



Rad. N°: 05360 60 99057 2017 10645
Procesado: Andrés Felipe Mosquera Montoya
Delito: Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto
Tema: Apelación auto que niega nulidad
Decisión: Confirma
Magistrado Ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín
Acta N°: 040

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Novena de Decisión Penal

Medellín, treinta de marzo de dos mil veintitrés.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión proferida el 9 de marzo de 2023, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, por la cual negó la nulidad deprecada por el apoderado judicial del señor ***Andrés Felipe Mosquera Montoya***.

ANTECEDENTES:

Los hechos génesis del presente proceso, sucedieron, según lo narrado en escrito de acusación, en los siguientes términos:

El 3 de diciembre del año 2017, aproximadamente a las 03:10 horas, el señor John Fredy Hernández Ortiz, en compañía de su novia Yuly Marcela Oquendo Herrera y otras dos personas, caminaban por inmediaciones de la Estación de Policía del Municipio de La Estrella, ubicada en la carrera 60 No. 79 Sur 28, y observaron que un grupo de uniformados estaba recibiendo instrucciones por parte de un superior. En ese momento Yuly Marcela Oquendo indagó a su novio del por qué la presencia de tantos miembros de la Policía a lo que John Fredy Hernández Ortiz respondió *“porque van a coger ratas”* expresión que también fue escuchada por el entonces Comandante de la Estación de Policía, S.I **Andrés Felipe Mosquera Montoya**, quien preguntó qué era lo que estaba diciendo, John Fredy Hernández repitió lo que dijo y ello motivó a **Andrés Felipe Mosquera** a pararse en frente del civil y agredirlo físicamente, propinándole golpes en el pecho, lo tiró al piso, le propinó una patada; intervinieron otros policiales quienes también lo agredieron físicamente con golpes en todo el cuerpo, luego lo esposaron y lo amarraron a un tubo. Pasados cinco minutos le permitieron que se fuera porque las heridas de su rostro estaban sangrando, por lo que acudió al hospital.

Por estos hechos se inició la investigación correspondiente y el 2 de diciembre de 2022, ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de La Estrella, se llevó a cabo la audiencia descrita en los artículos 286 y siguientes del Estatuto Procesal Penal, diligencia en la cual el

Delegado de la Fiscalía General de la Nación formuló imputación al señor **Andrés Felipe Mosquera Montoya**, por el delito de Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, previsto en el artículo 416 del Código Penal. El imputado no se allanó al cargo endilgado.

Una vez radicado el escrito de acusación por la Fiscalía 45 Seccional, el asunto fue asignado al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, quien dio el trámite de rigor.

El 9 de marzo de 2023, una vez instalada la audiencia que tenía como propósito hacer efectiva la formulación de acusación, en el traslado de que trata el inciso 1º del artículo 339 del Estatuto Procesal Penal, el profesional del derecho que representa los intereses de **Andrés Felipe Mosquera Montoya** tomó la palabra y solicitó la nulidad de lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación, tanto por incompetencia del Juez como por la afectación de derechos y garantías fundamentales en aspectos sustanciales.

Indica que la investigación y juzgamiento seguida en contra del señor **Mosquera Montoya** no debe adelantarse ante la Jurisdicción Ordinaria, en tanto que de los hechos y calificación jurídica atribuidas a éste por la Fiscalía General de la Nación, se desprende que ese supuesto actuar ilícito de su representado fue cometido con ocasión del cumplimiento de una función pública, esto es, hay un nexo funcional entre el hecho que originó la investigación y la actividad de policía que ejerce **Andrés Felipe Mosquera**. Sostiene que muestra de ello es el tipo penal endilgado a dicho ciudadano por el ente acusador, Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, delito que dentro de su estructura se refiere precisamente a que el servidor público lleva a cabo este

comportamiento en desarrollo de sus funciones o excediéndose de las mismas.

Por lo anterior, arguye que llevar a cabo el trámite de juzgamiento en contra de su defendido por la vía ordinaria, desconoce las formas propias del juicio, así como el principio del juez natural, garantías que desarrollan el debido proceso.

Asegura que tal situación se puso de presente al Juez con función de control de garantías ante quien se realizó la audiencia de formulación de imputación, pero éste desatendió la argumentación de la defensa omitiendo dar el trámite pertinente a la impugnación de competencia y simplemente ordenó proseguir con la diligencia, sin presentar motivación alguna para proceder de esa manera.

Hace referencia a cada uno de los principios que rigen la declaratoria de nulidad, reiterando que en este caso se vienen desconociendo al señor **Andrés Felipe Mosquera Montoya** las garantías del juez natural, de las formas propias de cada juicio y con ello se violenta la defensa y la contradicción dentro del debido proceso.

Por lo expuesto, solicita la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de imputación, esto atendiendo a lo previsto en los artículos 456, 457 y 458 del Código de Procedimiento Penal.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí procedió a resolver la solicitud de nulidad deprecada por el apoderado del aquí procesado, misma que fue despachada desfavorablemente.

En primer lugar, tuvo en cuenta que la formulación de imputación es un acto de comunicación a través del cual se vincula a una persona al proceso penal y, en tal sentido, dada la calidad de aquel acto, el mismo no constituye una actuación procesal susceptible de ser anulada. Argumenta que precisamente por esa condición de mero acto de comunicación de unos hechos jurídicamente relevantes y de una adecuación jurídica provisional, la formulación de imputación no tiene la virtualidad de vulnerar las garantías fundamentales del indiciado.

De otro lado, pone de presente que, de acuerdo con la jurisprudencia especializada, existen eventos excluyentes en los cuales la justicia penal militar bajo ninguna circunstancia tiene competencia. El primero es si no hay vínculo próximo y directo entre el delito y el servicio. El segundo si el delito es de tal gravedad que se rompe el vínculo con el servicio. Y el tercero, de relevancia para este caso, es cuando existe duda sobre cualquiera de esos elementos entonces la competencia está en la justicia ordinaria.

Al respecto, manifiesta que precisamente, conforme con los roles que impone la sistemática acusatoria de naturaleza adversarial, a quien le corresponde la definición del trámite procesal a seguir, en relación con la adecuación jurídica y el trámite procesal que se debe seguir en cada caso, es a la Fiscalía General de la Nación, misma que en este evento determinó que de acuerdo con la gravedad del delito se rompe ese vínculo con el servicio, lo que, al menos de manera tangencial, lleva a que exista duda en relación con ese particular elemento.

Manifiesta la *A quo* que, si en gracia de discusión se admitiera que en este caso la competencia radica en la justicia castrense y se entrara a verificar una posible trasgresión a garantías fundamentales que tuviera lugar en el acto de comunicación llevado a cabo, la conclusión a la que arriba es que no existió vulneración alguna. Insiste en que en la diligencia celebrada el 2 de diciembre de 2022, el señor **Andrés Felipe Mosquera Montoya** estuvo acompañado de su abogado de confianza, se le pusieron de presente unos hechos que, según la Fiscalía, se enmarcan dentro de una normatividad, y cuáles eran los elementos que permitían hacer esa inferencia lógica y razonable respecto de la autoría o participación; y, además, se le dieron a conocer cuáles eran los derechos que le asistían.

Finalmente, aduce que el mismo Legislador estableció que el escenario oportuno para discutir la competencia no es ante el juez con función de control de garantías, sino precisamente en esta etapa de saneamiento dispuesta en la audiencia de formulación de acusación.

En consonancia con lo anterior, resuelve no acceder a la solicitud de nulidad; de un lado, porque no se considera incompetente para llevar a cabo el trámite, pues a partir de los hechos de la imputación, de la adecuación jurídica traída por la Fiscalía y del análisis en cuanto a los parámetros que ha fijado la Corte Suprema de Justicia, concluye que en este evento con el ejercicio de esa violencia se rompió el vínculo entre el servicio y el acto que se reprocha; y, de otro lado, porque no se advierte vulneración a garantías fundamentales de **Andrés Felipe Mosquera Montoya** que amerite la declaratoria de ineficaz de algún acto procesal.

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial del procesado interpuso recurso de apelación.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN:

El recurrente inició el disenso asegurando que en ningún momento se ha pretendido plantear la discusión acerca de si la formulación de imputación es o no un acto de mera comunicación o un verdadero acto procesal atendiendo a su contenido sustancial

Argumenta que aquí el punto central es que el artículo 54 de la Ley 906 de 2004 prevé la posibilidad de impugnar la competencia del juez no solo en la diligencia destinada a la verbalización de la acusación, sino también en la audiencia de formulación de imputación. Explica que aquí la defensa no está discutiendo si al señor **Mosquera Montoya** se le respetaron o no las garantías fundamentales en la audiencia de formulación de imputación, sino que, ante la manifestación de incompetencia enarbolada por el defensor respecto al funcionario con función de control de garantías, éste, sin mediar motivación alguna, dispuso seguir con el trámite y omitió remitir la actuación al superior encargado de dirimir la impugnación de la competencia.

De otro lado, insiste en que este proceso no puede seguirse ante la Jurisdicción Ordinaria sino ante la Justicia Penal Militar, pues, tal como lo puso de presente la Fiscalía al momento de formular imputación, lo que presuntamente llevó a cabo **Andrés Felipe Mosquera Montoya** fue desbordar sus atribuciones como policía, siendo ello igualmente reiterado en el escrito de acusación, circunstancia fáctica que justamente es una de las modalidades a

través de las cuales se puede generar el delito de Abuso de autoridad previsto en el Código Penal Militar.

Se opone a los argumentos traídos a colación por la Juez de primera instancia para concluir que este proceso sí debe seguirse por la cuerda ordinaria. En primer lugar, aduce que en este caso sí existe nexo funcional entre el servicio público y los hechos endilgados a su defendido, circunstancia que precisamente se desprende de la narración fáctica realizada por la Fiscalía, como también de la imputación jurídica dada en este caso. En segundo lugar, aduce que resulta impreciso referirse a la supuesta gravedad del hecho, pues cuestiona la manera cómo puede medirse la misma para determinar si un acto determinado es o no grave. En tercer lugar, respecto a que cuando existe duda sobre esos elementos la competencia debe asignarse a la justicia ordinaria, arguye que en momento alguno la Juez de instancia indicó cuál es la duda.

Por lo anterior, insiste en que los hechos aquí endilgados a **Andrés Felipe Mosquera Montoya** deben ser juzgados a través de la Justicia Penal Militar.

Conforme con lo expuesto, solicita se revoque la decisión de la Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí y que, en su lugar, se declare la nulidad de los actuado desde la audiencia de formulación de imputación llevada a cabo el 2 de diciembre de 2022.

NO RECURRENTE

La Fiscal 245 Seccional de La Estrella pide se confirme la decisión de la primera instancia en tanto el aquí recurrente no demostró el supuesto error en el que incurrió la *A quo* al despachar desfavorablemente la solicitud de nulidad, yerro que,

asegura, no existió pues la funcionaria de primer grado expuso y motivó adecuadamente las razones fácticas y jurídicas por las que no es procedente la pretensión de la defensa.

De otro lado, manifiesta que, tal como lo ha venido remarcando desde su intervención inicial, si bien la conducta ilícita atribuida a **Andrés Felipe Mosquera Montoya** presenta similitudes entre el tipo previsto en el artículo 416 de la Ley 599 de 2000 y el canon 165 del Código Penal Militar, es claro que en este caso resulta aplicable aquel, pues dentro de las funciones policiales del encartado no está la de agredir o lesionar a los ciudadanos, motivo por el cual constituye un delito de competencia de la justicia ordinaria y más no de la penal militar.

CONSIDERACIONES:

Le asiste competencia a esta Sala de Decisión para abordar el tema sometido a su consideración, atendiendo lo normado en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, que la faculta para conocer de los recursos de apelación contra los autos que en primera instancia profieran los Jueces del Circuito.

En el caso bajo examen, el problema jurídico que se le plantea a la Sala es determinar la corrección o no de la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, en el sentido de no decretar la nulidad de la audiencia de formulación de imputación realizada el 2 de diciembre de 2022, al no evidenciar vulneración a derecho o garantía fundamental alguna en el trámite seguido en contra de **Andrés Felipe Mosquera Montoya**.

Inicialmente, debe precisarse que en la sistemática de la Ley 906 de 2004, se disponen tres causales a efectos de plantear la ineficacia de los actos procesales, dispuestas en los artículos 455

a 457 del Código de Procedimiento Penal: i) Cuando la nulidad se derive de prueba ilícita, ii) Por incompetencia del Juez debido a su fuero o que estuviere asignado a los Jueces del circuito especializados, y iii) Por violación de garantías fundamentales en el derecho de defensa o el debido proceso, en aspectos sustanciales.

Ello, en efecto, debe concordarse con los principios dispuestos en la Ley 600 de 2000, pues si bien no están consagrados expresamente en la Ley 906 de 2004, jurisprudencialmente se ha extendido tal interpretación, sin que riña con este sistema.

En torno a la declaratoria de nulidad y los principios que deben orientar la decisión que positiva o negativamente deba adoptarse, de tiempo atrás ha referido la Corte Suprema de Justicia:

“(...) No obstante que la Sala desde hace algún tiempo adoptó como criterio que para la proposición y sustentación de nulidades no se exigen fórmulas sacramentales específicas, ello no implica que la correspondiente pretensión pueda estar contenida en un escrito de libre factura, habida cuenta que no cualquier anomalía conspira contra la vigencia del proceso, pues la afectación debe ser esencial y estar vinculada en calidad de medio para socavar algún derecho fundamental de las partes o intervinientes, de suerte que, igual que en las otras causales, debe ajustarse a ciertos parámetros lógicos que permitan comprender el motivo de ataque, el yerro sustancial alegado y la manera como se quebranta la estructura del proceso o se afectan las garantías a consecuencia de aquél.

Precisamente, a asegurar esos cometidos, así como el carácter serio y vinculante del correspondiente reproche, apunta la observancia de los principios que orientan la declaración de nulidades, los cuales, a pesar de no estar previstos en una determinada norma del Código de Procedimiento Penal que rige este asunto, siguen siendo criterios de inexcusable observancia, como así ha tenido oportunidad de puntualizarlo la Corte.

*Tales axiomas se concretan en los siguientes postulados: sólo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley (principio de taxatividad); **quien alega la configuración de un vicio enervante debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya (principio de acreditación)**; no puede deprecarla en su beneficio el sujeto procesal*

*que con su conducta haya dado lugar a la configuración del yerro invalidante, salvo el caso de ausencia de defensa técnica (principio de protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (principio de convalidación); **no procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (principio de instrumentalidad); quien alegue la rescisión tiene la obligación indeclinable de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales (principio de trascendencia)** y, además, que para enmendar el agravio no existe remedio procesal distinto a la declaratoria de nulidad (principio de residualidad)¹. (Subraya y negrilla fuera de texto)*

En tal sentido, debe insistirse en que al momento de estudiar la afectación de las garantías mínimas que establecen la Constitución y la Ley para las actuaciones procesales, se debe valorar si dicha situación atenta de manera grave contra el debido proceso y desconoce la garantía de los derechos e intereses de las personas que intervienen en el mismo, siempre teniendo en cuenta que, se reitera, las nulidades se rigen por una serie de principios como el de taxatividad, trascendencia, instrumentalización de las formas, convalidación, residualidad y acreditación, entre otros, que ante la evidencia de la insignificancia de un yerro o frente a la posibilidad de subsanarlo, sin incidir en la etapa procesal siguiente, no se hace necesario rehacerla, teniendo en cuenta que no existe un resultado negativo para los intervinientes en el proceso.

Todo ello en procura de preservar la garantía de otros principios y derechos, como la legalidad, la igualdad, la favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho de defensa y los derechos de las víctimas, entre otros, a fin de alcanzar un adecuado acceso a la Administración de Justicia, sustento esencial de una sociedad democrática.

¹ Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Radicación 37.298 del 30 de noviembre de 2011.

En el caso que concita la atención de la Sala, la circunstancia concreta por la que el apoderado de la defensa depreca la nulidad de la audiencia de formulación de imputación llevada a cabo el 2 de diciembre de 2022 consiste en que el funcionario judicial que dirigió tal diligencia no efectuó el trámite correspondiente ante la impugnación de competencia que le planteó la defensa al inicio de la audiencia y, en su lugar, permitió que el Fiscal Delegado siguiera adelante con la formulación de imputación. Sin embargo, de lo expuesto por el recurrente no se evidencia una irregularidad tal que tenga la virtualidad de dar al traste con lo actuado en sede de control de garantías y, menos aún, que afecte de manera real y cierta el debido proceso del señor **Andrés Felipe Mosquera Montoya**.

Al comprobar el registro de audio y video de la audiencia preliminar surtida en este caso², no se evidencia ningún actuar irregular del Juez Primero Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de La Estrella. Obsérvese que, en ese estado primigenio de la diligencia, la manifestación de la defensa acerca de la falta de competencia por el fuero de que, según afirma, goza **Mosquera Montoya**, se fundamentó en meras suposiciones, pues aún se desconocía, de manera certera, cuales hechos concretamente serían atribuidos por la Fiscalía, así como la calificación jurídica que a los mismos le daría la representación del ente acusador; en tal medida, lo procedente en ese momento sí era que se permitiera la materialización de ese acto de comunicación, tal como lo definió el Juez, pues es a partir del mismo que se conocen las circunstancias fácticas que se le atribuyen al procesado, así como la conducta ilícita atribuida, y con base en esa

² Archivo digital denominado "00IndiceExpedienteElectronico"

información es que se puede dilucidar si, en efecto, es aplicable o no el fuero que alega la defensa.

De igual manera, contrario a lo indicado por el recurrente, el Juez con Función de Control de Garantías no pasó por alto o desatendió lo solicitado. Es claro que el funcionario judicial sí adoptó una decisión ante la impugnación de competencia planteada, solo que fue contraria a los intereses de la defensa, y la misma consistió precisamente en darle continuidad a la formulación de imputación, trayendo a colación lo normado en el artículo 341 del Código de Procedimiento Penal para concluir que esa controversia suscitada debía ser definida por el Juez de Conocimiento al iniciarse la audiencia de formulación de acusación.

Ahora bien, del registro de audio y video se desprende, con suma claridad, que no le asiste razón al apelante según el cual el funcionario judicial le impidió al defensor oponerse a la decisión adoptada. Nótese que ante la determinación del Juez Primero Promiscuo Municipal de La Estrella de darle continuidad a la formulación de imputación, el apoderado que en ese momento representaba los intereses de **Andrés Felipe Mosquera** simplemente guardó silencio, en momento alguno se opuso ni manifestó su inconformidad con la determinación y, menos aún, insistió en impugnar la competencia.

En tal sentido, es dable concluir que en ese instante el representante de la parte de descargo aceptó y convalidó lo decidido, no siendo entonces dable que ahora se alegue una supuesta nulidad por un actuar que, se reitera, fue aprobado por la defensa.

Sumado a ello, como lo puso de presente la Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí al denegar en primera instancia la petición de nulidad, en el curso de la diligencia ante el Juez con Función de Control de Garantías, no se presentó situación alguna que derivara o significara desconocimiento de garantías fundamentales de **Andrés Felipe Mosquera Montoya**. El encartado estuvo acompañado de su abogado de confianza, se le pusieron de presente unos hechos que, según el ente acusador, se enmarcan dentro de una normatividad, se le precisaron cuáles eran los elementos que permitían hacer esa inferencia lógica y razonable respecto de la autoría o participación; y, finalmente, se le dieron a conocer cuáles eran los derechos que le asistían al adquirir la calidad de imputado.

Adicionalmente, debe hacerse énfasis en que tal como lo ha definido la jurisprudencia especializada, la formulación de imputación es un acto de parte y, como tal, no es pasible de ser anulada. Al respecto, de manera pacífica, se ha pronunciado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, corroborando que únicamente la irregularidad originada de los actos procesales judiciales -ya descartada en este caso-, es pasible de repararse con la anulación:

“Esa petición de nulidad del proceso se advertía manifiestamente inconducente al dirigirse contra un acto procesal de parte, como lo es la acusación, siendo que esa medida extrema sólo procede frente a las actuaciones de los funcionarios judiciales. En efecto, para los primeros, al constituir meras postulaciones, la ley procesal establece sanciones como la inadmisibilidad³, el rechazo⁴ o la exclusión que, por regla general, no inciden en la validez del proceso⁵. Mientras que, los actos procesales del juez, al ser vinculantes y decidir asuntos con

³ Se inadmiten, por ejemplo, el desistimiento de la querrela cuando no es voluntario, libre e informado (art. 76 C.P.P./2004) y el medio de prueba impertinente, inconducente o inútil (art. 359 C.P.P./2004).

⁴ El rechazo es la sanción a la falta de descubrimiento de los elementos probatorios y evidencia física (art. 346 C.P.P./2004) y a los actos manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos (art. 139 C.P.P./2004).

⁵ La sanción a la prueba ilícita e ilegal es la exclusión (arts. 23 y 359 del C.P.P./2004), más cuando se configura la primera hipótesis y la causa de la ilicitud es la obtención del medio de conocimiento mediante tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial, se produce la nulidad total del proceso, tal y como se dispuso en la sentencia C-591 de 2005.

fuerza de ejecutoria material, sí tienen la potencialidad de lesionar garantías fundamentales, entre ellas el derecho a la defensa y el debido proceso, por lo que la irregularidad de los mismos debe repararse con la anulación, claro está, si ello no fue posible con otros remedios como la corrección de los actos irregulares o la revocatoria de las providencias en sede de impugnación.

La condición de «parte» en el proceso de la Fiscalía General de la Nación es consecuencia natural de las reformas introducidas por el Acto Legislativo No 03 del 19 de diciembre de 2002 y desarrolladas por la Ley 906 de 2004, cuyo objetivo fue el de acentuar la adopción de un sistema de enjuiciamiento penal de naturaleza acusatoria. Los efectos de esa modificación en la función de la fiscalía, entre otros, fueron: (i) se le despojó de la mayoría de facultades jurisdiccionales de injerencia en los derechos fundamentales⁶ y de disponibilidad de la acción penal, frente a las cuales ahora tiene sólo un poder de postulación⁷; (ii) aunque la acusación sigue siendo presupuesto del juicio y, por ende, de la competencia del juez de conocimiento, la naturaleza de ese acto varió: de decisión judicial⁸ pasó a ser una pretensión⁹; y, (iii) se delimitó su rol al de investigador y acusador, pues un juez imparcial conoce del juicio y decide, y otro controla el respeto de las garantías¹⁰. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Y en igual sentido, la misma Corporación aseveró:

*“Es consolidada la posición de la Sala referente a que **el escrito de acusación, como petición de parte, no es susceptible de ser anulado, no podría estar afectado de invalidez**; ante una acusación mal planteada y sustentada, la sanción como sucede con cualquier acto de parte, está dada porque al finalizar el juicio la misma no habrá de prosperar¹¹. (Subraya y negrilla fuera de texto)*

A la misma conclusión arribó otra Sala de Decisión Penal de esta Corporación, en un evento en el cual la Defensa deprecó se decretara la nulidad de la formulación de imputación,

⁶ La fiscalía conservó funciones judiciales como son: la captura excepcional, los registros, los allanamientos e interceptación de comunicaciones (Art. 250, num. 1, inc. 3º, y 2).

⁷ Art. 250 de la Constitución Política: “(...) En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1. **Solicitar** al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. (...) 4. **Presentar** escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías. 5. **Solicitar** ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar. 6. **Solicitar** ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito. (...)”

⁸ En el Código de Procedimiento Penal de 2000, la acusación era una providencia judicial, tal y como expresamente lo disponía, entre otros, el artículo 397: “El Fiscal General de la Nación o su delegado dictarán **resolución** de acusación cuando...”

⁹ Art. 336 C.P.P./2004: “El fiscal presentará el **escrito** de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando...”

¹⁰ AP5563-2016 del 24 de agosto de 2016. Radicación 48573

¹¹ AP1530-2016 del 16 de marzo de 2016. Radicación 47224.

dejando de lado que el mismo se constituye como un acto de parte, no susceptible de dicha sanción:

“Mírese, en este punto, y ello es lo esencial del análisis, que busca con su actividad el defensor, que la judicatura decrete la nulidad de una actuación de parte; la formulación de imputación, como lo tiene claramente definido la ley, es un acto de comunicación por parte del órgano de persecución judicial y por ende, en principio, no puede ser objeto de control judicial.

Si bien en este evento no se está discutiendo la corrección o incorrección de la calificación de las conductas punibles esperadas al imputado, se está cuestionando la actuación de una de las partes (...)

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

(...)

En igual sentido es nuestra conclusión; no se puede pretender, invocando una pretendida afectación al derecho de defensa o al debido proceso, provocar el pronunciamiento de un Juez frente a un acto de parte que, por regla general, insistimos, no tiene control judicial; ciertamente lo adecuado era rechazar por improcedente la solicitud”¹². (Subraya y negrilla fuera de texto)

De esta manera, entonces, es dable concluir que al descartarse algún actuar irregular por parte del Juez Primero Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de La Estrella en la diligencia celebrada el 2 de diciembre de 2022, y al consistir la formulación de imputación en un acto de mera comunicación, que se realiza en el ejercicio de la acción penal, no hay posibilidad de decretar la ineficacia del mismo con miras a corrección o validación.

En consecuencia, atendiendo a las razones esbozadas, considera esta Sala de Decisión que no resulta procedente acceder a la declaratoria de nulidad solicitada por la

¹² Sala Penal. Tribunal Superior de Medellín. Providencia del 3 de marzo de 2017. Radicación 2015-34475. M. P. Rafael María Delgado Ortiz.

defensa, pues es claro que la circunstancia puesta de presente por el apelante no constituye un actuar irregular de tal índole que amerite la invalidar lo actuado y, además, de lo obrante en la actuación y de los argumentos esgrimidos por el recurrente, no se desprende que haya tenido lugar vulneración a derecho fundamental alguno del señor **Mosquera Montoya**.

Corolario de lo expuesto, se confirmará la decisión objeto de alzada, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, pues la misma se evidencia ajustada a derecho.

De otro lado, en lo que concierne a la aseveración de la defensa en el sentido de que por la manera como se desarrollaron los hechos delictivos atribuidos al aquí procesado y por el delito imputado, hay un nexo funcional entre la circunstancia fáctica que originó la investigación y la actividad de policía que ejerce **Andrés Felipe Mosquera Montoya**, y que por ello el trámite de juzgamiento no puede adelantarse ante la Jurisdicción Ordinaria sino ante la Justicia Penal Militar, debe precisarse que esta Corporación carece de competencia para adoptar una decisión de fondo, pues tal controversia está referida a un eventual cambio de jurisdicción, estando asignada tal función a la Corte Constitucional, según lo previsto en el numeral 11 del artículo 241 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 14 del Acto Legislativo 02 de 2015:

“ARTICULO 241. *A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:*

(...)

11. *<Numeral adicionado por el artículo 14 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones”.*

Ahora bien, la referida Alta Corporación ha sido insistente en señalar que para que se pueda entender que se ha producido un verdadero conflicto de jurisdicciones, es necesario que dos autoridades judiciales de jurisdicciones diferentes reclamen para sí o nieguen ser competentes para asumir el conocimiento del asunto correspondiente, evento que aún no se presenta en este caso.

De manera reiterada la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Este Tribunal ha señalado que los conflictos de jurisdicciones se presentan cuando “dos o más autoridades que administran justicia y pertenecen a distintas jurisdicciones se disputan el conocimiento de un proceso, bien sea porque estiman que a ninguna le corresponde (negativo), o porque consideran que es de su exclusiva incumbencia (positivo).”

En ese sentido, se requieren tres presupuestos para que se configure un conflicto de jurisdicciones: (i) Presupuesto subjetivo, el cual exige que la controversia sea suscitada por, al menos, dos autoridades que administren justicia y pertenezcan a diferentes jurisdicciones; (ii) presupuesto objetivo, según el cual debe existir una causa judicial sobre la cual se suscite la controversia, es decir, que pueda verificarse que está en desarrollo un proceso, un incidente o cualquier otro trámite de naturaleza jurisdiccional; y (iii) presupuesto normativo, a partir del cual es necesario que las autoridades en colisión hayan manifestado, a través de un pronunciamiento expreso, las razones de índole constitucional o legal por las cuales se consideran competentes o no para conocer de la causa.

Específicamente sobre el primer presupuesto se ha sostenido que, cuando no se está ante esa contradicción, es impropio establecer la existencia de un conflicto de competencia entre jurisdicciones o de competencia dentro de una misma jurisdicción.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha precisado que “la impugnación de competencia, prevista en el artículo 341 de la Ley 906 de 2004, es una figura diseñada para resolver los conflictos de competencia que se suscitan al interior de la jurisdicción penal ordinaria, la cual no puede aplicarse frente a conflictos de jurisdicciones”. En consecuencia, la posibilidad de que la Sala Plena se pronuncie de fondo en torno a un conflicto de jurisdicciones está supeditada a la verificación de la existencia de los pronunciamientos de, al menos, “dos autoridades judiciales, de jurisdicciones diferentes, que reclaman para sí o niegan su

competencia”, comoquiera que dicha clase de colisiones “no puede provocarse autónomamente por las partes del respectivo proceso

Con base en los anteriores criterios, la Sala Plena se declarará inhibida para pronunciarse sobre el presente asunto, y ordenará la remisión del expediente de la referencia al Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué, para lo que corresponda”¹³.

Y más recientemente la misma Corporación precisó:

*“Particularmente, en relación con los conflictos de jurisdicción, en el Auto 155 de 2019, esta Corporación precisó que su configuración requiere la concurrencia de los siguientes tres presupuestos: (i) el **presupuesto subjetivo** exige que la controversia sea suscitada por, al menos, dos autoridades que administren justicia y pertenezcan a diferentes jurisdicciones; (ii) el **presupuesto objetivo**, el cual exige la existencia una causa judicial sobre la cual se suscite la controversia. En otras palabras, debe estar acreditado el desarrollo de un proceso, un incidente o cualquier otro trámite de naturaleza jurisdiccional; y, (iii) el **presupuesto normativo** que consiste en que las autoridades judiciales en colisión deben manifestar expresamente las razones de índole constitucional o legal por las cuales se consideran o no competentes para conocer la controversia.*

La Sala Plena de la Corte Constitucional constata que no se satisface el presupuesto subjetivo para la configuración del conflicto positivo de jurisdicciones entre la Fiscal 14 Seccional de la Unidad de Vida de la ciudad de Cali (Valle del Cauca), y el Cabildo Indígena Menor Zenú Tuchincito de Puerto Escondido, departamento de Córdoba.

En este contexto, la Sala Plena de la Corte Constitucional establece que en este caso lo procedente es una decisión inhibitoria, pues de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión, para que se configure un conflicto entre jurisdicciones, desde el factor subjetivo, se requiere que la colisión se presente entre dos autoridades que administren justicia y pertenezcan a diferentes jurisdicciones. En consecuencia, no hay conflicto cuando, como ocurre en este caso, una de las partes en colisión no ejerce funciones jurisdiccionales”¹⁴.

De esta manera, entonces, es claro para esta Sala de Decisión que, en los términos dictados en la jurisprudencia en cita, en el presente evento no se ha configurado un conflicto entre jurisdicciones, pues únicamente ha tenido lugar un pronunciamiento de una sola autoridad judicial aceptando o admitiendo ser

¹³ Corte Constitucional. Auto 041 del 10 de febrero de 2021.

¹⁴ Corte Constitucional. Auto 353 del 16 de marzo de 2022.

competente para adelantar el trámite de juzgamiento en contra del señor **Andrés Felipe Mosquera Montoya**, sin que la representación de dicho ciudadano haya propugnado porque otra autoridad judicial de una jurisdicción diferente -en este caso la Justicia Penal Militar- emitiera un concepto al respecto.

Así lo indica la Alta Corporación:

“Adicionalmente, es preciso reiterar que “no habrá lugar a la configuración de conflicto de competencia entre jurisdicciones, si el investigado, o quien ejerce su defensa, no solicitan a las autoridades de la jurisdicción que consideran tiene la competencia para tramitar su asunto, un pronunciamiento en aras de conocer su posición al respecto. En estos casos, resulta obligatorio que sea dicha autoridad la que comunique a quien tramita el proceso las razones planteadas en la solicitud, así como su postura sobre si le asiste o no la competencia”¹⁵.

Siguiendo esta línea de análisis y atendiendo a las directrices dadas por la Corte Constitucional, se ordenará la devolución del expediente al Juzgado de origen para que continúe con el trámite correspondiente, en consideración a que aún no se ha configurado de manera efectiva un conflicto de jurisdicciones.

Por las razones expuestas, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, en Sala Novena de Decisión Penal,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de origen, fecha y contenido indicados, que negó la solicitud de nulidad deprecada por el apoderado judicial del señor **Andrés Felipe Mosquera Montoya**. Ello, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

¹⁵ Corte Constitucional. Auto 580 del 5 de septiembre de 2018, reiterado en el Auto 041 del 10 de febrero de 2021.

SEGUNDO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

TERCERO. Remítase la carpeta al Juzgado de origen para los fines pertinentes.

DÉJESE COPIA Y CÚMPLASE.



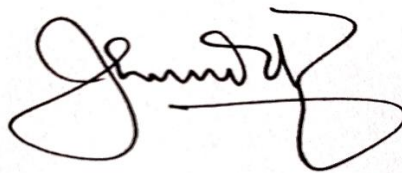
PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN

Magistrado



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO

Magistrado



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

Magistrado.