



SALA PENAL

Radicado: 11-001-60-00-000-2022-00446
Imputados: Manuel José Vásquez Castaño
Jesús Adrián Vásquez Castaño
Gustavo Alberto Aristizábal Quintero
Iván de Jesús Gómez Gómez
Rafael Alejandro Yepes Montoya
John Henry Aristizábal Bustamante
Carlos Mario Patiño Gómez
Carlos Mario Úsuga Durango
Camilo Andrés Gualtero Franco
Fernando Grey Montiel
Jorge Eliécer Luna Vidal
Juan David González Cárdenas
Luis Guillermo Pérez Velandia
Delitos: Concierto para delinquir agravado
Contrabando
Favorecimiento y facilitación del contrabando
Favorecimiento por servidor público
Cohecho
Asunto: Apelación de auto que niega nulidad
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 131

Medellín, veintiséis (26) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa de *Manuel José Vásquez Castaño*, *Jesús Adrián Vásquez Castaño*, *Iván de Jesús Gómez Gómez* y *Rafael Alejandro Yepes Montoya*, en contra de la decisión proferida el 30 de junio de 2022, por el Juzgado 5° Penal del Circuito Especializado de Medellín que negó la nulidad solicitada en la audiencia de formulación de acusación.

1. LA SOLICITUD DE NULIDAD

El 30 de junio de 2022, se instaló la audiencia de formulación de acusación y en desarrollo del trámite de que trata el artículo 339 del Código de Procedimiento Penal, el defensor de los señores *Manuel José Vásquez Castaño, Jesús Adrián Vásquez Castaño, Iván de Jesús Gómez Gómez y Rafael Alejandro Yepes Montoya* solicitó la nulidad parcial de lo actuado desde la formulación de imputación, por violación del derecho de defensa y del debido proceso en aspectos sustanciales de que trata el artículo 457 de la Ley 906 de 2004; específicamente, en lo que respecta a la imputación del delito de concierto para delinquir, toda vez que con relación a los demás delitos no encuentra reparo alguno de cómo fue formulada la imputación.

Alega que la Fiscalía confundió el delito de concierto para delinquir con la figura de la coautoría, cuando en el sistema penal acusatorio se debe respetar la dogmática y no imputar sin el respeto al debido proceso sustancial, pues los hechos deben ser descritos con todos los elementos del tipo. Es así como procede a hacer un extenso análisis sobre la tipicidad objetiva de cada uno de los eventos imputados por la Fiscalía frente a los delitos de contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento por servidor público y cohecho propio en los que se habría aludido al artículo 29 inciso 2 del Código Penal, respecto a la coautoría, al decirse que los imputados, mediando acuerdo común, actuaban con división de trabajo, advirtiendo la defensa que en varios de los hechos y delitos no aparecen sus defendidos.

Se queja por cuanto la Fiscalía anunció que estaría probado el concierto para delinquir sin que exista prueba alguna sobre el particular pues, pese a que en veinte oportunidades la Fiscalía le hace imputación a cada uno de los imputados como coautores de varios de los eventos mencionados, no existe un solo folio en el que se demuestre que el concierto fue para cometer delitos y que los imputados se pusieron de acuerdo para su comisión, ni se dice en dónde se pusieron de acuerdo, tratándose de hechos aislados que se habrían realizado en diferentes lugares del país durante los cuatro años a que alude la Fiscalía.

Arguye que se imputa que en la cima de la organización se encuentran los dueños de las mercancías y financieros, pero resulta que Manuel Vásquez Castaño no es dueño de ninguna mercancía, pues ello no se ha probado y solamente estaría demostrado que hacía operaciones logísticas, por lo que el delito de favorecimiento estaría bien endilgado.

Sostiene que, aunque se habla de un aporte en cada hecho específico, no se alude al aporte en el concierto para delinquir. Es así como cita la sentencia del 10 de marzo de 2021, radicado 725323, M. P. Diego Eugenio Beltrán, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre delimitación de hechos jurídicamente relevantes, para mencionar que no se puede cometer el error de confundir coautoría con el delito de concierto para delinquir, cercenándose el derecho al debido proceso por cuanto no se dijo absolutamente nada respecto al concierto para delinquir, a pesar de haberse motivado muy bien el aporte de los imputados en los demás eventos, tampoco se determinó la unidad de permanencia en el tiempo y afirma que

lo que hubo fue una división para cada uno de los otros eventos, pero no hay concierto para delinquir en la medida en que la Fiscalía se encargó de establecer que se estaba ante una coautoría propia e impropia.

Considera que debe decretarse la nulidad desde la formulación de la imputación toda vez que la falta de precisar las circunstancias del delito de concierto para delinquir proviene desde dicha audiencia y para ello cita la sentencia SP5660, radicado 52311, M. P. Patricia Salazar Cuéllar, para señalar que no se pueden confundir hechos jurídicamente relevantes con hechos indicadores y que el principio de legalidad tiene su principal escenario de concreción en la determinación de los hechos en cada caso en particular, por lo que resulta imperioso que, al estructurar las premisas fácticas de la acusación, el fiscal y el juez deben constatar que efectivamente cada uno de los elementos estructurales del delito previsto en abstracto encuentre desarrollo en los hechos objeto de decisión judicial.

Agrega que, en este caso, no se trajo un solo elemento de que el acuerdo consistía en constituir una empresa criminal, pues este fue para favorecer el contrabando, para el contrabando y para el cohecho, es decir, frente a la participación en el concierto no se dijo nada sobre cuál fue el aporte para la constitución de la empresa criminal con vocación de permanencia y durabilidad.

Estima que no se dan los presupuestos de los artículos 250 y 29 de la Constitución Política, en tanto la imputación debe ser clara, objetiva, concreta y circunstanciada, de lo

contrario, se vulnera el contenido del artículo 9 y siguientes del Código Penal respecto a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad frente al concierto para delinquir.

En su sentir se cumplen los principios de las nulidades como lo es de taxatividad, pues la causal está acreditada en el sentido de que se ha violado el principio de *non bis in ídem* porque, a pesar de haberse imputado los delitos de contrabando y favorecimiento, también se hace por concierto, con las agravantes que colocan al señor Vásquez Castaño como jefe de la organización cuando se dice que en la cúpula estaban los financiadores y él solamente era un logístico; el principio de protección por cuanto ese acto irregular debe resolver en esta etapa procesal, saneando la imputación mal realizada; el principio de convalidación porque se advirtió el error desde las audiencias concentradas y se ha venido reclamando que se corrija; el principio de instrumentalidad en cuanto se debe decretar la nulidad para que se cumpla legalmente el acto echado de menos, pues el juez de control de garantías debió advertirlo y resulta trascendente, por cuanto el concierto para delinquir se imputa a una persona setenteneria, el cual tiene una pena aproximada de 16 años; así como el principio de residualidad porque no queda otro mecanismo al no haberlo hecho el juez de control de garantías, quien remitió al juez de conocimiento.

2. OPINION DE LOS DEMÁS SUJETOS PROCESALES

2.1. El delegado de la Fiscalía estima que la defensa técnica utilizó un raciocinio falaz para sustentar la nulidad procesal que deprecó, pues cada premisa que utilizó es una

falacia al tratarse de un razonamiento que, a pesar de parecer un argumento válido, no lo es, pues se utilizan afirmaciones y negaciones suspicaces, estando encaminada la solicitud a entorpecer o demorar el normal desarrollo de la audiencia de formulación de acusación con miras posiblemente a un vencimiento de términos.

Advierte que, en virtud de los artículos 103 y 114 de la ley 906 de 2004, la Fiscalía tiene competencia a nivel nacional a través de los delegados del Fiscal General de la Nación en las investigaciones penales, por lo que su competencia como fiscal del caso no afecta la validez de la formulación de imputación en la medida en que actúa como parte procesal delegado del fiscal general titular de la acción penal.

En cuanto a la crítica sobre la indebida imputación del concierto para delinquir, sostiene que la defensa incurre en una falacia en su sustentación en tanto se trata de tipos penales y momentos históricos diferentes y autónomos para concluir sin ninguna lógica proposicional que el concierto estaba basado en esos otros eventos delictivos, conclusión a la que únicamente llegó ese defensor, pero ningún otro jurista que haya podido revisar con calma el video de la audiencia de formulación de imputación, a la cual se remite para demostrar que en ella se hace una exposición detallada del delito de concierto para delinquir como un delito autónomo, concreto e individualizado a cada uno de los imputados a quienes se les atribuyó esta conducta que, por cierto, no fue a todos. Además, que se puede concluir que el concierto para delinquir nunca se soportó en los siete eventos delictivos a que alude el defensor, pues la imputación tuvo una exposición de una hora totalmente

detallada para los imputados y al finalizar el juez de garantías consultó a los involucrados si entendieron los hechos y los imputados aquí presentes respondieron afirmativamente.

Así mismo, afirma que se hizo una diferenciación en cada uno de los hechos de los tipos penales involucrados y la responsabilidad de cada quien, lográndose una imputación individual y concreta de la cual no hay ninguna tacha que permita inferir una violación al debido proceso; siendo diferente que en desarrollo del concierto para delinquir se concreten otras conductas que se analizarían bajo la coautoría por lo que es procedente el concurso con el concierto para delinquir y se diferencian los hechos jurídicamente relevantes en cuanto a tiempo, lugares, roles y trascendencia a cada conducta.

Resalta que no era necesario, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, hacer una exposición de los hechos indicadores; no obstante, se hizo esta exposición para mayor claridad para los procesados de por qué se les estaba imputando el concierto para delinquir y se les explicó lo atinente a la tipicidad subjetiva, a la antijuridicidad y a la culpabilidad exclusivamente para los procesados Manuel José Vásquez Castaño, Jesús Adrián Vásquez Castaño, Iván de Jesús Gómez Gómez, Rafael Alejandro Yepes Montoya, Gustavo Alberto Aristizábal Quintero y John Henry Aristizábal Bustamante quienes señalaron de manera expresa que habían comprendido lo imputado respecto del delito de concierto para delinquir.

En cuanto a que no se probó dicho delito, advierte que la formulación de imputación es un mero acto de comunicación,

según lo dispone el artículo 286 de la Ley 906 de 2004, por lo que no se requiere probar ningún delito debido a que ello se hace en el juicio oral, mientras que en la audiencia de medida de aseguramiento se acreditó una inferencia razonable de esa existencia de una organización criminal y de la pertenencia de algunos de los imputados a esta; no obstante, ello no puede incidir en la imputación debido a la preclusividad de las audiencias.

Refiere que las diapositivas a que acudió para su intervención se tratan de documentos de trabajo y no constituyen elemento material probatorio ni evidencia física como tampoco tendrían la capacidad de probar un hecho jurídicamente relevante o un hecho indicador. Arguye que no es cierto que el defensor se haya reunido con el fiscal para plantear su postura jurídica con fines a corregir el supuesto error cometido, pues aquel solicitó una revocatoria y sustitución de medida de aseguramiento, mientras el fiscal del caso se encontraba de vacaciones y se utilizaron los mismos argumentos en dicha oportunidad, pero la judicatura en primera y segunda instancia no le dio la razón y lo conminó a revisar directamente los videos y no las diapositivas.

Concluye que las premisas planteadas por la defensa técnica son falsas e impertinentes como argumento de solicitud de nulidad de la imputación, además que no hubo violación al *non bis in ídem* y no era necesario establecer la diferencia entre concierto para delinquir y coautoría.

Es así como cita el auto AP1128-2022 del 16 de marzo de 2022 de la Sala de Casación Penal, radicado 61004, con

ponencia de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar, en el que se trató un caso similar y se concluyó que la petición de nulidad formulada en esos términos se advertía manifiestamente inconducente pues era claro que se dirigía contra un acto procesal de parte, como era la imputación; pero que aquella medida extrema de nulidad del trámite solo procede contra actuaciones de los funcionarios judiciales y que la Fiscalía, como consecuencia de las reformas introducidas en el contexto de la Ley 906 de 2004, es parte dentro del proceso penal y desde esa perspectiva la pretensión de nulidad resultaba improcedente no solo porque se dirigía contra la imputación como acto de parte de la Fiscalía, sino en razón a que además se edificaba sobre la base de criticar los fundamentos fácticos y jurídicos del juicio de imputación dejando de lado que aquellos aspectos son incontrovertibles antes del juicio, señalando que en ese caso concreto, bajo el disfraz de un supuesto desconocimiento de los derechos al debido proceso y de defensa, se soportó la pretensión invalidatoria echando de menos un control material de la imputación como acto de parte, que mal podría hacer el juez de control de garantías en la audiencia de imputación y finalmente, se concluye que, ante actuaciones de esa naturaleza, esto es, aquellas que resultan ostensiblemente infundadas e inconducentes, no es potestativo sino obligatorio que el juez, en su condición de director del proceso, con sujeción al contenido del artículo 139 numeral primero del Código de Procedimiento Penal, disponer su rechazo de plano bajo una orden no susceptible de recursos, pues claramente tiende a entorpecer la actuación.

Por tanto, solicita se rechace de plano la nulidad propuesta por la defensa técnica.

2.2. El delgado de la Procuraduría, alega que las causales de nulidad son taxativas conforme con el artículo 458 del Código de Procedimiento Penal, sin que sea cierto que en este caso se presenten los eventos contemplado en los artículos 455 y 456 de la misma obra, al no existir vulneración de los derechos de defensa y debido proceso por cuanto es claro que durante toda la audiencia de formulación de imputación se respetaron esas garantías y se dio incluso posibilidad a los abogados defensores para que hablarán perfectamente con las personas procesadas, verificándose además por el juez de garantías si habían comprendido la imputación.

Refiere que el fiscal no es incompetente para imputar un delito de concierto para delinquir al tratarse de un delegado del Fiscal General de la Nación y en la audiencia de formulación de imputación, como acto de comunicación, reunió los requisitos de los artículos 286 y siguientes de la Ley 906 de 2004, esto es, se establecieron claramente los hechos jurídicamente relevantes y la calificación jurídica por lo que no es de recibo lo manifestado por el defensor cuando alega que el delito de concierto para delinquir se soportó únicamente en ciertos eventos de delitos de contrabando.

Considera que está fuera de contexto la alegación de que no se probó el concierto puesto que en las audiencias preliminares no se trata en estricto sentido de probar, sino un acto de comunicación en el que se examinan unos hechos y cómo se calificarían, no estando la defensa legitimada para solicitarle al fiscal reformular o modificar la imputación fáctica o jurídica porque precisamente es un acto de parte. En igual

sentido, considera que la supuesta confusión del concierto con la coautoría es un tema que no debe tratarse en las audiencias preliminares. En consecuencia, estima que no se configura en este caso la causal de nulidad por violación al debido proceso en aspectos sustanciales, que es lo que se pretende.

3. LA DECISIÓN CUESTIONADA

El juez de conocimiento negó la nulidad solicitada, advirtiendo inicialmente la competencia de la Fiscalía para investigar o solicitar condena y que, aunque es cierto que no ha desaparecido la dogmática penal, la discusión sobre violación del *non bis in ídem* puede plantearse en sede de preclusión por la causal primera o en la imposición de medida de aseguramiento para indicarle al juez de control de garantías que es excesiva la imputación o la tipificación y que no procede una medida de aseguramiento o también se puede discutir en audiencia de juicio oral para que sea el juez de conocimiento, conforme con la dogmática y las reglas respecto a cómo se resuelve el concurso aparente de delitos, quien establezca si se trata de un bien jurídico lesionado o dos, por lo que esa discusión se tendría en sede del juicio oral.

En su sentir, no es posible ejercer un control material de la formulación de imputación y de la acusación por cuanto la tipificación de la conducta compete única y exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación. De modo que las discusiones que pueden tenerse al respecto se plantearán en la audiencia de juicio oral; pero no por la vía de la nulidad.

Afirmó que el juzgado ignora las razones por las cuales el delegado de la Fiscalía no imputó cada uno de los eventos de contrabando, favorecimiento al contrabando, cohecho y demás a quienes se dice son cabecillas, pues no hay control material de la acusación o de la imputación y, por tanto, no le era exigible al juez de control de garantías como tampoco al de conocimiento, pedirle a la Fiscalía que impute o acuse por esos delitos autónomos, pues solo el fiscal sabe los motivos por los cuales a los presuntos cabecillas no les imputa o no acusa por la totalidad de los eventos autónomos de los delitos.

Con relación a la alegación de la defensa en lo concerniente a la falta de pruebas o elementos materiales probatorios que soporten la acusación respecto del delito de concierto para delinquir, indicó que el descubrimiento probatorio apenas se dará a partir de la audiencia de formulación de acusación y aún no se ha llevado a cabo, mientras que los elementos solo tienen vocación probatoria y será en juicio oral donde se practiquen las pruebas.

Advirtió que en nuestra legislación no existe una fase intermedia, de modo que es imposible que un juez impida que la Fiscalía General de la Nación llame a juicio a los acá procesados por el delito de concierto para delinquir agravado, pues la probabilidad de verdad que refiere el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal solo está sujeto al criterio de la Fiscalía y no del juez, quien no tiene manera de decirle que no tiene suficiente material probatorio para ir a juicio o que no hay causa probable o que le hará perder el tiempo a todos los asistentes a la audiencia de juicio oral.

Consideró que la solicitud de nulidad propuesta más parece un alegato de conclusión, en tanto así lo revelan las afirmaciones que se hacen, como que uno no se concierta con los familiares o con sus trabajadores que apuntan más a la invocación de reglas de la experiencia para llevar al juez el conocimiento de unos hechos que de una sustentación de nulidad, en la que se hace una exposición sin pruebas.

Adujo que, conforme al artículo 340 del Código Penal, la sola concertación, entendida como el acuerdo para cometer delitos, hace que se incurra en el delito de concierto para delinquir, es decir, no es necesario que se ejecuten esos otros tipos penales; así corresponde a la Fiscalía demostrar en juicio ese acuerdo y lo podrá hacer por cualquier medio, dada la libertad probatoria de nuestro sistema, advirtiéndole que normalmente la experiencia nos ha enseñado que no hay contratos, actas de constitución, cartas de intención o una reunión para la creación de una organización criminal, pero ese problema es de la Fiscalía y será en fase de juicio oral donde deberá probar que tal concertación existió, lo que habitualmente se demuestra mediante hechos indicadores.

Respecto de los hechos jurídicamente relevantes, sostuvo que en la audiencia de formulación de imputación y en el escrito de acusación fue clara esta materia porque la Fiscalía indicó quiénes son los concertados, para qué, durante qué periodo y en qué roles, por lo que argumentar que en un espacio de tiempo muy amplio se cometieron muy pocos delitos no hace mella en la tipificación del delito de concierto para delinquir, pues reiteró que no es necesaria la ejecución de delitos autónomos

para que se configure el delito del artículo 340 del estatuto penal contra la seguridad pública.

Concluyó que no se ha violado el derecho de defensa en tanto el apoderado de los procesados que invoca la nulidad sabe cuáles son los hechos que se están atribuyendo a sus clientes y si la cuestión es que no ve pruebas para ello, será en el juicio oral donde se practiquen, sede en que se podrá discutir lo atinente a la confusión del concierto para delinquir y la coautoría, debiendo el ente acusador demostrar la autonomía de este delito y la pluralidad de sujetos activos en la comisión de otro u otros delitos.

Finalmente, en su sentir, la solicitud de nulidad no es dilatoria ni se hace para entorpecer el proceso o para alegar un posible vencimiento de términos, puesto que sería suponer demasiado mal de la defensa, por lo que no tomaría ningún tipo de medida correccional y permitiría que se interpusieran los recursos.

4. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

El abogado sustituto del defensor solicitante, interpuso el recurso de apelación contra la anterior decisión al considerar que se le está dando más prioridad al aspecto formal que al sustancial, en tanto la dogmática jurídica establece que, si bien es cierto que el acto de imputación es un acto de parte, ello no quiere decir que no se tengan que respetar todos los principios fundamentales como el debido proceso, el derecho de defensa, los principios de tipicidad y de legalidad de la conducta, que son esenciales.

Indica que su colega expuso con claridad los puntos atinentes a por qué no se daba el delito de concierto para delinquir, independientemente de que se diga que esto no se puede establecer o no se puede controvertir en estas audiencias. De ahí considera que precisamente el sistema penal acusatorio anda atiborrado porque se llega hasta el extremo de que se debe ir hasta la audiencia de juicio oral para poder llegar a una conclusión de saber si efectivamente se establecía o no lo que pide el defensor principal, esto es, lo referente a la confusión con la figura de la coautoría y su diferencia con el concierto para delinquir, aspecto que ni siquiera el juez controvertió cuando lo debió haber hecho porque era su deber, pero de un tajo manifestó que no era posible la nulidad.

Afirma que estamos en un estado social democrático de derecho donde se le deben garantizar todos los principios fundamentales al procesado, quien está en el último escalón de la sociedad, siendo difícil ejercer un derecho de defensa y un debido proceso en esta actuación porque ni siquiera se les dio contestación a lo manifestado y tan solo el juez manifestó que no estaba de acuerdo con lo planteado por el defensor porque la discusión se resuelve en la etapa del juicio. Considera que no es necesario esperar hasta la acusación para que se les presente un mínimo de pruebas y como debió el juez pronunciarse sobre el por qué no estaba de acuerdo con la discusión formulada respecto a la diferencia entre el delito de concierto para delinquir y la coautoría.

Con relación a lo señalado por el fiscal de que el defensor ha incurrido en una serie de falacias y mentiras con la finalidad

de entorpecer el proceso y dilatarlo, le parece absurdo porque no es cierto que se esté alegando una posición desfasada por la defensa, quien argumentó legalmente con jurisprudencia y con doctrina del porqué de su posición para modificar o suprimir el delito de concierto para delinquir especificando los requisitos para la configuración de ese delito y la diferencia con la coautoría.

Por consiguiente, pide se revoque la decisión impugnada y se disponga contestar oportunamente las razones jurídicas esgrimidas en la petición de nulidad.

5. LA OPINIÓN DE LOS NO RECURRENTES

5.1. El delegado del Ministerio Público, como no recurrente, considera que existió falta de contundencia por parte del apelante frente a la decisión de la judicatura, en tanto el punto central de la defensa se finca en la diferencia que podría existir en este caso entre el concierto y la autoría, pero coincide con el juez en cuanto a que este punto es imposible de plantear en este momento, porque para ello habría que conocer la prueba y esta solo podrá examinarse en sede de juicio oral; además que el apelante no explica por qué se habría incurrido en alguna violación al debido proceso y al derecho de defensa.

En su sentir, al no existir un control material sobre la imputación, es claro que no se vulneraron dichos derechos, puesto que se conservó la estructura de la audiencia de formulación de imputación.

En síntesis, estima que la apelación de la defensa no está llamada a prosperar porque la decisión del juez se basó en puntos que no han sido controvertidos ni se dice en que fue errada ni por qué factores específicos. Considera que los hechos jurídicamente relevantes en este caso fueron claros y el derecho de defensa se garantizó.

5.2. El fiscal, como no recurrente, advierte que el recurso de apelación no solo se plantea como un instituto garantista, sino que también exige una carga procesal de una debida sustentación a partir de la dialéctica en la que debe haber una efectiva contradicción entre el recurso y la providencia judicial que se ataca, y en este caso realmente no observa esa contradicción ni un real debate frente a la decisión toda vez que simplemente se hacen remisiones a la petición inicial de nulidad y se basa el recurso en una crítica respecto a que no fueron respondidas las argumentaciones de la defensa en su momento, lo que simplemente es una opinión.

Considera que en este evento quedó absolutamente acreditado que se ha respetado la dogmática, el principio de tipicidad, el principio de legalidad sustancial, el debido proceso y el derecho de defensa, lo que se demostraría con los registros de la formulación de imputación en la que se observa que efectivamente se hizo en términos comprensibles con relación al concierto para delinquir y se le explicó a los procesados que, de acuerdo a la indagación, cada uno de ellos tiene una pertenencia a la organización criminal diferenciada, con determinación del tiempo de su comisión, explicándoles de qué se trataba este delito autónomo y cuáles eran esos hechos que justificaban su imputación.

Refiere que se ha dejado claro que existe tanto concierto para delinquir como coautoría en otros delitos que admiten coautoría, lo que ha ocurrido desde la exposición fáctica en la audiencia de formulación de imputación y se explicó adecuadamente lo atinente a la coautoría. Considera que en este evento se concluyó que sí ha habido una debida sustentación por parte de la Fiscalía respecto a los hechos y que estos se van a debatir en un futuro en un escenario probatorio, estando presente esa comprensión por parte de los procesados y ha habido un acompañamiento de la defensa técnica frente a esos hechos.

Por ende, pide que se rechace y no se le dé trámite al recurso ante la ausencia de motivación; en caso de que decida aceptar y darle trámite, solicita al Tribunal negar el recurso y mantener la decisión de primera instancia.

5.3. El juez de primer grado decidió conceder el recurso al considerar que el apelante someramente controvirtió su decisión y hay una censura que a su juicio el tribunal debe resolver referente a la falta de respuesta frente a los argumentos de la nulidad y que habrían impedido una mejor argumentación del recurso.

En consecuencia, ordenó darle trámite al recurso de apelación ante esta corporación; sin embargo, la actuación solo fue enviada para reparto el día 5 de octubre de 2022, por fuera del horario laboral, sin ninguna justificación de dicha demora, siendo asignado el asunto al día siguiente a esta Sala de Decisión.

6. CONSIDERACIONES

Examinados los antecedentes de la decisión recurrida y su naturaleza, es de concluir que no será del caso examinar de fondo la apelación interpuesta por la defensa, pues encuentra el Tribunal que la solicitud de nulidad propuesta es manifiestamente inconducente, por lo cual, el deber establecido en el artículo 139 de la Ley 906 de 2004 que obliga a los jueces a evitar maniobras dilatorias y todos aquellos actos que sean manifiestamente inconducentes, imponía su rechazo de plano, es decir, sin darle traslado a las partes e intervinientes y mediante una orden, no susceptible del recurso de apelación.

En consecuencia, como el juez de primer grado se desatendió de dar cumplimiento a dicho deber, le corresponderá hacerlo a la segunda instancia, por las razones que pasarán a explicarse, que se centrarán en establecer la manifiesta inconducencia e improcedencia de los motivos de nulidad propuestos.

Sea lo primero delimitar el alcance de lo pretendido, pues ciertamente los actos de parte no pueden ser invalidados, sino la actuación judicial que se siga de ella si fuere el caso, causa por la cual la censura sobre la carencia de determinación en la imputación del delito de concierto para delinquir —único cargo en contra de la validez fundado en un error de procedimiento— podría esgrimirse para que no se aceptara la acusación por ese delito; pero no para pretender anular la imputación parcialmente, en lo que a esta conducta se refiere. Por lo demás, así lo tiene entendido la jurisprudencia de la Sala de Casación

Penal de la CSJ que en la providencia AP5563 – 2016 señaló lo siguiente:

“En efecto, para los primeros, al constituir meras postulaciones, la ley procesal establece sanciones como la inadmisibilidad, el rechazo o la exclusión que, por regla general, no inciden en la validez del proceso. Mientras que, los actos procesales del juez, al ser vinculantes y decidir asuntos con fuerza de ejecutoria material, sí tienen la potencialidad de lesionar garantías fundamentales, entre ellas el derecho a la defensa y el debido proceso, por lo que la irregularidad de los mismos debe repararse con la anulación, claro está, si ello no fue posible con otros remedios como la corrección de los actos irregulares o la revocatoria de las providencias en sede de impugnación.”

Sin embargo, la defensa acercándose a la temeridad sostiene la existencia de una indeterminación que no se evidencia en modo alguno, pues basta con observar el modo en que fue formulada la imputación¹ por el delito de concierto para delinquir agravado —la que se hizo en términos similares al escrito de acusación— para concluir que la Fiscalía cumplió con su cometido, en tanto se evidencia que la imputación cuenta con todos los elementos a que hace referencia el artículo 288 numeral 2 de la Ley 906 de 2004, esto es, la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible.

Sabido es que la naturaleza esencial de la imputación es comunicar a los indiciados las conductas que se les atribuye, naturalmente para que puedan preparar su defensa, lo cual debe hacerse tanto jurídica como fácticamente, entendiendo que lo primero tiene un carácter provisorio mientras que lo

¹ Audiencia del 30 de octubre de 2021, sesión 1 de la formulación de imputación, minuto 52:00.

segundo tiene la rigidez propia de la determinación del núcleo fáctico que será objeto de los trámites posteriores como lo son la preclusión, el principio de oportunidad o la acusación y, eventualmente, la sentencia.

Se percibe que la Fiscalía fue consciente de la claridad que debe existir en la imputación por lo que hizo un análisis de sus elementos, narrando de forma explícita y circunstanciada los hechos relevantes, con la unidad de tiempo echada de menos por el solicitante y deteniéndose en la participación de cada uno de los indiciados y la trascendencia concreta en la materialización del concierto. Por tanto, no se observa comprometido el fin constitucional de la imputación, relativo a informar a los indiciados y a sus defensores el contorno fáctico de las conductas atribuidas para que ejerciten materialmente las indagaciones defensivas que a bien tengan realizar.

De otro lado, se percibe que el juez de control de garantías que regentó la audiencia tuvo una intervención activa y, una vez formulada la imputación en lo que respecta al concierto para delinquir, antes de que se continuara con la imputación de las demás conductas y eventos que las estructuran, constató con cada una de las personas imputadas el efectivo entendimiento de los hechos y el delito endilgado.

Y es que no solo se establecen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se habría perpetrado el concierto para delinquir, sino que se ubica la conducta de cada uno de los imputados de forma clara y circunstanciada, incluso con la precisión en que solicita la defensa apelante, sin que sea cierto que se haya dejado de lado aspectos como la tipicidad subjetiva,

la antijuridicidad o la culpabilidad, los cuales fueron expresamente desarrollados por la Fiscalía en su intervención. Entonces, al analizar la imputación fáctica, se encuentra que esta se formula tan ampliamente que resulta más circunstanciada de lo necesario, incluyendo hechos indicadores identificados como tal sin confundir con los cargos, que es realmente lo indebido.

En suma, la única censura que consultaría la naturaleza de las nulidades es notoriamente improcedente no solo en cuanto se dirige en contra de un acto procesal, sino también por cuanto carece de modo manifiesto de fundamento en la realidad procesal, causa por la cual no era menester siquiera dar traslado de la solicitud, sino despachar el cargo con un rechazo de plano.

Ahora bien, los restantes cargos contra la validez de la actuación se fundamentan en la discusión de aspectos de fondo ya sea invocando la dogmática sustancial o la carencia de prueba del concierto para delinquir, que constituyen sin duda una discusión antes de tiempo, incluida la eventual controversia sobre la afectación del *non bis in ídem*, puesto que este no se hace consistir en aspectos comprobables a partir de dos ritos procesales, sino con la exigencia de valoración de situaciones que aún no han sido probadas.

Ciertamente, la alegación de sustentación de la apelación que hace la defensa para examinar en esta sede sobre que se le da prevalencia a lo formal sobre lo sustancial parte de la aparente ignorancia del momento procesal en que nos encontramos y su dinámica.

En efecto, estamos en el entramamiento de la *litis* que eventualmente se debatirá en el juicio oral, para definir los temas tanto de prueba como del objeto del proceso, para que se dé, si el del caso, el enfrentamiento de las posturas de la acusación y la defensa.

Adicionalmente, que no sea hora de discutir la configuración de los delitos ni su demostración —asunto que se hará cuando se evalué los resultados del juicio oral—, no deriva de razones de prevalencia de lo formal sobre lo sustancial sino de exigencias sistemáticas y de lógica. En efecto, es absurdo pretender presentar censuras por falta de pruebas cuando estas no se han pedido, decretado y obviamente no se han practicado.

Del mismo modo, si lo atribuido configura un concierto para delinquir o es la mera manifestación de las coautorías con que se desarrollaron las conductas que se desprenden del concierto, es asunto que exige juzgar, lo que no puede hacerse sino se ha tramitado el juicio. Naturalmente que, de asistirle razón al apelante en estos aspectos, el juez de instancia estará en capacidad de remediar los entuertos que se generen y evitará que se proceda dos veces por lo mismo.

En suma, no cabía examinar motivo de nulidad alguno, salvo la discusión sobre la indeterminación de la imputación que no se resolvía como nulidad de este acto procesal sino para el rechazo de la acusación por el delito de concierto para delinquir hasta que no estuviese precedido de una adecuada delimitación fáctica, pero dado que a simple vista se percibe que

esta censura no consulta en modo manifiesto la realidad procesal se imponía el rechazo, sin que la prohibición de reforma en peor permita deducir más consecuencias desfavorables en contra del solicitante.

Todo esto demarca que la apelación sea manifiestamente improcedente, lo que de acuerdo con el numeral 1 de los artículos 139 y 141 de la Ley 906 de 2004 impone su rechazo. Al respecto, resulta bastante oportuna y acertada la cita jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mencionada por la Fiscalía, esto es, el auto AP1128-2022 del 16 de marzo de 2022, radicación n° 61004, con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuéllar, en la que se analizó un caso similar al acá examinado, en el que se da igual solución a la que ahora se aplica.

Siguiendo la misma línea de nuestro superior, conviene alertar al funcionario judicial de conocimiento para que, en lo sucesivo, evite maniobras dilatorias como la acá puesta de presente pues, como viene de decirse, no era el momento procesal para la discusión que se planteaba con relación a una supuesta confusión en la atribución del concierto para delinquir con las coautorías derivadas de los demás delitos imputados de forma independiente, debiendo el juez hacer uso de las potestades para dirigir los debates que se presentan en el proceso y rechazar actuaciones dilatorias y actos inconducentes, impertinentes o superfluos que pretendan realizar las partes (artículo 139 del C.P.P.), con el fin de *“dar curso a la actuación judicial o evitar el entorpecimiento de la misma”* (numeral 3 del artículo 161 de Ley 906 de 2004). En

consecuencia, lo que procede en el evento es el rechazo del recurso de apelación interpuesto por la defensa.

Finalmente, atendiendo a que la Sala percibe una grave irregularidad como lo fue la demora en la remisión del expediente a este Tribunal para surtir la segunda instancia, teniendo en cuenta que la decisión recurrida data del 30 de junio de 2022, mientras que la actuación fue remitida para su reparto el día 5 de octubre de 2022 (fuera del horario laboral), esto es, pasados más de tres meses, se conmina al juez de primer grado para que imponga los correctivos que sean del caso, incluyendo la respectiva noticia ante la Comisión Seccional de Disciplina Judicial si a ello hubiere lugar. Lo anterior por cuanto se trata de un asunto con varios detenidos en el que aún no se ha logrado formalizar la acusación, sin que conste justificación alguna ante la falta de envío oportuno a esta Corporación.

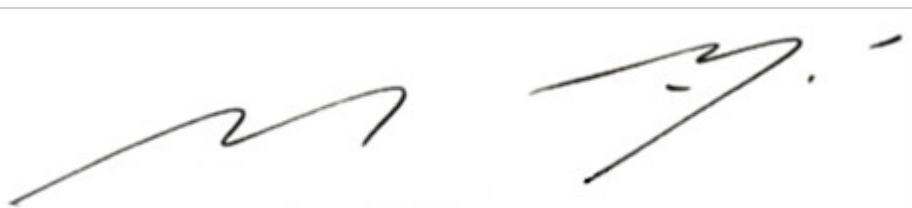
En mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

Primero: Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la defensa de *Manuel José Vásquez Castaño, Jesús Adrián Vásquez Castaño, Iván de Jesús Gómez Gómez y Rafael Alejandro Yepes Montoya*, en contra del auto proferido por el Juzgado 5° Penal del Circuito Especializado de Medellín, conforme con las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo: Conminar al juez de primer grado para que imponga los correctivos que sean del caso, incluyendo la respectiva noticia ante la Comisión Seccional de Disciplina Judicial si a ello hubiere lugar, ante la excesiva demora en el envío de la actuación a la segunda instancia para surtir el trámite de apelación.

Tercero: Contra esta decisión, la que queda notificada en estrados al momento de su lectura, no procede recurso alguno.



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO