentales, de manera que, como mínimo, el *a quo* debió pronunciarse sobre la causal invocada que fue violación al debido proceso, pero no lo hizo, arguyendo que no podría pronunciarse sobre la causal porque el defensor no precisó el artículo del Código de Procedimiento Penal, lo cual no es cierto.

No es cierto que para el caso el delito para concierto delinquir se diferencia del otro proceso porque en este LLANO MONSALVE se concertó con diferentes personas para incurrir en el punible que afecta el medio ambiente, pues no se le imputó ningún delito atentatorio de ese bien jurídico, esto porque no existen elementos materiales probatorios ni evidencia física que lo sustente, lo que está haciendo el acusador es llevar a error al Juez, tanto es así que la Fiscalía había solicitado preclusión por el delito de omisión de reportes (art. 325A C.P.), sobre el cual quería que se conexara con el lavado de activos que se está adelantando en el Juzgado Tercero Especializado.

El punible de concierto para delinquir tiene los mismos fundamentos fácticos, con unidad de tiempo, tanto en este proceso como en el que se surte ante el Juzgado Tercero Especializado, pues en ambos se hace referencia a que su prohijado, como representante legal de las empresas C.I. MEPRECOL S.A. y PROMINERAL S.A., se concertó con otras personas para la comisión de diferentes delitos atentatorios contra los bienes jurídicos del orden económico y social de la administración pública.

En ambos procesos las circunstancias tempo-espaciales son las mismas, al igual que las personas con las que supuestamente se concertó para la comisión de los diferentes delitos, es decir, existe identidad de sujeto; lo mismo sucede en punto al fundamento de la imputación y posterior acusación, pues así lo reconocen la Fiscal y la Juez de manera oficiosa, al indicar que los dos procesos tienen similitudes, considerando esta última que deben conexar para que se sigan bajo la misma cuerda procesal.

Considera que es necesario aclarar dos asuntos fundamentales: el primero, toda la investigación del radicado 2012-00083, que es la matriz, pero de la cual la Fiscalía



concluyó en la audiencia de preclusión que no conocía las razones de la ruptura de la unidad procesal, sin embargo de ahí fue que derivaron los dos procesos con los que hoy se pretende la nulidad; lo segundo, el lavado de activos se refiere a hechos ocurridos entre los años 2008 y 2017, mientras que la que hoy nos convoca es entre los años 2013 y 2017, por lo cual, claramente, el periodo de la una está comprendido en la otra, siendo esto mayor evidencia de la doble incriminación.

A manera de ejemplo, en el escrito de acusación por el delito de lavado de activos, la Fiscalía mencionó las dragas con las que supuestamente se explotaba el mineral de manera ilícita, conocidas como “la morenita”, “la colca”, “la pelusa”, todas ellas asociadas a COLMISANJUÁN, empresa a la cual, según la imputación de la Fiscal, es la nueva teoría que soporta los hechos del concierto simple que pretende que en este momento continúe imputándosele a su representado. En ese orden de ideas, no es cierto que existan dos conciertos para delinquir.

Los escritos de acusación de los dos procesos hacen referencia a una organización criminal, que es la misma para la explotación ilícita y la exportación del mineral, sin embargo, ahora pretende la Fiscalía dividir la supuesta organización delictiva en dos.

Se imputa a su representado dos conciertos para delinquir en forma separada, como lo confunde la Fiscal en este caso, pero en ambos es por pertenecer a la Junta directiva de C.I. MEPRECOL y de PROMINERAL, con cuyos miembros se concertó, siendo los mismos de la junta directiva de METALPAC, acusados en el proceso de lavado de activos.

El Fiscal de Lavado de Activos hizo un descubrimiento adicional en ese proceso, en audiencia del 23 de julio pasado, incorporando unas pruebas obtenidas de la investigación que adelanta el Fiscal de Medio Ambiente.

En cuanto al *non bis in ídem*, vale precisar que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP 00787-2019 (51319) del 13 de marzo de 2019, con ponencia del magistrado Eider Patiño, dijo: “*el principio non bis in ídem en envuelve 3 supuestos*
1. Identidad en la persona indicando que el inculcado debe ser la misma persona”



física en los 2 procesos lo que aquí se cumple. 2. Identidad del objeto que está construida por la identidad del hecho de respecto del cual se solicita aplicación del correctivo penal y exige la correspondencia fáctica de la conducta en 2 procesos de igual naturaleza, también se cumple acá y 3. Identidad en la causa el motivo de la iniciación del proceso debe ser el mismo en ambos casos". Entonces está claro que toda la investigación nació con un solo radicado, todos los supuestos fácticos que tiene la Fiscalía en ambos casos están determinados en tiempo y en espacio con las mismas motivaciones para ambos procesos.

Por lo anterior, solicita se revoque la decisión de primera instancia y, en su lugar, se decrete la nulidad parcial de la imputación respecto de los delitos de concierto para delinquir simple y reporte sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dineros.

ARGUMENTOS DEL NO RECORRENTE

La Fiscalía, como no recurrente, solicita que se confirme la decisión de primera instancia que negó la nulidad deprecada por la defensa, con fundamento en estos argumentos:

Las nulidades están gobernadas por aspectos taxativos que deben mencionarse desde que se advierte su posible existencia, hecho que en efecto no fue traído a colación por la defensa, en su momento. Las oportunidades en el proceso penal son perentorias y no se pueden invocar cuando va a hacer uso de los recursos, como en este momento, que la recurrente lo está encuadrando en una de las causales que por incuria del mismo sujeto solicitante (defensores diferentes) no lo realizó.

En punto al tema de la conexidad procesal y que, como se asegura, estaría afectando los derechos del señor LLANOS MONSALVE; según lo prevé el legislador, puede ser solicitada, no es obligatorio que la Fiscalía lo haga, así lo menciona el mismo artículo 54 C.P.P., de igual manera opera para la defensa. No considera necesario decretar la conexidad, pues se está frente a un proceso macro, lo cual por estrategia de la Fiscalía requiere de funcionarios especializados en cada uno de los temas, por esta



razón la Unidad de Medio Ambiente adelanta la investigación que nos convoca, mientras el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado se encarga del delito de lavado de activos.

La defensa ejerció su derecho en el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado y entiende la Fiscalía que en ese momento la funcionaria especializada negó la conexidad, decisión que se encuentra en apelación ante el Tribunal Superior de Medellín, por lo cual sería prematuro venir a alegarla aquí, cuando se solicitó allá.

La Corte Suprema de Justicia en auto del 31 de octubre de 2018, proferido por el Magistrado Eyder Patiño Cabrera, frente a la conexidad procesal refirió que no es un postulado absoluto por cuanto en algunos eventos las mismas razones de orden práctico aconsejan no unificar las investigaciones así se den las tres causales que la profesional del derecho, hoy a cargo de la defensa, ilustró muy juiciosamente.

Por la especialidad, complejidad y naturaleza de este hecho, es necesario que se continúe la investigación como va, no se está buscando en ningún momento un desgaste para la administración de justicia, ni hacer más gravosa la situación de LLANO MONSALVE; por el contrario, en los dos procesos está siendo representado y se le están garantizando sus facultades, tanto así que hizo uso del recurso de apelación por parte de su defensa y el Tribunal Superior de Medellín establecerá si es necesario o no conexas con el Especializado, pero sin lugar a dudas, no es la nulidad la vía.

No encuadra la solicitud de la defensa en las causales taxativas que gobiernan la declaratoria de las nulidades, eso fue una omisión que en el momento de la sustentación de la solicitud de nulidad incurrió la defensa.

Ahora bien, en cuanto al *non bis in ídem*, la Corte Suprema de Justicia, en criterio pacífico y reiterado, reafirmó el 21 de noviembre de 2018, radicado Nro. 46996, magistrado ponente Eugenio Fernández Carlier, que no se conculca ese principio si obedece a diferentes razones teleológicas para el amparo de diversos bienes jurídicos tutelados por el legislador y, precisamente, ese supuesto es el que se



encuentra en este asunto. Se está hablando por un lado de los bienes jurídicamente tutelados del medio ambiente, por los cuales se imputó en este proceso y se convocó a juicio a LLANOS MONSALVE; y, otros muy distintos, los que se están adelantando con la Fiscal de Lavado de Activos con sede en esta ciudad, es decir otros bienes jurídicamente tutelados, otras circunstancias y razones ideológicas.

El proceder del ente acusador de no solicitar la conexidad está avalado por la Fiscalía General de la Nación, en consecuencia, solicita se confirme la decisión de primera instancia y se permita continuar con las etapas procesales subsiguientes, esto es con la formulación de la acusación que fue radicada en su momento y del cual ya conocen las partes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Tribunal es competente para conocer de las decisiones adoptadas de acuerdo con los artículos 34-1 y 177-4 de la Ley 906 de 2004.

La Sala dará respuesta al cuestionamiento de la defensa que recae en la solicitud de nulidad parcial de la actuación, desde la audiencia de formulación de imputación, seguida en contra de su representado FABÍAN DARÍO LLANO MONSALVE, pues en su sentir se vulnera el principio de *non bis in ídem*.

El acto legislativo 03 de 2002, que modificó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política de Colombia, permitió la entrada en vigencia de un nuevo modelo de investigación y juzgamiento denominado "modelo con tendencia acusatoria". Lo anterior, conforme el proceso de constitucionalización del derecho penal que tuvo génesis en la Carta de 1991 en el cual se integraron a su texto elementos del proceso penal, así como controles sobre su estructura, regulación y funcionamiento.

Entre las distintas variables que introdujo el sistema acogido en el Acto Legislativo 02 de 2003, dinámica acusatoria, se encuentra el artículo 336 de la ley 906 de 2004,



que indica que el Fiscal a quien le corresponda la causa presentará la acusación cuando pueda afirmar con “probabilidad de verdad”, que la conducta existió y que el imputado es su autor o partícipe, teniendo como base los elementos de prueba necesarios. Es así como la acusación en si misma exige el cumplimiento de ciertos requisitos normativos, netamente de forma, pero no en cuanto a su fondo, lo cual implica que el ejercicio que se hace frente a la acusación tiene como finalidad que la Fiscalía aclare, adicione o corrija el escrito, pero no que reformule o retire la misma por no ser consistente a efectos de llamar a juicio a un individuo.

En el presente caso, formalmente no se ha formulado acusación, pues precisamente la actuación se retrotrajo por esta Sala en auto del pasado 15 de mayo, para que antes de ello se procediera a permitir formular la nulidad por el defensor y a decidir sobre la misma por el Juez *a quo*.

Ahora bien, el recurrente precisa que se vulnera el principio fundamental al *non bis in ídem* del señor LLANO MONSALVE al ser juzgado por los delitos de concierto para delinquir y omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo, que también están siendo investigados en el radicado 11 001 60 00000 2018 00531, proceso que se sigue en el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, dando lugar a una nulidad al tenor de lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta Política, erigiéndose en una garantía fundamental.

En primera medida se tiene que el artículo 29 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a no ser juzgada dos veces por el mismo hecho, en igual línea lo consagra el artículo 8º del Código Penal y 21 de la Ley 906 de 2004, como prohibición de doble incriminación y el respeto a la cosa juzgada. La Corte Suprema de Justicia ha resaltado las características de la garantía del *non bis in ídem*, así:

*El principio non bis in ídem precisa de tres presupuestos de identidad: En el **sujeto** (eadem personae), el **objeto** (eadem res) y la **causa** (eadem causa)².*

² Sentencia del 6 de septiembre de 2007. Rad. 26591.



El primero exige que el mismo individuo sea incriminado en dos o más actuaciones; el segundo, la identidad de objeto, requiere que el factum motivo de imputación sea igual, aún si el nomen iuris es diverso; y el tercero, la identidad en la causa, postula que la génesis de los dos o más diligenciamientos sea la misma³.

Frente a los requisitos generales que se requieren para determinar que existe doble juzgamiento, la Corte Suprema de Justicia, expresó:

“Como se expuso en precedencia, son tres los presupuestos exigidos para verificar la configuración de la cosa juzgada:

i. La identidad en el sujeto, según la cual se requiere que el mismo individuo se haya visto incurso en dos o más actuaciones.

ii. La identidad en el objeto, que se presenta cuando el factum o hecho que motiva la imputación es igual, aun cuando el nomen iuris sea diferente.

iii. Identidad en la causa, que se presenta cuando la génesis de los diligenciamientos contra el individuo sea la misma.

Solo si los tres presupuestos descritos se verifican, se podrá determinar que fue vulnerada la garantía del non bis in ídem. Por el contrario, si alguno de ellos no se afectó, tal situación significa que no hay lugar a predicar que una persona haya sido juzgada doblemente por la misma situación fáctica.”

Relacionados los elementos requeridos para establecer la posible vulneración al doble juzgamiento, es menester entrar al estudio de la declaratoria de nulidades en la Ley 906, la cual procede en cualquier momento de la actuación procesal, sea de oficio o por solicitud de parte. La Corte Suprema de Justicia ha desarrollado los aspectos formales que debe cumplir la solicitud, así como los principios que las rigen, entre ellos los de taxatividad, acreditación, protección, convalidación, instrumentalidad, trascendencia y residualidad, con los que se busca limitar la tendencia a invalidar el trámite procesal por la sola existencia de la irregularidad⁴, definidos por el máximo Tribunal Ordinario de la siguiente manera:

"Taxatividad: significa que sólo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley. *Acreditación:* que quien la alega debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya. *Protección:* la nulidad no puede ser invocada por quien ha coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular. *Convalidación:* la nulidad puede enmendarse por el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado. *Instrumentalidad:* la nulidad no procede cuando el acto irregular ha cumplido la finalidad para la cual estaba destinado. *Trascendencia:* quien la

³ CSJ SP, 24 de noviembre de 2010, Rad. 34.482

⁴ Artículos 308 y 310 ibídem,



alegue debe demostrar que afectó una garantía fundamental o desconoció las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento. *Residualidad*: solo procede cuando no existe otro medio procesal para subsanar el acto irregular⁵.

Retomando el caso y atendiendo el principio de *non bis in ídem*, así como aquellos que rigen las nulidades, no es posible decretarla en este caso, las razones son las siguientes:

Frente al concierto para delinquir simple (artículo 340 C.P.), el defensor indica que a LLANO MONSALVE se le vulnera el *non bis in ídem* por cuanto en este proceso, como en el seguido por la Juez Especializada, los fundamentos fácticos son los mismos, con unidad de tiempo, haciendo referencia ambos a que este señor, como representante legal de las empresas C.I. MEPRECOL S.A. y PROMINERAL S.A., se concertó con otras personas para la comisión de diferentes delitos relacionados con la explotación ilícita y la exportación del mineral.

Para establecer la identidad de sujetos, indica el recurrente que no es cierto que su representado en el delito de concierto para delinquir que aquí se investiga se haya concertado con personas diferentes a aquellas del proceso que cursa en el Juzgado Tercero Especializado, pues se trata de las mismas que pertenecen a la Junta Directiva de C.I. MEPRECOL y de PROMINERAL, con cuyos miembros se dice que se concertó, que igual hacen parte de la Junta Directiva de METALPAC. Sin embargo, al verificar el escrito de acusación de esta causa penal⁶ y compararlo con el radicado 11 001 60 00000 2018 00531⁷, se tiene que si bien en ambos aparece que LLANO MONSALVE se concertó con los señores Luís Eduardo Restrepo y Gladis Aguirre Vanegas (enjuiciados en el proceso de especializado), no ocurre lo mismo respecto de Norbey Ramírez y Martha Lucia Serna, representantes legales de METALPAC y COMISANJUAN, respectivamente, corroborado en su argumentación por la Fiscal.

Valga la pena acotar que la Fiscalía en la audiencia de traslado de la solicitud de nulidad, precisa que tiene pendiente en adicionar y aclarar el escrito de acusación,

⁵ CSJ SP, 25 mayo 2000, rad. 12781; AP, 9 jun. 2008, rad. 29092 y; SP, 3 feb. 2016, rad. 43356; entre otras.

⁶ Folios 92 del cuaderno principal.

⁷ Folios 147 al 169 del cuaderno principal.



así como descubrir nuevos elementos materiales probatorios, lo cual no ha podido hacer hasta este momento, por estarse debatiendo la violación *non bis in ídem*.

Así las cosas, atendiendo a lo relatado en el escrito de acusación y la argumentación de la Fiscal de cara a la solicitud de nulidad, se tiene que el concierto para delinquir en este caso tiene relación directa con la afectación a bienes jurídicamente relacionados con la recta y eficaz administración de justicia, así como contra la administración pública, pues precisamente la hipótesis delictiva presentada por el ente acusador en la audiencia, es que: *“hasta qué punto realmente se declaró minerales a favor de municipios diferentes al productor, es lo que eventualmente la Fiscalía desearía probar y si realmente la agencia nacional de minería fue asaltada en su buena fe y promovió una serie de actos administrativos generales contrarios a los intereses de los municipios productores que fue Rio Quito, esa es la situación fáctica que se trae acá dentro del radicado 00631, pero donde se está en coautoría con personas totalmente distintas a las que están investigadas allá en lavado de activos, una de ellas es Norbey Ramírez Marín, él era el representante legal de METALPAC, es la intermediaria que finalmente vendía el oro a MEPRECOL, que está imputado por esta delegada fiscal por el artículo 403 por lavado de activos y también está imputado por concierto para delinquir el señor Norbey Ramírez Marín, bajo el radicado del juzgado penal especializado Quibdó, Chocó 11001660201800815, no hace parte de la Junta Directiva de MEPRECOL; y, la señora Martha Lucia Serna, representante legal de COMISANJUAN, la titular minera que estaba sus placas, sus solicitudes de legalización conforme a la ley de Registro Único de Comercializadores de Oro, efectivamente para que prestara esas placas, para dar apariencia de legalidad al mineral extraído y que así la Agencia Nacional de Minería pudiese avalar el tema de explotación minera y pago y retención de regalías, persona que si está imputada por el 453, mismo delito por el que está imputado el señor Fabián Llano, y está imputada por el 453 porque ella era la que firmaba los certificados de origen con los cuales la empresa MEPRECOL soportaba sus exportaciones al exterior, y está imputada también por el 403 ya que ella al firmar y declarar que el oro salía de Ismina y de Condoto, estaba incurriendo en una falsedad en lo que ahí decía”*.



A más de ello, vislumbra la Sala que los presupuestos fácticos de esta acusación, como dio cuenta el representante de la Agencia Nacional de Minería, víctima en este asunto, así como por la señora Fiscal, tienen como marco la concertación para cometer delitos dirigidos a la explotación ilícita de minerales, mientras que en el proceso del Juzgado Especializado se contempla la finalidad de lavar activos, que son las personas naturales que a título de representantes legales y miembros de la Junta Directiva, contadores o revisores fiscales, sirvieron o se concertaron para lavar activos.

Definitivamente, en este caso no es tan claro, como lo señala el recurrente, que de la sola lectura de los escritos de acusación se observe la identidad de personas, objeto y causa, pues hasta este momento y con los pocos elementos que se tienen, no se avizora el doble juzgamiento; sin embargo, no desconoce la Sala que le asiste la razón al *a quo* cuando insiste en que es un asunto que se podría dilucidar con mayor garantías si se conexara con el proceso de especializado, esto además en atención a lo indicado por la Fiscal respecto del punible consagrado en el artículo 325A C.P. "*Omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo*".

Aunado a lo anterior, también debe negarse en este momento la nulidad atendiendo al principio de *residualidad* que la rige, pues la misma sólo procede cuando no existe otro remedio procesal para subsanar el acto irregular y, en este caso, como viene de decirse, la posible vulneración al *non bis in ídem* que se pretende evitar por el recurrente puede ser corregida al conexas el proceso con el del especializado, lo cual según se tiene conocimiento ocurrió mediante auto del 16 de septiembre de la presente anualidad, aprobado por acta Nro. 027, decisión adoptada por la Sala que preside el Magistrado Froilán Sanabria Naranjo, integrante también de esta Sala.

El derecho de defensa en materia penal, en el contexto de las garantías procesales, está enfocado en impedir la arbitrariedad de los agentes estatales, evitando así una condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado con las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado, ese será el papel desarrollado por el recurrente en todas las



etapas del juicio, el cual no se ve menoscabado con el presupuesto fáctico establecido en la acusación, donde precisamente lo que busca es evitar un doble enjuiciamiento, teniendo la posibilidad de agotar las posibilidades que el mismo procedimiento instituye para hacer menos gravosa su situación jurídica. Con estas consideraciones se confirmará el auto apelado.

En razón y mérito de lo expuesto, esta Sala de decisión Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, RESUELVE: CONFIRMA** la decisión adoptada por el Juez Décimo Penal del Circuito de Medellín, en audiencia de acusación del 1º de agosto de la presente anualidad, dentro de proceso que se adelanta al acusado FABIÁN DARÍO LLANO MONSALVE. Remítase la actuación al despacho de origen. Así fue aprobada en Sala por los Magistrados que la integran, según consta en el acta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado Ponente

SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado

FROILÁN SANABRIA NARANJO
Magistrado

RADICADO: 2018-00631
PROCESADO: FABIÁN DARÍO LLANO MONSALVE
DELITOS: CONCIERTO PARA DELINQUIR Y OTROS
DECISIÓN: CONFIRMA NEGATIVA DE NULIDAD
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA