

**M. PONENTE** : LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

**ACTA DE APROBACIÓN** : 50 / 2017

**RADICADO** : 05-001-60-00-000-2016-00638

**CLASE DE ACTUACIÓN** : APELACIÓN

**TIPO DE PROVIDENCIA** : AUTO NIEGA SOLICITUD DE PRECLUSION

**FECHA** : 15 DE MAYO DE 2017

**DECISIÓN** : CONFIRMA

**DELITOS** : Acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones

## **PROVIDENCIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR**

Medellín

### AUDIENCIA DE ARGUMENTACIÓN ORAL

Radicación	05-001-60-00-000-2016-00638
Procesado:	Mauricio Rodríguez Andrade
Delito:	Acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones

Hechos:	Según refiere la Fiscalía, entre finales del año 2005 y principios de 2006, el señor Mauricio Rodríguez Andrade, como socio de la empresa MAIAO LTDA., prestó el servicio de telecomunicaciones de larga distancia mediante la utilización de una línea fija, la cual no tenía autorización para tal actividad ni del Ministerio de Comunicaciones ni de las empresas acreditadas para la prestación del servicio público de telefonía.
Juzgado a quo:	29º Penal del Circuito de Medellín
Asunto:	Apelación del auto proferido el 5 de abril de 2017 mediante el cual se decretó la nulidad de lo actuado y se negó una solicitud de preclusión de la defensa. Apelaron el representante de las víctimas y la defensa del acusado
M. Ponente:	Luis Enrique Restrepo Méndez

**Medellín, quince (15) de mayo de dos mil diecisiete (2017)**

**Aprobado por Acta Nro. 50**

### **ANTECEDENTES**

La Fiscalía 40 Seccional de Medellín, Antioquia, presentó escrito de acusación el 14 de septiembre de 2016 ante los jueces penales del circuito de esta ciudad, en contra del señor Mauricio Rodríguez Andrade.

Repartida la carpeta, correspondió su conocimiento al Juzgado Veintinueve Penal del Circuito de Medellín, Antioquia, despacho que realizó la audiencia de acusación el día 30 de marzo de 2017, en la cual el ente acusador formuló cargos en contra del procesado por el delito de acceso o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 257 del Código Penal, con las circunstancias agravantes contenidas en los numerales 1 y 2 del artículo 267 de la misma obra, en razón a que la cosa presuntamente apropiada tiene un valor superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y por tratarse de un bien del Estado.

Formulada la acusación, y en desarrollo de la misma audiencia, la defensa solicitó la preclusión, deprecando de la judicatura se hiciera un control material de la adecuación jurídica de la conducta, considerando que en este caso no pueden aplicarse las causales

de agravación mencionadas por la Fiscalía, pues no estamos ante la apropiación de un objeto sobre el cual se pueda hacer una estimación económica, por lo que, en su concepto, no es posible configurar la circunstancia contenida en el numeral primero del mencionado artículo 267.

Por otro lado, también consideró el togado que la defraudación no recayó sobre un bien del Estado, ya que lo afectado en este caso no es el espectro electromagnético, sino el derecho patrimonial de unas compañías privadas.

Por lo anterior, concluyó el defensor, si se realizare el control por parte del juez, la acusación solo podría versar sobre un delito simple, el cual, de conformidad con lo establecido en la ley 1032 de 2006, aplicable por favorabilidad, comportaría una pena máxima de 10 años de prisión, los cuales, contados a partir del momento del cese de la conducta, 10 de abril de 2006, entenderían prescrito el ejercicio de la acción penal.

Frente a esta petición, la Fiscalía se ratificó en su posición de que sí se pueden aplicar en este asunto las causales de agravación punitiva, pues el daño patrimonial es cuantificable, y se trata de un bien del Estado.

### **DE LA DECISIÓN RECURRIDA**

El Juez 29 Penal del Circuito de Medellín, en audiencia celebrada el 5 de abril del presente año, consideró que en este caso se avizoraba una irregularidad procesal que debía ser subsanada.

Al efecto, estimó que los hechos objeto de acusación comenzaron a ejecutarse desde finales del año 2005 y concluyeron con una diligencia de allanamiento y registro efectuada el 10 de abril de 2006.

Así, la primera instancia hizo un análisis de tránsito legislativo, al considerar que en el artículo 6 de la ley 422 de 1998, se tipificó la conducta que aquí se investiga con una

pena de 4 a 10 años. Posteriormente en la ley 599 de 2000, se incluyó nuevamente el tipo penal conservando en buena parte el texto original, pero bajo el procedimiento de la ley 600 del mismo año, mismo que estuvo vigente en la ciudad de Medellín hasta el 31 de diciembre de 2005, y a partir del 1º de enero de 2006, entró a regir la ley 906 de 2004 en la ciudad de Medellín.

Ahora, conforme al artículo 34 de la ley 600 de 2000, la conducta por la que se judicializa al señor Rodríguez Andrade, no era un delito querellable, pero a partir de la entrada en vigencia de la ley 906, esta conducta pasó a requerir querrela de parte, de lo cual concluyó el juzgado que durante la presunta ejecución del tipo penal, existió tránsito legislativo del estatuto procesal penal.

Afirmó entonces el juez, que en este caso la disposición que debe imperar a fin de salvaguardar las garantías del procesado, es la ley 906 de 2004, la cual consideró como querellable el delito investigado, por lo que se impone el requisito de procedibilidad del trámite de audiencia de conciliación antes de dar inicio al proceso penal, pues de no hacerse se quebrantaría el debido proceso.

Por lo anterior, consideró que se debía declarar la nulidad de la actuación desde la audiencia de imputación, inclusive, con el fin de que se surtiera el referido requisito.

En cuanto al tema del control material de la acusación deprecado por la defensa, consideró el juez que en este aspecto no puede inmiscuirse la judicatura, pues ese control solo puede realizarse cuando se avizore una calificación grosera y desbordada que afecte las garantías y derechos fundamentales del procesado, la estricta tipicidad o la presunción de inocencia, situación que no se da en el presente asunto.

### **DE LA ARGUMENTACION DE LAS PARTES**

El defensor del acusado y el representante de las víctimas recurrieron en apelación la decisión, inconformidad que sustentaron en los siguientes términos:

### **Representante de víctimas**

Se opone a la decisión de nulidad, pues considera que para el 10 de abril de 2006, el delito objeto de acusación no era querellable, conforme lo establece el artículo 74 de la ley 906 de 2004, pero volvió a ser querellable con la entrada en vigencia de la ley 1453 de 2011. Afirma que normas como la 1142 de 2007 y la ley 1032 de 2006, no convirtieron en querellable el artículo 257 del código penal, por lo que solicita revocar la nulidad decretada y ordenar la continuación del trámite del proceso.

### **Defensa.**

En cuanto al tema de la nulidad, dijo estar conforme con la decisión del Juzgado, pues, afirmó, el texto original de la ley 906 de 2004 era claro en determinar que para el momento de los hechos, el delito investigado era querellable.

Frente al tópico del control de la acusación, manifiesta su inconformidad con la posición del juzgado, insistiendo en manifestar que en virtud del principio de estricta legalidad, el numeral primero del artículo 267 aplica solo cuando el delito tenga por objeto una cosa material cuyo valor sea superior a los 100 SMLMV, y que en este caso, por tratarse de un punible de fraude, y no de aprehensión de un objeto material, no podría aplicarse dicha cuantía.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Tiene competencia esta Sala de decisión para conocer y desatar el asunto sometido a estudio como quiera que se trata de un auto proferido en audiencia por el Juez 29 Penal del Circuito de Medellín, y sus temas, nulidad y preclusión, están expresamente contemplados como relevantes de cara a la revisión en segunda instancia, por el artículo 177 numerales 2º y 3º de la Ley 906 de 2004. Nos corresponde entonces la solución del recurso conforme lo enseña el numeral 1º del artículo 34 del Código Procesal Penal.

### **Frente al control material de la acusación**

La defensa solicitó que la judicatura realizara un control material de la calificación jurídica asignada a la conducta por la Fiscalía en audiencia de acusación, asegurando que, a su juicio, en este caso no se configuran las causales de agravación que para los delitos contra el patrimonio, se encuentran establecidas en el artículo 267 del Código Penal.

Así, consecuencia de lo anterior, estimó el togado que el punible de prestación, acceso o uso ilegal de los servicios de telecomunicaciones, establecido en el artículo 257 del estatuto penal, sin agravantes, estaría prescrito, por lo que en su sentir, así debió ser declarado por la judicatura.

Pues bien, frente al tema del control material de la acusación, la Corte se ha venido pronunciando en diferentes ocasiones, restringiendo cada vez más la posibilidad de intervención de la judicatura en los términos de la acusación por los que opta la Fiscalía como titular del ejercicio de la acción penal. Veamos:

“Con apoyo en los pronunciamientos jurisprudenciales que in extenso viene de reseñar la Sala, no queda opción distinta a concluir, tal cual incluso ha sido indicado por la Sala **-SP 16 Jul 2014, Rad. 40871-**, que:

[E]n el sistema adversarial no se permite al juez imponer su particular lectura de los hechos –su propia teoría del caso-, mediante la cual obligue al fiscal a imputarle al indiciado un fragmento del acontecer delictual distinto del que el fiscal considera hasta ese momento probado y por el que debe responder, dado que con ello se desestructura la sistemática adversarial, toda vez que el juez no tiene iniciativa probatoria con la cual pudiera, como en el sistema inquisitivo o incluso mixto, demostrarla<sup>1</sup>.

De ser así, se comprometería al juez con el programa metodológico, y por sobre todo, con la iniciativa y responsabilidad de la Fiscalía en el quehacer propio de un sistema con tendencia acusatoria, pues desborda sus posibilidades, usurpando el papel del fiscal, funcionario llamado a

---

<sup>1</sup> La Corte Constitucional mediante sentencia 396 de 2007 claramente lo concluyó al declarar ajustado a la Carta el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 que prohíbe la prueba de oficio.

organizar el trabajo probatorio y argumentativo de cara al juicio, a quien constitucionalmente se le ha asignado el ejercicio de la acción penal.

Respecto de la ausencia de control material de la acusación, ya la Sala se ha ocupado en extenso. Sentó el criterio según el cual de acuerdo con lo ordenado en el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal del 2004, solo el fiscal está autorizado para realizar la “*tipificación circunstanciada*” de los hechos:

*La acusación es un acto de parte, de la Fiscalía, y por tanto el escoger qué delito se ha configurado con los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito de acusación supone precisar el escenario normativo en que habrá de desarrollarse el juicio, el cual se promueve por excitación exclusiva de la Fiscalía General de la Nación a través de la radicación del escrito de acusación (razón por la que el único autorizado para tipificar la conducta punible es la Fiscalía, de acuerdo con lo planteado por el artículo 443); acto que como se dijo no tiene control judicial, y en cambio sí sustenta todo el andamiaje de la dinámica y la lógica argumentativa y probatoria que se debatirá en el juicio. (Ver CSJ, 15 jul.2008, rad. 29994, tesis reiterada en AP, 14 ago. 2013, rad. 41375, entre otras providencias).*

La Corte reafirmó su anterior postura en AP de 21 de marzo de 2012, radicado 38256, al señalar:

**En la audiencia de formulación de acusación al juez y a las partes les está vedado cuestionar la adecuación típica realizada por la Fiscalía en su escrito, pues, hacerlo, implicaría interferencia en el ejercicio de la acción penal y en la decisión de acusar que corresponde a ese ente, y a nadie más.** Por lo demás, tal cuestionamiento implicaría un ejercicio de debate probatorio, que solamente puede hacerse en el juicio oral (auto del 15 de julio de 2008, radicado 29.994).

...

La Fiscalía, entonces, cumple como titular de la acción penal y dueña de la acusación, parámetros a partir de los cuales ni el juez ni las partes pueden imponérsela total o parcialmente, desde donde se infiere que las

observaciones realizadas por las partes pueden y deben ser incorporadas para que conformen un todo con la acusación, única y exclusivamente cuando el fiscal las acoge.

En sentencia proferida el 6 de febrero de 2013 Radicado 39892, subrayó la Sala que aunque la regla general consiste en que en el modelo acusatorio de la Ley 906 de 2004, la calificación jurídica acogida por el ente acusador no puede ser cuestionada, esta regla admite excepciones; al indicar:

En esas condiciones, la adecuación típica que la Fiscalía haga de los hechos investigados es de su fuero y, por regla general, no puede ser censurada ni por el juez ni por las partes.

2. Lo anterior igual se aplica en temas como la admisión de cargos y los preacuerdos logrados entre la Fiscalía y el acusado, que, como lo ha dicho la jurisprudencia, son vinculantes para las partes y el juez, a quien se le impone la carga de proferir sentencia conforme lo acordado o admitido, siempre y cuando no surja manifiesta la lesión a garantías fundamentales (auto del 16 de mayo de 2007, radicado 27.218).

(...)

No obstante, respecto de la admisión de cargos, se ha advertido que el juez debe controlar no solo la legalidad del acto de aceptación, sino igual la de los delitos y de las penas, en el entendido de que esta estructura un derecho fundamental, enmarcado dentro del concepto genérico del debido proceso a que se refiere el artículo 29 constitucional. Por tanto, de resultar manifiesto que la adecuación típica fractura el principio de legalidad, el juez se encuentra habilitado para intervenir, pues en tal supuesto la admisión de responsabilidad se torna en simplemente formal, frente a esa trasgresión de derechos y garantías superiores (sentencias del 15 de julio de 2008 y 8 de julio de 2009, radicados 28.872 y 31.280, en su orden).

(...)

3. La ley y la jurisprudencia han decantado igualmente que, a modo de única excepción, al juez, bien oficiosamente, bien a solicitud de parte, le es permitido adentrarse en el estudio de aspectos sustanciales, materiales, de la acusación, que incluyen la tipificación del

comportamiento, cuando se trate de violación a derechos fundamentales.

Es claro que esa permisión excepcional parte del deber judicial de ejercer un control constitucional que ampare las garantías fundamentales.

La trasgresión de esos derechos superiores debe surgir y estar acreditada probatoriamente, de manera manifiesta, patente, evidente, porque lo que no puede suceder es que, como sucedió en el caso estudiado, se eleve a categoría de vulneración de garantías constitucionales, una simple opinión contraria, una valoración distinta que, para imponerla, se nomina como irregularidad sustancial insubsanable, por el prurito de que el Ministerio Público y/o el superior funcional razonan diferente y mejor.” (Destacado fuera del texto original).

En AP de octubre 16 de 2013, Radicado 39886, consideró la Sala:

*La función requirente, no cabe duda, está en manos de la Fiscalía, y la jurisdiccional en las del juez; axioma que se desdibuja cuando el juzgador se ocupa de corregir, cuestionar o enmendar –a su manera- el contenido de la acusación.*

...

**3.3.1. En estas condiciones, ha de entenderse que el control material de la acusación, bien sea por el trámite ordinario o por la terminación anticipada de la actuación, es incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio.** Aun cuando existen disposiciones de la Ley 906 de 2004, que consagran su función a la consecución de la justicia y la verdad como normas rectoras, estos principios operan dentro de la mecánica del sistema y no dan aval para adjuntarle postulados ajenos a su naturaleza intrínseca. Así, el horizonte al que ha de estar dirigida la hermenéutica.” (Resaltado fuera del texto original)

Con base en la jurisprudencia citada, se debe concluir que por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, pero, excepcionalmente debe

hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes.<sup>2</sup>

Con lo anterior, es evidente que la solicitud que hace la defensa en cuanto a que el Juez retire de la acusación alguna de las causales de agravación enrostradas por la Fiscalía, desbordaría los límites de su función como sujeto imparcial, pues con ello se estaría entrometiendo en un campo de exclusiva competencia del ente acusador, ya que se trata de circunstancias constitutivas de la conducta punible que deberán ser debatidas en el juicio oral a partir del debate probatorio.

Consecuencia de lo anterior, encuentra la Sala acertada la decisión de la primera instancia al negar la preclusión impetrada por la defensa a partir de una adecuación que por vía de control formal pudiera realizarse a la acusación, motivo por el cual la decisión en este sentido será confirmada.

#### **En cuanto a la Nulidad.**

La primera instancia decidió decretar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de imputación, por considerar que en este caso se debía agotar el trámite de conciliación, teniendo en cuenta que gran parte de la ejecución de la conducta punible que se investiga, consagrada en el artículo 257 del Código Penal, se dio bajo la vigencia de la ley 906 de 2004, que consideraba dicho tipo penal para ese entonces como querellable.

Frente a esta decisión, solo la representante de víctimas se mostró inconforme, señalando que para la fecha del 10 de abril de 2006, día en el cual se realizó el allanamiento y registro del local donde al parecer funcionaban los equipos de comunicación ilegales, el delito de prestación, acceso o uso de ilegal de los servicios de telecomunicaciones no requería querrela, de conformidad con lo establecido en el original artículo 74 de la ley 906 de 2004, motivo por el cual no se debió decretar la nulidad en virtud de la falta de una audiencia de conciliación.

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Radicado 43356 del 3 de febrero de 2016.

Al anterior argumento solo puede la Sala responder que razón le asistió a la juez al realizar el examen de tránsito legislativo, considerando que en tratándose de una conducta de ejecución permanente que tuvo lugar desde finales del año 2005 y el mes de abril de 2006, esta debía investigarse bajo la égida de la ley 906 de 2004, norma vigente desde el 1º de enero de 2006 en el distrito judicial de Medellín, norma que en su artículo 74, aun sin modificar por leyes posteriores, dictaba lo siguiente:

**“ARTÍCULO 74. DELITOS QUE REQUIEREN QUERRELLA.** Para iniciar la acción penal será necesario querrela en los siguientes delitos, excepto cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad:

1. Aquellos que de conformidad con el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad.

2. Inducción o ayuda al suicidio (C. P. artículo 107); lesiones personales sin secuelas que produjeran incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta (60) días (C. P. artículo 112 incisos 1o y 2o); lesiones personales con deformidad física transitoria (C. P. artículo 113 inciso 1o); lesiones personales con perturbación funcional transitoria (C. P. artículo 114 inciso 1o); parto o aborto preterintencional (C. P. artículo 118); lesiones personales culposas (C. P. artículo 120); omisión de socorro (C. P. artículo 131); violación a la libertad religiosa (C. P. artículo 201); injuria (C. P. artículo 220); calumnia (C. P. artículo 221); injuria y calumnia indirecta (C. P. artículo 222); injuria por vías de hecho (C. P. artículo 226); injurias recíprocas (C. P. artículo 227); violencia intrafamiliar (C. P. artículo 229); maltrato mediante restricción a la libertad física (C. P. artículo 230); inasistencia alimentaria (C. P. artículo 233); malversación y dilapidación de los bienes de familiares (C. P. artículo 236); hurto simple cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 239 inciso 2o); alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado (C. P. artículo 243); estafa cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 246 inciso 3o); emisión y transferencia ilegal de cheques (C. P. artículo 248); abuso de confianza (C. P. artículo 249); aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito (C. P. artículo 252); alzamiento de bienes (C. P. artículo 253); disposición de bien propio gravado con prenda (C. P. artículo 255); defraudación de fluidos (C. P. artículo 256); **acceso ilegal de los servicios de telecomunicaciones (C. P. artículo 257)**; malversación y dilapidación de bienes (C. P. artículo 259); usurpación de tierras (C. P. artículo 261); usurpación de aguas (C. P. artículo 262); invasión de tierras o edificios (C. P. artículo 263); perturbación de la posesión sobre inmuebles (C. P. artículo 264); daño en bien ajeno (C. P. artículo 265); usura y recargo de ventas a plazo (C. P. artículo 305); falsa autoacusación (C. P. artículo 437); infidelidad a los deberes profesionales (C. P. artículo 445).”

Por lo anterior, es absolutamente claro que dicho tipo penal se encontraba incluido en la lista de delitos querellables, y consecuentemente, requiere agotar el trámite de la

conciliación previa como requisito de procedibilidad de acuerdo con el tenor del artículo 522 del C. P.P.<sup>3</sup>.

Ahora bien, el *a quo* expuso con lujo de detalles las razones para considerar que una tal irregularidad no era susceptible de ser saneada por vía diferente a la de la nulidad, efecto para el cual acudió a jurisprudencia decantada de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, sin que dichos argumentos hayan sido objeto de cesura por el recurrente interesado en hacerlo, razón por la cual, no son necesarias mayores disquisiciones de parte del Tribunal para afirmar que el Juez acertó con su decisión de declarar la nulidad, en aras de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa que le asisten al imputado, motivo por el cual el auto objeto de recurso será confirmado.

Por causa de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, resuelve **CONFIRMAR** el auto proferido el día 5 de abril del año que transcurre, por el Juzgado 29 Penal del Circuito de la ciudad, por medio del cual se decretó la nulidad de lo actuado y se negó la preclusión, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Esta decisión se notifica en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

---

<sup>3</sup> ARTÍCULO 522. LA CONCILIACIÓN EN LOS DELITOS QUERELLABLES. La conciliación se surtirá obligatoriamente y **como requisito de procedibilidad** para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal.

En el primer evento, el fiscal citará a querellante y querellado a diligencia de conciliación. Si hubiere acuerdo procederá a archivar las diligencias. En caso contrario, ejercitará la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

Si la audiencia de conciliación se realizare ante un centro o conciliador reconocidos como tales, el conciliador enviará copia del acta que así lo constate al fiscal quien procederá al archivo de las diligencias si fue exitosa o, en caso contrario, iniciará la acción penal correspondiente, si fuere procedente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

La inasistencia injustificada del querellante se entenderá como desistimiento de su pretensión. La del querellado motivará el ejercicio de la acción penal, si fuere procedente.

En cualquier caso, si alguno de los citados fuere incapaz, concurrirá su representante legal.

La conciliación se ceñirá, en lo pertinente, a lo establecido en la Ley 640 de 2001.

**LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ**  
**MAGISTRADO**

**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**  
**MAGISTRADO**

**NELSON SARAY BOTERO**  
**MAGISTRADO**