**CONCIERTO PARA DELINQUIR / NULIDAD / VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO**

… la Fiscalía fundamentó su solicitud de nulidad de conformidad con lo reglado en el artículo 457 CPP, esto es, por la presunta violación al derecho de defensa, o al debido proceso en aspectos sustanciales…

**NULIDAD / VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO / FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN / ALCANCES**

La Sala de Casación Penal ha resaltado la importancia que reviste dentro de un sistema de tendencia adversarial, la audiencia de formulación de imputación, así: “[…] la formulación de imputación, además de mecanismo de vinculación del indiciado al proceso, tiene como propósito que aquél se percate que el organismo persecutor estatal lo considera autor o partícipe de unos hechos jurídicamente relevantes, por lo mismo, que en su contra se ejercerá la acción penal, cuya finalidad estriba en verificar la existencia de la ilicitud y la responsabilidad que en la misma le pueda caber…” Es en la audiencia de formulación de imputación donde la Fiscalía, con la finalidad de vincular en el proceso penal a un autor o participe de una conducta delictiva, procede con la comunicación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, de los cuales se infiera la existencia de la ilicitud y la posible responsabilidad que recae en la persona involucrada…

**FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN / DEBE SER FÁCTICA Y JURÍDICA**

La imputación, que debe ser fáctica y jurídica, con la cual se sustenta la acusación, se convierte por tal motivo en un condicionante fáctico de esta, lo que significa que se debe respetar el núcleo de los hechos, sin que ello implique un nexo necesario de índole jurídico… en criterio de la Sala, de las apreciaciones que efectúa el delegado del ente acusador no se advierte de manera alguna la existencia de un acto ineficaz o violatorio de garantías constitucionales en aspectos sustanciales que impida que el proceso continúe su rumbo normal. Ello, en cuanto, contrario a lo por él sostenido, la Fiscalía -para ese momento a cargo de la Dra…- sí cumplió con su obligación de anunciar en la correspondiente audiencia de imputación los cargos por los cuales quedaba vinculado al proceso el comprometido JJDC. Es decir, narró unos hechos de forma específica, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, para a continuación endilgar las conductas punibles que en su criterio se correspondían con esos episodios…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Pereira, veintisiete (27) de julio de dos mil veintitrés (2023)

ACTA DE APROBACIÓN N° 773

SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Imputado:  | JJDC |
| Cédula de ciudadanía: |  |
| Delitos: | Concierto para delinquir agravado con fines de narcotráfico y homicidio agravado |
| Víctima: | La seguridad pública |
| Procedencia: | Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la Fiscalía, contra el auto de noviembre 30 de 2022 que negó la declaratoria de nulidad parcial de la imputación. CONFIRMA. |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la decisión en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

1.1.- De los hechos plasmados en el escrito acusatorio, se da cuenta de la existencia de una organización delincuencial que operaba en diversas veredas del municipio de Santuario (Rda.) -Piñón, El brillante, La Bomba, Pueblo Bueno, Peralonso y Totui- y en la Celia (Rda.) -El Brillante, Villanueva y otras- que operó desde diciembre de 2017 hasta septiembre de 2019, al ser judicializados, quienes se dedicaban de común acuerdo y de manera habitual y permanente a ejecutar actos dirigidos al tráfico de estupefacientes, comercio de armas, *y para ello de ser necesario materializan homicidios*, a efectos de hacer ajustes de cuentas o tener control territorial de las zonas en mención. Tal organización está conformada por diversas personas, entre ellas **JJDC,** quien formaba parte del brazo armado liderado por alias “la Huesuda”, y era encargado de materializar los homicidios como ajuste de cuentas, o como castigo por dar información a otras organizaciones con quienes se disputaban el monopolio del tráfico de estupefacientes -los Peyes o Popeyes-, persona que en compañía de otros sujetos, *participó en el homicidio de alias “Arredondo” o “Frijolito” de nombre CARLOS ALBERTO GUTIÉRREZ RAMÍREZ*, ocurrido en noviembre de 2018 en el Sector de la Laguna de la Celia (Rda.), al que inicialmente lesionaron con arma de fuego, lo hicieron subir a una motocicleta y lo apuñalaron, lo desmembraron y enteraron sus partes, sin que a la fecha el cadáver haya sido encontrado, y tal hecho se generó porque al parecer la victima debía $80.000 producto de estupefacientes.

**1**.2.- Luego de desarrollado el programa metodológico de investigación e identificado el acá procesado como JJDC, una vez materializada su captura, se llevaron cabo las audiencias preliminares (marzo 10 de 2021) ante el Juzgado Promiscuo Municipal con función de control de garantías de La Celia (Rda.), por medio de las cuales: (i) se legalizó su aprehensión; (ii) se le formuló imputación en calidad de autor y título de dolo del delito de concierto para delinquir agravado con fines de tráfico de estupefacientes y homicidios -inc. 2º, art. 340 C.P.-, en concurso heterogéneo con homicidio agravado -arts. 103, 104 num. 6º y 7º C.P.-, con circunstancias de mayor punibilidad -art. 58 num. 10 C.P.-, cargos que NO ACEPTÓ; y (iii) se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

1.3.- Por lo anterior, la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (mayo 11 de 2021) en el que se plasmó únicamente la conducta de concierto para delinquir agravado con fines de tráfico de estupefacientes y homicidios, no obstante hacer alusión allí a la comisión de unos homicidios, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira (Rda.), despacho ante el cual se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación (junio 08 de 2021), vista pública donde la delegada del Ministerio Público solicitó claridad respecto a la participación del señor JJDC, esto es, si fue en uno o varios homicidios de los allí relacionados, ante lo cual la fiscal informó lo pertinente y finalmente lo acusó por las conductas de concierto para delinquir agravado, en concurso heterogéneo con homicidio agravado, en cinco (05) eventos. Sin embargo, cuando se daría trámite a la audiencia preparatoria (octubre 31 de 2022), la defensa pidió nulidad de lo actuado, ya que en la audiencia de formulación de imputación -donde no intervino-, además del delito contra la seguridad pública, se le lanzó cargos únicamente por el homicidio agravado del señor CARLOS ALBERTO GUTIÉRREZ RAMÍREZ, pero en la acusación se le atribuyeron cuatro más, por lo que frente a ese particular el a-quo dispuso la ruptura parcial de la unidad procesal para que lo relativo a esos cuatro homicidios no imputados a JJDC se surtiera por cuerda separada, y este trámite se continuaría por concierto para delinquir agravado en concurso con el homicidio de GUTIÉRREZ RAMÍREZ. Al pretender dársele continuación a la preparatoria (noviembre 30 de 2022), el delegado fiscal solicitó al juez decretara la nulidad parcial de la formulación de imputación, y para ello esgrimió:

En este asunto se han cometido una serie de errores, ya que inicialmente se le trató de enrostrar a JJDC cuatro homicidios, y en la audiencia de marzo 10 de 2021 se le endilgó concierto para delinquir agravado en concurso con homicidio agravado y circunstancias de mayor punibilidad, pero en su sentir, al momento de la *imputación* y en la *acusación* existió una *indebida adecuación típica de los hechos jurídicamente relevantes*, al no configurarse el delito de homicidio agravado, y conforme el canon 457 pide la nulidad parcial por violación del debido proceso y derecho de defensa en aspectos sustanciales desde la imputación, en punto de tal conducta, al no obrar EMP para probar la materialidad del homicidio, esto es, que realmente el señor CARLOS ALBERTO GUTIÉRREZ falleció, y por el contrario lo que se aprecia es la conducta de desaparición forzada, que contempla el canon 165 C.P.

Acá hay comunidad de prueba para todos los procesados, los demás homicidios ya fueron materia de imputación en otra investigación, y lo que aquí se va a determinar *es la coautoría o complicidad de JJDC en la presunta desaparición forzada de GUTIÉRREZ RAMÍREZ*, sin que se pueda adelantar la investigación en los términos que se encuentra. Reitera su petición de nulidad parcial de la imputación y resalta que de darse la misma igual suerte correría el escrito acusatorio y ante esa variación de la calificación jurídica por tal delito, *ya no sería competente para continuar con el trámite*.

-. La defensora del procesado indicó que respetará la decisión del a-quo, pero a modo de observación refirió que estaba convocada para una preparatoria, se le dieron traslado de los EMP, para lo que tuvo que luchar, ya han sido varios los fiscales que han asumido este asunto que ha sido mal instruido, sin haber nada en concreto, y pese al tiempo gastado en entender este asunto, solo obra inconsistencia tras inconsistencia.

1.4.- El a-quo negó la solicitud de nulidad reclamada por el ente acusador, al sostener que una tal petición no puede ir en contravía de los derechos de las partes, mucho menos pedirla quien ocasionó el supuesto defecto procesal, en este caso la Fiscalía, así sea otro funcionario, al ser una sola entidad y a ello solo se podría acceder cuando existen fallas en los hechos jurídicamente relevante, lo que acá no sucede, ya que al constatar la acusación con la imputación si bien en sus últimas palabras se da a entender una desaparición forzada, claramente se narra el homicidio de CARLOS ALBERTO GUTIÉRREZ y eso fue lo que la Fiscalía se comprometió a probar al efectuar la imputación y la acusación, sin que pueda ahora decir que no es capaz de acatar tal compromiso, pues para eso está el juicio, lo que no es causal de nulidad.

Ahora, cuando se advierte que hay una adecuación típica grosera, que no se acompasa con los hechos jurídicamente relevantes, se podría pensar en una nulidad, pero ello acá no acontece, *toda vez que los hechos narrados pueden confirmar tanto un homicidio como una desaparición forzada*, y el que ahora se diga que le parece más adecuada esta última conducta no es causal de nulidad. En este caso la Fiscalía indicó que probaría un concierto para delinquir y que mataron a CARLOS GUTIÉRREZ, cuyos hechos jurídicamente relevantes narró de forma debida y los ratificó en la imputación y acusación, sin vulnerar garantías fundamentales que habiliten una nulidad, e incluso como lo sostuvo en audiencia anterior, existe una imputación jurídica *flexible* que se dará en juicio, pero la petición de nulidad el fiscal no la sustentó y no puede darse esa variación jurídica.

1.5.- Inconforme con tal proveído, el fiscal interpuso y sustentó recurso de apelación.

2.- Debate

**2.1.-** Fiscal -como recurrente-

Pide se revoque la decisión adoptada y se decrete la nulidad pedida, lo que sustentó en lo siguiente:

Estima que lo que para el juez puede ser un hecho jurídicamente relevante, para él quizás no lo sea, y no se debe desconocer que la titularidad de la acción recae en la Fiscalía, sin que ningún juez pueda imponerle a ningún delegado el sentido en que tiene que adecuar una conducta o seguirla por la situación que se haya iniciado, y pese a que la Fiscalía sea una sola acá han existido muchos errores que deben ser corregidos por lealtad procesal y garantías fundamentales de la defensa, sin que por ello se pueda decir que la judicatura va a salvar a la Fiscalía de tales equívocos, pues para eso están las decisiones judiciales y por consiguiente cuando se advierte alguna irregularidad se puede decretar la nulidad para evitar que ello se dé a futuro.

En este asunto hubo una indebida adecuación típica, por cuanto de la investigación lo que emerge es la desaparición forzada de CARLOS ALBERTO GUTIÉRREZ RAMÍREZ, y aunque se ha hecho alusión a un homicidio por cuanto así lo han afirmado varios testigos de la Fiscalía, lo que observa como fiscal de conocimiento, y a quien por ende le corresponde corregir los errores cometidos, sin endilgar responsabilidad por ellos, es que por los aludidos homicidios existe una noticia criminal donde hay personas acusadas.

En su sentir se dan los parámetros del artículo 457 para pedir la nulidad, aunque se considere que no hubo sustentación, en tanto la misma es clara, por cuanto acá imputamos y acusamos por un delito que no se ha materializado, no hay cuerpo y las pruebas se vierten es sobre una desaparición forzada de CARLOS ALBERTO GUTIRREZ, sin que haya variación de la calificación jurídica, lo que tendría que haberse hecho en la acusación, donde no estuvo, incluso como lo dijo la abogada, estamos ante un concierto de una sola persona, y en ese orden existen serias situaciones que deben ser analizadas exhaustivamente por la judicatura y cuando se dan las nulidades es para evitar un desgaste jurídico y a la judicatura, no para favorecer a la Fiscalía, máxime que no pueden adelantarse dos investigaciones contra un mismo procesado por hechos conexos, lo que vulneraría el derecho al debido proceso y de contradicción. Reitera que de darse la desaparición forzada no sería competente para seguir este asunto.

2.2.- Defensa -no recurrente-

Solicita se confirme el auto emitido, lo que fundamentó en lo siguiente:

Han sido muchas las decisiones de la Corte -las cuales cita- donde se indicó que el juicio de imputación que hace la Fiscalía tiene el propósito de delimitar los hechos jurídicamente relevantes, para que se dé una comunicación expresa y clara de los mismos y por ello pide se confirme lo decidido.

Señala por demás, que nadie ha pensado en su defendido, quien está privado de la libertad y ha procurado recolectar todos los EMP para entender este proceso, lo que la ha llevado a pedir tres suspensiones, sin ánimo de dilación, y aunque el dueño de la acción penal es la Fiscalía, todavía no se tiene claridad sobre este asunto y es una falta de respeto con los usuarios que no se haga un análisis juicioso antes de promover acciones penales contra una persona, máxime que ahora se le dice que tiene que enfrentarse a un juico por cuanto se advierte una posible desaparición forzada, aunado a que el juez dice que la imputación es flexible y se puede entender el homicidio y la desaparición lo que le preocupa, por cuanto ¿por qué no se le imputó desde los albores del proceso?, y si está evidente el concierto, el homicidio y la desaparición, ¿para qué entonces el juicio?. Pide se confirme lo decidido o se adopte la decisión que en derecho corresponda.

**2.3.-** Sustentada la alzada, el a-quo la concedió en el efecto suspensivo y dispuso enviar el expediente digital a esta Sala, para que fuera desatada[[1]](#footnote-1).

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene la Corporación a voces de los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906/04, por los factores territorial, objetivo y funcional, al haberse presentado recurso de apelación por una parte legitimada para hacerlo -en nuestro caso la Fiscalía-, el que fue oportunamente interpuesto, debidamente sustentado y adecuadamente concedido por la primera instancia.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Se contrae a establecer si hay lugar a decretar la nulidad parcial de la actuación desde la audiencia de formulación de imputación, como lo solicita la Fiscalía, en su sentir por cuanto una de las conductas que debió endilgársele al procesado, no es el homicidio agravado por el que se formuló cargos, sino la desaparición forzada; o, en su lugar, si la determinación adoptada se encuentra ajustada a derecho y por ende hay lugar a su confirmación.

**3.3.-** **Solución a la controversia**

Comenzará por decir la Colegiatura que en relación con el tema de las nulidades, indudablemente no basta con identificar una presunta irregularidad sustancial que afecte el proceso, sino que es necesario determinar la incidencia que ello tiene de manera concreta en el quebrantamiento de los derechos de los sujetos procesales. Adicionalmente, es indispensable identificar la causa de la nulidad con el fin de establecer en cuál tipo de irregularidad se agrupa. A ese respecto, la Sala de Casación Penal ha dicho:

“En el modelo de enjuiciamiento acusatorio, los motivos de nulidad se agrupan en tres categorías, (i) las derivadas de la prueba ilícita, (ii) las que se presentan por incompetencia del juez, y (iii) las que provienen de violaciones a las garantías fundamentales. Y se rigen por el principio de taxatividad, de acuerdo con el cual no podrá decretarse ninguna nulidad por causal diferente de las allí señaladas”[[2]](#footnote-2).

En este asunto, la Fiscalía fundamentó su solicitud de nulidad de conformidad con lo reglado en el artículo 457 CPP, esto es, por la presunta violación al derecho de defensa, o al debido proceso en aspectos sustanciales; sin embargo, desde ya se dirá que la Colegiatura no avizora vulneración de ninguna de esas garantías, por lo siguiente:

La Sala de Casación Penal ha resaltado la importancia que reviste dentro de un sistema de tendencia adversarial, la audiencia de formulación de imputación, así:

“[…] la formulación de imputación, además de mecanismo de vinculación del indiciado al proceso, tiene como propósito que aquél se percate que el organismo persecutor estatal lo considera autor o partícipe de unos hechos jurídicamente relevantes, por lo mismo, que en su contra se ejercerá la acción penal, cuya finalidad estriba en verificar la existencia de la ilicitud y la responsabilidad que en la misma le pueda caber. A partir de aquí, así mismo, puede adelantar su particular investigación, que tiene como norte, debe destacarse, esa concreta imputación.

En la estructura de la Ley 906 de 2004, la audiencia de formulación de imputación emerge como ámbito necesario e insoslayable del proceso formalizado, a cuyo tenor, no es posible formular acusación, dentro del presupuesto antecedente consecuente que signa el trámite, sin previa imputación; y, además, los yerros u omisiones trascendentes ocurridos en ese primer estadio, necesariamente irradian todo el proceso, al extremo de invalidarlo”[[3]](#footnote-3).

Es en la audiencia de formulación de imputación donde la Fiscalía, con la finalidad de vincular en el proceso penal a un autor o participe de una conducta delictiva, procede con la comunicación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, de los cuales se infiera la existencia de la ilicitud y la posible responsabilidad que recae en la persona involucrada, y es por tal razón que “los hechos referidos en la imputación configuran la garantía fundamental del investigado a conocer las actividades ilícitas que se le atribuyen, pues, además, ese conocimiento permite estructurar la estrategia defensiva y evita que sea sorprendido con cargos a los que no ha podido oponerse de manera razonada” [[4]](#footnote-4).

La imputación, que debe ser fáctica y jurídica, con la cual se sustenta la acusación, se convierte por tal motivo en un condicionante fáctico de esta, lo que significa que se debe respetar el núcleo de los hechos, sin que ello implique un nexo necesario de índole jurídico, como también lo ha sostenido la jurisprudencia[[5]](#footnote-5), que ha sido también enfática en decir:

“[…] el objeto del proceso no es el delito y su consecuencia punitiva, sino una conducta del mundo fenomenológico —sea una acción o una omisión—, por ello, **no se puede cohonestar la improvisación de la Fiscalía en la formulación de imputación,** ni menos el afán por llenar los vacíos con la formulación de acusación, **pues ello tiene incidencia en las garantías fundamentales del sujeto pasivo de la acción judicial al sorprenderlo con otros supuestos fácticos, cambiando así la delimitación del objeto del proceso**”.

En este caso en concreto, se tiene que es la misma Fiscalía, en cabeza de un delegado diferente a quien formuló imputación y verbalizó la acusación, quien aduce que, en su sentir, hubo una indebida adecuación típica de los hechos jurídicamente relevantes, por cuanto no se configuró el delito de homicidio agravado del ciudadano CARLOS ALBERTO GUTIÉRREZ, que le fuera enrostrado al señor **JJDC**, sino que por el contrario lo que evidencia de los EMP es la existencia de una conducta de desaparición forzada, por lo que pide la nulidad parcial de la imputación, para atribuirle esa conducta y no aquella que realizó su antecesora.

Frente a tal postura, en criterio de la Sala, de las apreciaciones que efectúa el delegado del ente acusador no se advierte de manera alguna la existencia de un acto ineficaz o violatorio de garantías constitucionales en aspectos sustanciales que impida que el proceso continúe su rumbo normal. Ello, en cuanto, contrario a lo por él sostenido, la Fiscalía **-para ese momento a cargo de la Dra. MARÍA LUISA HENAO-** sí cumplió con su obligación de anunciar en la correspondiente audiencia de imputación los cargos por los cuales quedaba vinculado al proceso el comprometido **JJDC**. Es decir, narró unos hechos de forma específica, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, para a continuación endilgar las conductas punibles que en su criterio se correspondían con esos episodios; carga procesal que es propia del ente acusador, por ser la autoridad judicial que de acuerdo con la Constitución y a la ley posee el ejercicio de la acción penal.

La Corte Suprema de Justicia en CSJ AP1128, 16 mar. 2022, rad. 61004, recordó que el juicio de imputación está reservado a la Fiscalía:

“La Fiscalía realiza el juicio de imputación y el juicio de acusación, sin que los jueces puedan realizar un control material a esa actividad de parte (salvo lo anotado con antelación sobre calificaciones jurídicas manifiestamente improcedentes), pero, al emitir la sentencia, el juez debe constatar los prepuestos fácticos y jurídicos».

Ello, entraña una suerte de “control material” a la acusación (entendida como pretensión), que no opera cuando la Fiscalía realiza las actividades reguladas en los artículos 286 y siguientes y 336 y siguientes de la Ley 906 de 2004, sino al momento de la emisión del fallo.”[[6]](#footnote-6) -subraya de la Sala-

En ese orden de ideas, no le corresponde a la judicatura censurar a la **otrora** Fiscal acerca del criterio que tuvo para formular imputación por las dos conductas atribuidas al señor **JJDC**, de concierto para delinquir agravado y de homicidio agravado del ciudadano CARLOS ALBERTO GUTIÉRREZ, porque -se insiste- es una carga legal y constitucional del ente acusador proceder con la calificación jurídica. Pero lo que no puede cohonestar la judicatura, es que a última hora, encontrándose el proceso en fase de juicio, dada la postura que ostenta el actual delegado del ente acusador, se retrotraiga un trámite hasta su fase inicial, con las consabidas consecuencias negativas que ello comporta para la celeridad procesal, más aun cuando no es la judicatura quien quiere hacer prevalecer su criterio para que la Fiscalía obre en un determinado sentido, sino que es precisamente uno de sus delegados, quien inconforme con la labor desarrollada por una de sus colegas, quiere efectuar una imputación distinta, con respecto a uno de los cargos imputados y por los que ya fue acusado el sujeto agente.

En este evento, para la Fiscalía en cabeza del nuevo delegado, la imputación por el homicidio agravado fue incorrecta, en tanto lo que se vislumbra para él de los EMP es que se dio una desaparición forzada, pero en contravía de tal postura, de la imputación fáctica que en su momento le fue endilgada al señor **JJDC**, reiterada en la acusación, se desprende sin equívoco alguno, como así lo consideró el funcionario de primer nivel y que acompaña esta Sala, que en este caso en concreto para el ente acusador emergía palmaria la existencia de tal punible contra la vida, como así se evidencia de manera diáfana de lo expuesto en esa audiencia, donde se dio cuenta del hecho acaecido en un sector conocido como “Puerto Buñuelo” del municipio de la Celia (Rda.), en noviembre de 2018, lo que al parecer acaeció por cuanto el señor CARLOS ALBERTO GUTIÉRREZ se había quedado con un dinero producto del tráfico de estupefacientes. Con miras entonces a dar claridad a este asunto, habida cuenta que tal audiencia pareciera no haber sido verificada por el actual fiscal, se hace necesario transcribir[[7]](#footnote-7) lo que en esa oportunidad se sustentó por la Fiscalía, así:

“**hay un señalamiento directo en cuanto al homicidio que fue materializado en la persona de alias “Arredondo” o “Frijolito”** que da cuenta de la forma en que fue abordado en carretera, por parte de las personas que conformaban parte de esta organización, como fueron alias “Gallinazo” o la “L” […] y alias “La Sombra” […] e igualmente lo que corresponde a la presencia y las conductas activas tendientes a afectar el derecho a la vida […] de alias “Arredondo”, de quien igualmente se conoció a lo largo de la labor investigativa su señoría, que **fue objeto de varias puñaladas en la motocicleta, que no lo iban a dejar en ese sitio sino que se desplazaron a otro sitio** **para efectos de proceder a deshacerse del cadáver**, porque procedieron su señoría luego de dejarlo en un sitio, en un alto de una finca […] del señor William, procedieron su señoría con una piedra a golpearle el cráneo, que fueron unas actividades su señoría, que fueron incluso hasta filmadas, donde se evidencia **de acuerdo al relato de los potenciales testigos que tomaron el video y grabación del momento en que causaban la muerte a este joven**, **que procedían su señoría a desmembrarlo, que lo decapitaron, que le habrían su estómago** sacaban sus vísceras y hacían una especie de rito, se santiguaban con la sangre de esta víctima uno de los procesados o partícipes de estos hechos **y donde directamente es señalado el señor JJDC como la persona que inicialmente empezó a propinarle las múltiples puñaladas en su humanidad, para luego pues, causarle la muerte en la forma en que lo hicieron**, generándole unos sufrimientos intensos, cuando el resultado era, **la finalidad que ellos tenían era causarle la muerte por ese presunto ajuste de cuentas** y que era por orden de la “L” que se había materializado ese homicidio […], se le causaron sufrimientos a la víctima cuando de todos modos iban a causar el resultado muerte, no había necesidad de someterlo a múltiples afectaciones en su cuerpo, a que sufriera en la forma que lo hizo, uno de los testigos indicó que observó un video, y que él observó como lloraba la víctima, que jamás pensó que lo iba a matar, pero luego se evidenció por parte de los potenciales testigos un video donde se grababa toda esa escena atroz , donde colocaron a la víctima en una situación de indefensión su señoría, porque eran varias personas contra un solo joven, la ubicación en la motocicleta y **la forma en que procedieron a materializar su homicidio nos indica que se aprovecharon de esa situación de inferioridad**, **lo que nos ubica su señoría el homicidio de este joven “Arredondo”, con base en el principio de la libertad probatoria, por cuanto desaparecieron su cuerpo y lo enterraron por partes, desmembrado,** lo que indica el interés que tenían que quedara este delito en la impunidad […]”

Y al presentar el escrito acusatorio, que verbalizó tal y como allí se consignó, la misma fiscal, en punto de tal conducta, plasmó:

“El señor **JJDC** forma parte de un grupo de delincuencia organizada, donde él y otras personas, de común acuerdo, procedieron a efectuar actos tendientes a la consumación de conductas delictivas de tráfico de estupefacientes, en bajas cantidades, homicidios y tráfico de armas de fuego y municiones; en forma habitual y permanente que se prolongó en el tiempo, en los sitios previamente mencionados, desde Diciembre de 2017, hasta la judicialización de gran parte de sus miembros en Septiembre de 2019. El señor Cano formaba parte del brazo armado liderado por alias la Huesuda, encargado de materializar los homicidios como ajuste de cuentas o como castigo por dar información a otra organización, con quienes se disputaban el monopolio del tráfico de estupefacientes (Los peyes o popeyes).

Se les atribuye la comisión de los siguientes Homicidios:

[…]

***5)*** Alias “Arredondo o frijolito” de nombre ***Carlos Alberto Gutiérrez Ramírez,*** ocurrido en noviembre de 2018, Sector la laguna- La Celia. (Andrés Fernando Duque Gil alias la L, ya muerto; Brandon López Jiménez alias la sombra **JJDC** alias la Bestia, y la chinga un adolescente de nombre D.A.C.O. quienes lo lesionaron inicialmente con arma de fuego, lo hicieron subir a una motocicleta y **lo apuñalaron, lo desmembraron y enteraron sus partes, el cadáver aún no ha sido hallado**, porque la victima al parecer debía $80.000 al parecer de estupefacientes. (Carlos Andrés Cano Ramírez alias El paisa y John James Montoya Granada La huesuda. (sic)”

De ese extenso, pero necesario recuento fáctico de lo acaecido en la formulación de imputación y que a grosso modo se ventiló en la acusación, que al parecer se le dio muerte al ciudadano GUTIÉRREZ RAMÍREZ, al ser precisamente esa una de las conductas que se le endilgó al hoy acusado, y por la cual se le acusó.

En momento alguno, por parte de la fiscal que adelantó las audiencias primigenias y que acusó al señor **JJDC**, se hizo alusión a la conducta de desaparición forzada del allí afectado, máxime cuando de su disertación lo que se evidencia es que la víctima al parecer fue atacado en la misma motocicleta donde se encontraba, y de allí fue llevado a otro sitio para desmembrarlo y posteriormente ocultar su cuerpo, sin que se infiera de su exposición, salvo que ocultaron el cuerpo de GUTIÉRREZ RAMÍREZ, las demás exigencias para la consumación de tal conducta, como así lo ha sostenido la Sala de Casación Penal, véase:

“Por su parte, en CSJ SP 19 mar. 2014, rad. 40733 la Sala actualizó la jurisprudencia al indicar que el delito de desaparición forzada además de ser un comportamiento pluriofensivo, **para cuya consumación se requiere la privación de libertad de la persona, seguida de su ocultamiento, al tiempo que no se brinde información de la misma sustrayéndola del amparo legal**, **es una conducta permanente, pues no solo se comete mientras la víctima se encuentre privada de su libertad, y que si ocurre la muerte de la víctima, continúa cometiéndose todo el tiempo en el que sus captores no den razón de ella o de su cadáver**, pues

*“…no basta con que aparezca el cuerpo de una persona, como ocurre con los NN, sino que se tenga certidumbre acerca de que el cadáver hallado corresponde al individuo desaparecido, pues mientras no haya una identificación adecuada de los despojos mortales, la incógnita acerca del paradero de la víctima continúa y la infracción al deber de información por parte de los perpetradores también se prolonga”.*

También la Sala se ha ocupado de conductas concurrentes con ese ilícito, en CSS SP 16 dic 2015, rad 45143 señaló:

*“La descripción legal evidencia que* ***la conducta punible inicia con el ocultamiento al que se somete a una persona y se entiende culminada cuando quienes tutelan la suerte del privado de la libertad dan a conocer lo sucedido, independientemente de que en el transcurso del ocultamiento ocurra el hecho muerte, es decir, se trata de una conducta de ejecución permanente.***

***Entonces, si se esconde a una persona y no se tiene información sobre su paradero, se verifica la ocurrencia de esta conducta punible, al margen de la estructuración de otras que pueden concurrir materialmente con ella, como el delito de homicidio, lo que equivale a afirmar que la desaparición forzada no muta o desaparece porque al ocultado se le haya dado muerte por sus captores.***

*(…)*

*Es así como uno de los ingredientes normativos del tipo penal se dirige a que la retención u ocultamiento recaiga en una persona, siendo desacertado pretender que se tenga en cuenta el fin perseguido al momento en que se le desaparece, para determinar la configuración de esta conducta típica”[[8]](#footnote-8).*

Para la Sala, a no dudarlo, es evidente que el ejercicio de la acción penal radica exclusivamente en el órgano persecutor y que la judicatura no puede inmiscuirse en el rol constitucional que se le ha encomendado, pero en casos como este, donde se aprecia que una actuación que en sentir del Tribunal y en plena consonancia con lo argumentado por el a-quo refulge clara -en punto de las conductas lanzadas en contra del señor **JJDC-**, sin advertirse vulneración de derechos y garantías fundamentales, se acceda a una nulidad desde las audiencias preliminares, con miras a que la fiscalía le *endilgue* al procesado una presunta desaparición forzada, ya que en su sentir esa es la conducta ejecutada, mas no la de homicidio agravado, cuando de su misma disertación se aprecia que ni siquiera él será quien efectuará tal labor sino que, como así se entiende, deberá ejecutarla otro fiscal distinto, esto es, quien tendría la competencia para asumir esa clase de ilícitos, acorde con la distribución administrativa que para tal motivo dispuso la Fiscalía, sin saberse si compartirá o no sus planteamientos, y ello lo único que conllevaría sería a una dilación injustificada del trámite que acá debe surtirse.

Debe igualmente decirse, como también lo indicó el a-quo, que el ente acusador es uno solo, y no puede acolitarse que cada vez que haya un cambio de fiscal -situación de común ocurrencia-, ante la nueva posición de quien asume el cargo, la actuación deba retrotraerse a etapas ya superadas, con el único fin de que el funcionario puede adecuar el trámite a sus consideraciones personales, en tanto su deber es asumir el proceso en el estado en que se encuentre, y asumir las cargas procesales que ello implique.

Adicionalmente, el hecho que el fiscal aduzca que no cuenta con pruebas para acreditar la materialidad del homicidio que le fue endilgado al procesado -como sería el respectivo registro civil defunción o el acta de necropsia-, pero sí para demostrar una presunta desaparición forzada, ello *per se*, no es motivo que genere nulidad de lo actuado, máxime cuando es factible condenar por homicidio a pesar de que en ocasiones el cadáver de la víctima no aparezca, pero por distintos medios probatorios -libertad probatoria- puede llegarse a la conclusión de su fallecimiento.

Sobre el particular, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 21 de Noviembre de 2002, M.P. Yesid Ramírez Batidas[[9]](#footnote-9), indicó:

“La entidad probatoria de los testimonios de oídas analizados conforme a las reglas de la sana crítica en la forma y términos en que atrás se demostró y de la indagatoria de GABRIEL ÁNGEL CARO CARDONA, demuestran que la señora Aliria Feria Castaño fue **raptada** el 8 de febrero de 1993 a partir de las 3 de la tarde en hora posterior aproximada y luego **asesinada** y sepultada **en lugar no localizado**. Conforme a la libertad probatoria que rige el procedimiento penal, **tal conclusión es demostrativa del hecho típico de homicidio agravado**.” (negrillas nuestras)

Finalmente, como quiera que al señor **JJDC,** no se le formularon cargos por desaparición forzada, conducta punible que acorde con lo esgrimido por el fiscal recurrente se desprende de las circunstancias fácticas atribuida al procesado, y para darle igualmente claridad a la defensa, dado su reparo frente a lo que expuso el a-quo al respecto, es sabido que la calificación jurídica dada a los hechos en la formulación de la imputación es *provisional* y por ende *flexible*. Así que a consecuencia de una adecuada aplicación de los principios de *progresividad* y *gradualidad* [[10]](#footnote-10),es permitido que sin mutar el núcleo fáctico de la imputación, la Fiscalía varíe la calificación jurídica -ya sea en el escrito de acusación formalizada en la respectiva audiencia o en los alegatos conclusivos-, **e incluso esa adecuación igualmente se extiende al juez de conocimiento bajo ciertas y determinadas condiciones** -sentencia SP3608, rad. 59422 agosto 18 de 2021-. Al respecto la Sala de Casación Penal ha sostenido:

“[…] nada de ello se opone a que la Fiscalía bien pueda solicitar condena por un delito de igual género pero diverso a aquél formulado en la acusación–siempre, claro está, de menor entidad-, o pedir que se excluyan circunstancias de agravación, **siempre y cuando** –en ello la apertura no implica una regresión a métodos de juzgamiento anteriores- **la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, pero además que no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes**”.[[11]](#footnote-11) -negrillas de la Sala-

Y en una más reciente decisión esa Alta Corporación adujo:

“En realidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido sólida en torno a que el juez puede apartarse del *nomen iuris* establecido por la Fiscalía, incluso cuando no corresponda al mismo título, capítulo y bien jurídico tutelado y, como consecuencia, proferir una condena por un tipo penal diferente, **siempre y cuando no se vulneren derechos de las partes e intervinientes, se respete el núcleo fáctico de la acusación y la modificación resulte favorable a los intereses del procesado** (cfr. CSJ SP352-2021, rad. 52857; CSJ SP4088-2020, rad. 55745; CSJ SP368-2020, rad. 51094; CSJ SP 3580-2018, rad. 46227 y CSJ SP17352-2016, rad. 45589, entre muchas otras).”[[12]](#footnote-12) -negrilla excluidas -

De ello se desprende que si en curso del juicio oral, la Fiscalía en lugar de acreditar la comisión del delito contra la vida que le fuera imputado jurídicamente al señor **DIAZ CANO**, logra establecer otro diferente, pero en todo caso de menor entidad, es posible que inclusive en sus alegaciones finales pueda solicitar la variación de la situación jurídica, a efectos de clarificar los cargos, para lo cual en modo alguno podrá desconocer la circunstancia basilar de lo fáctico previamente endilgado, lo que por supuesto deberá ser debidamente verificado por el a-quo, sin que pueda predicarse vulneración al principio de congruencia, el cual como así lo ha precisado la Corte “[…] es una garantía del derecho a la defensa porque la exigencia de identidad subjetiva, fáctica y jurídica entre los extremos de la imputación penal, asegura que una persona sólo pueda ser condenada por hechos o delitos respecto de los cuales tuvo efectiva oportunidad de contradicción” [[13]](#footnote-13), y tal postulado, como también lo ha expresado esa Alta Corporación:

“[…] implica que la sentencia debe guardar correlación con la acusación en sus tres componentes básicos: i) **personal**, referido a la identidad entre los sujetos Coacusados y los sentenciados (es absoluta); ii) **fáctico**, es decir, correspondencia en los hechos jurídicamente relevantes fijados en la acusación con los que sirven de sustento al fallo (también es absoluta); y iii) **jurídico**, alusivo a la consonancia en la denominación jurídica de uno y otro acto[[14]](#footnote-14), **este componente es de carácter relativo ya que el juez puede condenar por delitos diferentes a los contemplados en los cargos de la acusación, siempre que la pena sea inferior, pero no puede sustentar su decisión de condena incluyendo acciones o circunstancias que, aunque se encuentren probadas en el plenario, no hayan sido contempladas en la imputación fáctica**[[15]](#footnote-15).”[[16]](#footnote-16) -negrillas de la Sala-

En conclusión: (i) no se observa en el acto de formulación de imputación ninguna irregularidad sustancial que afecte garantías fundamentales en cabeza del procesado **JJDC**, ni mucho menos del órgano persecutor; y (ii) la situación planteada por el delegado fiscal, podrá ser objeto de discusión en el momento de la realización del juicio oral.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), en Sala de Decisión Penal, **CONFIRMA** la providencia de noviembre 30 de 2022 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira (Rda.), por medio de la cual se negó la petición de nulidad planteada por la Fiscalía.

De conformidad con lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020, la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y la Ley 2213 del 13 de junio próximo pasado, no se realizará audiencia de lectura de decisión, y por ende esta determinación se le notificará por la Secretaría de esta Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes.

Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS ARTURO PAZ ZÚÑIGA**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

1. Aunque el expediente digital fue recibido en este despacho en marzo 13 de 2023, se aprecia que el juzgado de primer nivel, había dispuesto la remisión para surtir la apelación desde diciembre 15 de 2022, no obstante, tan solo **hasta marzo 09 de 2023 la Oficina Judicial de Administración Judicial realizó el respectivo reparto.** [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia de marzo 18 de 2009, radicado 30710 [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ SP, 05 may. 2021, rad. 49157. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ SP, 01 mar. 2023, rad. 61313. [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ SP, 14 oct. 2020, rad. 55440. [↑](#footnote-ref-5)
6. CSJ, sentencia SP-3988 de 2020. [↑](#footnote-ref-6)
7. Cfr. Audiencias preliminares, a partir del minuto 23:03. [↑](#footnote-ref-7)
8. CSJ AP, 12 dic. 2019, rad. 49840. [↑](#footnote-ref-8)
9. Con radicación 10342. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sobre estos principios, se pueden consultar las siguientes sentencias: La del 18 de diciembre del 2.001. Rad. # 15547; la del 25 de abril del 2.007. Rad. # # 26309 y la del 26 de octubre del 2.011. [↑](#footnote-ref-10)
11. CSJ, SP 07 de julio 2007, rad. 26468. [↑](#footnote-ref-11)
12. CSJ, SP3608, agosto 18 de 2021, rad. 59422 [↑](#footnote-ref-12)
13. CSJ SP, 25 may. 2016, rad. 43837. [↑](#footnote-ref-13)
14. CSJ SP, 04 abr. 2001, rad. 10868. [↑](#footnote-ref-14)
15. CSJ SP, 01 nov. 2007, rad. 23734. [↑](#footnote-ref-15)
16. CSJ SP, 26 oct. 2022, rad. 52165. [↑](#footnote-ref-16)