



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

AUDIENCIA DE ARGUMENTACIÓN ORAL

Radicación	05-001-60-00-248-2016-09031
Procesado :	Jamer Gregorio Mejía Martínez, Javier Antonio Mosquera Chimá, Wilson Mario Cardona Cano, Jaime Darío Hernández Vélez y Jaider Rafael Rodríguez
Delito:	Concierto para Delinquir y Receptación
Hechos:	<p>Las autoridades de policía conocieron la existencia de un grupo de personas que se dedicaban unos, a hurtar equipos celulares que luego entregaban a otros, quienes les borraban los signos de identificación y los ponían en venta. El ámbito geográfico de operaciones de estas personas estaba ubicado en la comuna 10 de esta ciudad, más exactamente en los sectores de Carabobo, Parque Berrío, Iglesia Veracruz, plazoleta Botero y viaducto del metro.</p> <p>Con base en esa información, las autoridades realizaron diferentes actividades de investigación como vigilancia y seguimiento de personas entre el 16 de septiembre de 2016 y el 14 de septiembre de 2017, logrando establecer un modus operandi de la delincuencia.</p> <p>Se dice que los imputados se asociaron con la finalidad de adquirir equipos celulares hurtados en esta ciudad, para luego manipularlos a fin de evitar que fueran rastreados y bloqueados por la empresa operadora y luego comercializarlos a través de diferentes establecimientos y pequeños puestos estacionarios del lugar.</p> <p>En desarrollo de estas actividades se incautaron un total de 39 equipos, se recibieron entrevistas y denuncias por los delitos de hurto de dichos equipos.</p>
Juzgado a quo:	10° Penal del Circuito de Medellín
Asunto:	Apelación de auto del 14 de agosto de 2020 que negó la preclusión solicitada por la delegada de la FGN. Apeló la Fiscalía.
Magistrado ponente	Luis Enrique Restrepo Méndez
Auto No.	018-2020

Medellín, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Proyecto aprobado según acta Nro. 086

En diligencia realizada el día 26 de junio de 2019, se legalizaron las capturas de Jamer Gregorio Mejía Martínez, Javier Antonio Mosquera Chimá, Wilson Mario Cardona Cano, Jaime Darío Hernández Vélez y Jaider Rafael Rodríguez, escenario procesal en que la Fiscalía formuló imputación en su contra como autores responsables de los delitos de concierto para delinquir y receptación de acuerdo con lo ordenado en los artículos 340 y 447 del C.P.

DE LA PETICIÓN

1. La fiscalía presentó solicitud de preclusión, con base en la causal contenida en el artículo 332 numeral 3 del C. de P.P. por inexistencia del hecho imputado, petición que sustentó en términos que se sintetizan así:

En términos generales el fiscal del caso manifestó no contar con elementos materiales probatorios, evidencias físicas o información legalmente obtenida que le permita demostrar en juicio la existencia del acuerdo entre los imputados para ejecutar bajo una misma empresa criminal las conductas de receptación que también les fueran endilgadas. Admitió que, si bien en grabaciones de cámaras de video de vigilancia se observó a los imputados ejecutando conductas propias de la receptación de elementos de comunicación celular hurtados en el mismo sector, no se pudo determinar que dichos sujetos ejercían esas conductas de común acuerdo, como una empresa común.

Dijo que los autores de los hurtos en ocasiones iban donde alguno de los procesados y en otras donde cualquiera otro, sin observar nexo entre ellos. Dicho proceder le permitió afirmar que no se trataba de una sola empresa conformada por todos los acusados, sino de varias, representadas en cada uno de ellos, que comparten un determinado y específico sector de la ciudad, pero que ejecutan sus acciones de manera aislada. Tampoco se demostró que se distribuyeran de alguna manera las ganancias de su ilícito proceder, como para concluir que actuaran de consuno.

2. La defensa coadyuvó la solicitud fiscal.

LA DECISIÓN OBJETO DE RECURSO

El *A quo*, negó la preclusión. Para el efecto empezó por considerar procedente el análisis de fondo, pues la causal invocada corresponde con una de aquellas cuya procedencia ha sido admitida por las cortes Constitucional y Suprema de Justicia en la etapa del juicio, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 332 del C. de P.P., etapa procesal que de acuerdo con esas corporaciones empieza con la radicación del escrito de acusación.

En segundo término, recordó que de acuerdo con la jurisprudencia la causal invocada debe estar plenamente demostrada, requisito que consideró ausente en el presente asunto. En esa dirección, señaló como demostrada la conexidad en la actividad de los imputados y su forma de ejecución, lo que permite inferir la existencia de un *modus operandi* propio de un colectivo criminal. Precisó como se trataba de la misma clase de elementos receptados, el mismo sector de la ciudad como sede de sus ejecuciones, las mismas instalaciones para desaparecer los signos de individualización e identificación de los elementos ilícitamente negociados, etcétera. En su opinión, se advierte una clara distribución de funciones que sugiere la existencia del delito cuya preclusión pretende la fiscalía. Recordó a la fiscalía que los elementos del delito no deben ser probados necesariamente con pruebas directas, pues a través de inferencias resulta igualmente válida su demostración. Así mismo, hizo referencia al carácter progresivo del proceso, que incide y se refleja en las diferentes exigencias probatorias según la etapa por la que se avanza, para el caso, la de acusación en la cual se exige probabilidad de existencia del delito y responsabilidad del acusado, requisito que en su opinión se halla satisfecho, ello, con independencia de que la causa termine eventualmente con un fallo absolutorio.

Por todo lo anterior negó la solicitud deprecada por el delegado de la fiscalía.

DEL RECURSO

El Fiscal del caso recurrió en apelación, partiendo por manifestar que para la acusación debe estar demostrado el delito. Añadió que la actividad investigativa permitió establecer o demostrar la existencia de 6 eventos que sugieren la posibilidad

del concierto pero que no lo demostraron. Dijo que se ordenaron interceptaciones telefónicas por un lapso de 6 meses, sin que se haya logrado establecer nexos entre los imputados que demuestren el acuerdo necesario para afirmar la existencia del concierto para delinquir. Fue imposible demostrar ese acuerdo. Nunca observaron a los imputados juntos o en compañía de quienes ejecutaban los hurtos, si alguna interceptación telefónica dio cuenta de algún contacto entre ellos, el contenido de las conversaciones resultó ajeno a cualquier tipo de acuerdo criminal. Nada de eso se pudo observar en las grabaciones obtenidas de las cámaras de vigilancia en relación con ese elemento del delito. Afirmó que la actividad común y la vecindad no son suficientes para pregonar la existencia del delito.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo dispuesto en el Art. 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, esta Sala de Decisión es competente para desatar el recurso de apelación que interpusiera la delegada de la FGN, contra la providencia del 14 de agosto, mediante la cual el Juez 10 Penal del Circuito de Medellín negó la preclusión por ella invocada.

2. El problema jurídico postulado por el recurrente tiene que ver con establecer si en efecto puede admitirse el criterio fiscal en punto de la inexistencia del hecho imputado, en lo que hace al delito de concierto para delinquir.

3. La respuesta a este problema jurídico, se anticipa, será negativa. Para arribar a esa conclusión, se partirá por realizar una muy breve referencia al instituto de la preclusión, luego de lo cual se citará, también brevemente el criterio de la Corte Suprema de Justicia acerca de los requisitos a satisfacer por quien solicita la preclusión, luego se precisará el contenido de la causal invocada, para cerrar aplicando esos insumos teóricos al caso concreto.

4. La Fiscalía General de la Nación tiene el deber de adelantar la acción penal y efectuar la investigación de los hechos que revistan la condición de delitos. Así mismo, tiene la facultad de solicitar la preclusión ante el juez de conocimiento cuando no existiere mérito para continuar con la investigación. Las causales de preclusión

están consagradas en el artículo 332 del C. de P.P.¹ Estas causales pueden ser invocadas por la fiscalía en cualquier etapa del proceso. En la etapa del juicio solo pueden invocarse las causales de orden objetivo o que no comporten un pronunciamiento acerca del fondo del asunto. En esta última etapa la petición puede provenir de la defensa y el Ministerio Público.

5. La Sala de Casación Penal de la Corte se ha pronunciado acerca de las exigencias que debe satisfacer la fiscalía cuando invoca una causal de preclusión en los siguientes términos:

“La Sala tiene pacíficamente sentado que la decisión por la cual se decreta la preclusión tiene efectos de cosa juzgada, de modo que un pronunciamiento favorable a la pretensión de poner fin anticipado a la actuación «exige que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera cierta o, lo que es igual, que respecto de la misma no exista duda o posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo».

Dicho en otros términos, «la alternativa de poner fin al proceso por esta vía supone la existencia de prueba de tal entidad que determine de manera concluyente la ausencia de interés del Estado en agotar toda la actuación procesal prevista por el legislador para ejercer la acción penal, dando paso a un mecanismo extraordinario por virtud del cual pueda cesar de manera legal la persecución penal».

¹ **ARTÍCULO 332. CAUSALES.** El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.
2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.
3. **Inexistencia del hecho investigado.**
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este código.

PARÁGRAFO. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.

En ese entendido, la preclusión sólo será viable cuando el peticionario -y en este caso la Fiscalía-, acredite argumentativa y probatoriamente que i) se han agotado plenamente las posibilidades investigativas, y ii) la causal invocada está configurada más allá de cualquier duda".² (Subrayas fuera del texto.)

Queda claro que para invocar la preclusión la fiscalía debe acreditar argumentativa y probatoriamente la causal invocada. Para cumplir ese requerimiento debe realizar un esfuerzo investigativo serio, razonable, suficiente. Incluso la Corte es más exigente en la medida en que demanda que se agoten plenamente las posibilidades investigativas.

6. En relación con la causal invocada, consistente en la inexistencia del hecho imputado, ha de precisarse acogiendo el criterio que la jurisprudencia ha decantado pacíficamente en torno al punto, que se trata de aquellos eventos en que el hecho físico, fenomenológico, no ha tenido ocurrencia, para diferenciarlo de aquellos casos en que la conducta existe, pero no se adecua a ninguna de las descripciones típicas plasmadas en el código de las penas. Sobre el particular esto ha sostenido la Corte en Sala de Casación Penal:

“No soslaya la Corte que la circunstancia delimitada como propia de la solicitud de preclusión adviene si se quiere objetiva, pues, parece claro que para separarla de otras causales, insertas en la norma, dígase la atipicidad del hecho o la existencia de una causal excluyente de responsabilidad, el numeral remite a que fenoménicamente eso que se denunció o conoce el funcionario por virtud de su facultad oficiosa, tenga manifestación material, concreta y perceptible por los sentidos.

Entonces, para que la solicitud compagine con la causal, el argumento de fondo debería establecer que, en efecto, no se materializó ese hecho fenoménico que trascendió al entorno objetivo, en otras palabras, que no fue expedida ninguna resolución, dictamen o concepto a partir de los cuales advertir si se halla o no conforme a derecho.

En otras palabras, la causal de preclusión se encontraría técnicamente alegada cuando, por ejemplo, los bienes no fueron sustraídos, y se atribuye un hurto, o se pregona un secuestro y se demuestra que la persona voluntariamente huyó de su casa o, en fin, todos aquellos casos en que objetivamente, la conducta básica, acción u omisión, no tuvo ocurrencia objetiva.

En el delito de prevaricato ocurre que a la par con la acción básica-proferir resolución, dictamen o concepto- se alza el elemento normativo de que ese

² CSJ AP3168-2018, Rad. 53107, citado en CSJ, Sala Especial de Primera Instancia, radicado AEP00014-2018 citada en Auto del 10 de abril de 2019, radicado AP1326-2019, 52.706.

actuar sea “manifiestamente contrario a la ley”, lo que implica una valoración eminentemente subjetiva acerca del contenido y alcances de la acción”³
(subrayado fuera de texto)

DEL CASO CONCRETO

6. En el presente asunto, tal como se anunciara al principio, el Tribunal considera que la Fiscalía se equivoca al considerar demostrada la inexistencia del hecho imputado como causal de preclusión de la actuación. Estas las razones:

6.1 La fiscalía desarrolló una juiciosa actividad investigativa, que requirió más de un año y estuvo representada en una amplia gama de actos de investigación que incluyó, entre otras, seguimientos a personas y cosas, entrevistas, inspecciones. Todo ello le permitió identificar un colectivo criminal que con su proceder recorría todas las etapas o pasos necesarios para sacar adelante una empresa de características tan particulares.

No de otra manera puede entenderse la extensa, en ocasiones farragosa y muy reiterativa intervención del fiscal que formuló la imputación cuando al referirse a los hechos jurídicamente relevantes realizó entre otras, las siguientes afirmaciones:

“Estamos con el fin de formular imputación y desvertebrar una organización criminal denominada “Alianza”. Se tienen como hechos preliminares la indagación por información allegada a la fiscalía 154 seccional de la unidad de estructura de apoyo, esto es, línea del grupo de apoyo hurto celulares, que da cuenta de la actividad delictiva relacionada con el hurto de equipos terminales móviles y conexos, como es la receptación, la cual llegó de la secretaría de seguridad ciudadana de la ciudad de Medellín, de las cámaras de circuito cerrado de televisión del 123 donde está inscrito el intendente Omar Henry Moncada Salinas investigador criminal de la Sijin Meval, que puso a disposición el oficio de fecha 7 de septiembre de 2016...”(sic)

Se advierte como desde el primer momento la fiscalía, con base en el robusto material probatorio recaudado por cerca de un año de seguimientos, se refirió a la existencia de un colectivo criminal que incluso cuenta con una denominación o nombre que lo identifica de otras. Pero, además, dio cuenta de su objeto, no otro que la ejecución de varios delitos de hurto y conexos como el de receptación. Los presupuestos fácticos

³ CS de J AP9245-2014 radicado 44043 del 16 de julio de 2014

fueron claramente expresados, unos integrantes hurtaban, otros pagaban por esos bienes, otros eliminaban los elementos de identificación de los bienes hurtados y luego, estos últimos u otros, los distribuían en modalidad de venta al público.

Más adelante, en el mismo acto de formulación de imputación, insistió la fiscalía:

“El victimario son conocidos como individuos o grupos delictivos organizados dedicados al hurto de celulares y que al venderlos de manera ilícita reciben una determinada cantidad de dinero, es decir, priman los móviles económicos para la comisión del ilícito, por lo general las organizaciones delincuenciales son compuestas por individuos que proceden de estratos bajos, como bajos niveles educativos y en muchos casos son personas de un mismo grupo familiar o amigos del barrio. En promedio delinquen de tres a ocho personas en distribuciones de trabajo. Esas organizaciones están integradas por hombres entre los 15 y 38 años, quienes tienen el mismo fin en común, apoderarse ilegalmente de los equipos celulares, por lo tanto se han detectado de las siguientes modalidades: raponazo, cosquilleo, atraco y por la confianza... El caso que nos ocupa en este momento con ustedes es el reducidor o comercializador, hace parte también de los victimarios, sin embargo su tipo jurídico de delito está más relacionado con la receptación artículo 447 del C.P. y hasta el daño informático artículo 269... por lo general los móviles son entregados por los ladrones, una vez, en este caso el señor John Jairo y Didier se lo entrega a ustedes, una vez en su poder borran los estiquier de seguridad y resetean estos equipos móviles, borrando esa información para luego adulterar el sistema físico y cambiarle la identidad de ese celular con el fin de evadir las acciones de las autoridades y el mercado de teléfonos móviles comprados ilegalmente sin facturas para no dejar evidencias. Son empleados para revenderlos o bien para extraerles piezas cuando no pueden borrarles estos sistemas. Labor ejercida dentro de la organización delincencial denominada “Alianza” integrada por ustedes Jamer Gregorio, Jaime Dario, Javier Antonio, Jaider Rafael y Wilson Mario Cardona.”(Sic)

En sentir de la fiscalía que realizó la imputación, unos y otros, quienes hurtan y quienes receptan, actúan de consuno, lo que los convierte en miembros del colectivo criminal y por ello autores de la conducta imputada. Ello, en consideración a que siempre operan los mismos sujetos. Más claro, siempre son los mismos quienes ejecutan los apoderamientos ilícitos de los equipos celulares, los mismos quienes los reciben, los mismos que los alistan para su distribución a título oneroso, etcétera. Así lo dejó ver la fiscalía cuando se refirió a la imputación jurídica de la conducta, a través, entre otras, de las siguientes afirmaciones:

“...Es importante tener en cuenta que la concertación no requiere una reunión material del grupo que realiza el acuerdo, ni siquiera concertar explícitamente,

basta que pueda inferirse con su actuación y relación que existe un vínculo que los ata de un modo perdurable, resulta evidente que quienes se conciertan no generan un contrato o un acto de aprobación expreso de estar incurso en este delito, sino que sus actividades, elementos, procedimientos, contactos etcétera, hacen inferir con claridad el acuerdo para cometer delitos... se tiene conocimiento a partir de ese 7 de septiembre de 2016 conforme al oficio de la secretaría de seguridad ciudadana de la Alcaldía de la ciudad de Medellín y de cámaras 123 donde está adscrito por el intendente Ómar Henry Moncada Salinas investigador de la Sijin, donde da a conocer sobre la actividad delictiva relacionada con el hurto de equipos terminales móviles y conexos como es la receptación por una organización delincuencia que opera en el sector de la zona céntrica de Medellín ... es suficiente con esa ardua labor de vigilancia y seguimiento de personas y cosas e inspecciones judiciales que permiten ver que existe tal organización delincuencia denominada "Alianza" dedicados a esa receptación, manipulación, comercialización y comercio ilegal de equipos terminales móviles"(sic)

Las anteriores transcripciones son apartes del acto de formulación de imputación realizado por la fiscalía.

6.2 El Tribunal considera que la postulación de preclusión de la fiscalía desconoce la naturaleza objetiva de la causal invocada, pues la plantea sobre una hipótesis para nada indiscutible. Expresado de diferente manera, la fiscalía al momento de formular la imputación advirtió la existencia de un grupo al margen de la ley dedicado a la actividad reseñada en detalle en aparte previo, es decir, donde unos hurtan, otros reciben el elemento hurtado y luego de modificar sus signos o señales de identificación lo distribuyen a título de venta. Consideró además que quienes ejercen los diferentes roles actúan de consuno, bajo un acuerdo, si se quiere tácito, es decir, formuló una hipótesis sobre un hecho específico, que percibió a través de las actividades investigativas realizadas, es decir a través de sus sentidos. Se trata de hechos ciertos, materialmente consolidados.

El fiscal a quien correspondió acusar, por su parte, sin haber agotado ninguna actividad investigativa que descalifique la conclusión de su antecesor, decide que los mismos hechos, tal como fueron considerados para la imputación, no demuestran la existencia del acuerdo necesario para estructurar la conducta. En esa forma planteado el problema, es claro que no se está ante la inexistencia material o fenoménica del hecho constitutivo del acuerdo. Se trata, por el contrario, de una disparidad de criterios al interior del ente fiscal en torno a la intelección que merecen los hechos advertidos

a través de la investigación, que en manera alguna constituye la causal tercera del artículo 332 del C. de P.P.

Adicionalmente, olvidó el fiscal del caso que este tipo de causal demanda para su procedencia la existencia de un hecho sobreviniente que desdibuje o desnaturalice el contenido de la imputación, requerimiento que, en el presente asunto, por las mismas razones esbozadas atrás, se advierte ausente.

Sobre las causales objetivas de preclusión esto ha sostenido la Corte:

“5. Los lineamientos reseñados, esto es, que en el juzgamiento se puede invocar la preclusión únicamente por las causales 1ª y 3ª del artículo 332 procesal, cuando se estructuren por hechos que sobrevengan a la acusación, surgen del entendimiento de que en las fases previas es viable declarar el instituto por cualquiera de los motivos reglados, pero en el juicio solamente puede hacerse por causales que no exigen valoración alguna, cuya constatación es simplemente objetiva.

Ello sucede con la muerte del procesado, el desistimiento, la amnistía, la prescripción, la oblación, la conciliación, la indemnización integral, la retractación, supuestos en los cuales, una vez verificados, exigen la preclusión por vía de la causal 1ª, por cuanto en tales casos es imposible iniciar la acción penal, o continuarla. Lo propio ha de hacerse ante la inexistencia del hecho (causal 3ª).

La situación difiere cuando se está ante motivos que pueden denominarse subjetivos, en cuanto exigen del juez la valoración de las pruebas para desentrañar su estructuración. Mal puede el juzgador hacer tal ejercicio de estimación probatoria en estos eventos, como que el mismo es la razón de ser del juicio, del debate oral, luego en tales supuestos ha de agotarse el procedimiento para que el asunto sea resuelto en la sentencia.

*La jurisprudencia de la Corte se ha pronunciado con esos alcances tratándose del procedimiento de la Ley 600 del 2000, lo cual resulta aplicable en el sistema de la Ley 906 del 2004, por cuanto lo que hizo el legislador de la última fue recoger aquellos pronunciamientos y plasmarlos en su artículo 332, en el entendido de que antes de la acusación la Fiscalía puede lograr la preclusión al acreditarse cualquier motivo que imponga la extinción, en tanto que en fase del juzgamiento solamente puede intentarse por motivos objetivos, como que la acreditación de los subjetivos, por requerir la valoración de las pruebas, debe diferirse para su resolución en el fallo”.*⁴

⁴ CS de J SP9245-2014 radicado 44043 del 16 de julio de 2014

6.3 En síntesis, la causal invocada por la fiscalía es de carácter objetivo y el discurso elaborado para sustentarla no se corresponde con ese carácter, pues se funda en un aspecto que es susceptible de discusión; tampoco ha sobrevenido un hecho posterior a la imputación que permita concluir la configuración de la causal invocada.

Con fundamento en lo hasta aquí discurrido, es que se confirmará la decisión objeto de recurso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución **RESUELVE: CONFIRMAR** el auto proferido por el Juzgado 10° Penal del Circuito de esta ciudad, del 14 de agosto de 2020 que negó la preclusión deprecada por el delegado de la FGN.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

*

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

MAGISTRADO

**

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

MAGISTRADO

**

NELSON SARAY BOTERO

MAGISTRADO

- * Original Firmado
- ** Proyecto aprobado en Sala de Decisión Virtual

Nota: La providencia con las respectivas firmas puede ser consultada en la Secretaría de la Corporación, una vez finalice la medida de aislamiento preventivo obligatorio decretada por el Gobierno Nacional en el marco de la emergencia sanitaria causada por el COVID-19