

República de Colombia



Rama Judicial Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal

Magistrado ponente: EFRAÍN ADOLFO BERMÚDEZ MORA
Radicado: 110016000000202100243 01
Procesado: Yeferson Fabián Tocarruncho Parra y Wadith Miguel Velázquez García
Procedencia: Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá
Delito: Violación ilícita de comunicaciones
Motivo: Apelación sentencia
Decisión: Revoca parcialmente
Aprobado: Acta número: 036

Bogotá D.C., primero (01) de abril de dos mil veintidós (2022)

1. ASUNTO

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa y el representante fiscal, en contra del auto de 22 de octubre de 2021 proferido por el Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, en el que se despacharon negativamente las solicitudes de nulidad y de *incompetencia por razones de conexidad* formuladas por las partes.

2. SITUACIÓN FÁCTICA

Conforme al escrito de acusación, el marco fáctico se condensa, así:

“El 25 de mayo de 2018, el señor Yeferson Fabián Tocarruncho Parra determinó al señor Wadith Miguel Velásquez García, con el fin de interceptar y violentar ilícitamente las comunicaciones de dos ciudadanos colombianos, aprovechándose o de manera ilícita falseando información presentada dentro de un proceso que se adelanta por parte de la Fiscalía 21 Especializada DECOD de la Dirección de Crimen organizado (sic) dentro del

radicado 080016000000201500220 en el cual se investiga el homicidio del señor Rodríguez Pomar.

La manera ilícita como se interceptaron estas comunicaciones fue plasmado falsedades (sic), información falsa en documento expedido por el señor Wadith Miguel Velásquez García de fuente no formal en la cual manifiesta que un informante denominado como alias “la Penca” le entregó información respecto a posibles actividades delincuenciales por parte de ciudadanos colombianos y los cuales les otorgó un alias y una especificación o característica específica (sic) dentro de la organización criminal, se manifestó en dicho documento.

Se manifestó que Dilman Paz Potes c.c 94.529.458 que para ese 26 de mayo de 2018 tenía el cargo de presidente del Sindicato de la Universidad del Valle y abogado de profesión – trabajo administrativo de aseo, pero en el informe se indicó de manera falsa “ se dice que el abonado celular 3168752329, este abonado celular es portado por una persona de sexo masculino conocida como “doctor”, la fuente informó que esta persona es el encargado dentro de la organización criminal de administrar el dinero producto de los cobros extorsivos”.

Frente a Deybi Brayan Hernández Caicedo identificado con cédula de ciudadanía 1.111.776.445 de su abonado celular 3153710750 se le dio la siguiente característica en la organización “este abonado celular es portado por una persona de sexo masculino conocida con el alias de “caleño, (sic) dentro de la organización criminal esta persona se encarga de coordinar las personas encargadas de realizar extorsiones por parte del fuente humana (sic) informa que alias caleño orden (sic) homicidios de personas que no cumplían con la (sic) pretensiones del (sic) organización”

Dado lo anterior se expidió un (sic) orden de interceptación el día 26 de mayo de 2018 por parte de la Fiscalía 21 DECOC en la cual se ordena la interceptación de estos dos abonados telefónicos, lográndose así lógicamente que de manera ilícita se intercepten las comunicaciones de dos ciudadanos colombianos por el término de un mes hasta (sic) 26 de junio de 2018 en la ciudad de Bogotá en la sala GRACO de la DIJIN de la Policía Nacional”¹.

3.- ANTECEDENTES PROCESALES

3.1 El 05 de noviembre de 2020, ante el Juzgado Treinta y Ocho Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se llevó a cabo audiencia de formulación de imputación, en contra de **YEFERSON FABIÁN TOCARRUNCHO**

¹ Folios 2 y 3 del PDF denominado acusación.

PARRA y WADITH MIGUEL VELÁZQUEZ GARCÍA, por la presunta comisión del delito de violación ilícita de comunicaciones en concurso homogéneo y sucesivo; los imputados no aceptaron los cargos.

3.2 Repartido el expediente, este se asignó al Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, que avocó el conocimiento el 23 de febrero de 2021, y fijó el 16 de marzo del mismo año, para llevar a cabo la diligencia de formulación de acusación; sin embargo, esta no se desarrolló por solicitud de aplazamiento a cargo de la defensa.

3.3 El 14 de abril de 2021, se instaló la precitada audiencia y el fiscal adujo que el juez era *incompetente por razones de conexidad*² y sustentó su solicitud, luego de lo cual, se corrió traslado del requerimiento a las partes e intervinientes.

Posteriormente, el funcionario cognoscente consideró que había lugar a decretar la conexidad de los trámites penales con números de radicado 10016000000202100243 y 110016000000202001527, que se siguen en contra de los implicados y ordenó la remisión del legajo al Juzgado Cincuenta y Nueve homólogo.

3.4 El 27 de abril de 2021, esta última autoridad se pronunció acerca de esa determinación y consideró que el fallador erró al resolver el requerimiento de la Fiscalía General de la Nación, por cuanto no era posible decretar la conexidad y enviar las diligencias al Juzgado Cincuenta y Nueve Penal del

² Récord 15:05 audiencia de 14 de abril de 2021.

Circuito con Función de Conocimiento de esta sede, pues lo correspondiente era asumir los dos procesos penales.

Por ese motivo, ordenó la devolución del expediente con el propósito de que se imparta el trámite que en derecho corresponde.

3.8 El 14 de mayo de 2021, el juez treinta y cinco penal del circuito con función de conocimiento de esta sede, reiteró que en el presente asunto se cumplían los factores de conexidad contenidos en el ordenamiento jurídico, y en ese sentido, la competencia para conocer de ambos procesos estriba en la célula judicial análoga, por lo que, remitió el asunto a este Tribunal con el propósito de resolver el conflicto suscitado entre los dos estrados judiciales cognoscentes.

3.9 El 23 de junio de 2021, esta Sala profirió decisión en la que se abstuvo de resolver el conflicto planteado y ordenó devolver las actuaciones al despacho de origen, por cuanto la discusión no versaba sobre asuntos atinentes a la definición de competencia de los juzgados del circuito, sino a la posibilidad de conexas dos actuaciones procesales.

3.10 Con ocasión de lo anterior, el 16 de julio siguiente, el operador judicial de primer grado decretó la nulidad del proveído de 14 de abril de 2021, con el propósito de corregir el yerro y que las partes puedan presentar nuevamente las solicitudes que consideren pertinentes.

3.11 El 03 de septiembre de 2021, la defensa requirió que se decrete la nulidad desde la audiencia de formulación de imputación llevada a cabo el 05 de noviembre de 2020 y, a su turno, el delegado del órgano instructor presentó petición de

incompetencia por razones de conexidad de este trámite junto con las diligencias que se siguen ante el Juzgado Cincuenta y Nueve homólogo.

3.12 El 22 de octubre de 2021, el estrado judicial resolvió despachar negativamente ambos requerimientos y, tanto el defensor como el titular de la acción penal interpusieron recurso de apelación.

4. SOLICITUDES

4.1.1 De la solicitud de nulidad formulada por la defensa³

El defensor requirió que se decrete la nulidad de las actuaciones desde el 05 de noviembre de 2020, esto es, desde la audiencia de formulación de imputación surtida en el presente trámite en contra de sus representados.

Como sustento de su requerimiento, explicó, en el mes de junio de 2020, se llevaron a cabo las diligencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de los implicados, atribuyéndose los delitos de falsedad ideológica en documento público, fraude procesal, violación ilícita de comunicaciones y utilización ilícita de redes de comunicación, a título de autores.

En esa oportunidad, el representante fiscal refirió los hechos jurídicamente relevantes y, concretamente, hizo alusión a que el 25 de mayo de 2018, **TOCARRUNCHO PARRA** ordenó a **VELÁSQUEZ GARCÍA** la interceptación de unos abonados telefónicos, en el marco de otra investigación penal que se

³ Récord 4:12 a 55:57, audiencia 03 de septiembre de 2021.

llevaba al interior de la Fiscalía General de la Nación y, en dicha diligencia, el titular de la acción penal hizo referencia a siete teléfonos celulares que fueron interceptados ilegalmente.

Asimismo, recordó que, el 05 de noviembre de 2020, el delegado del ente instructor llevó a cabo una nueva audiencia de imputación, en la que se mencionan los mismos presupuestos fácticos, en tanto la única diferencia versa sobre la identificación de los propietarios de dos líneas, toda vez que, ambos trámites penales giran en torno a las presuntas órdenes impartidas el 25 de mayo de 2018.

Bajo ese panorama, adujo que, en la audiencia de formulación de acusación adelantada en el primigenio proceso penal el 19 de octubre de 2020, el representante fiscal ya tenía conocimiento acerca de la identificación de los propietarios de las líneas objeto del presente trámite, por lo que, correspondía adicionar la acusación incluyendo la identidad de dichas personas, sin necesidad de adelantar un nuevo acto de comunicación e iniciar otro proceso con los mismos presupuestos fácticos.

Así las cosas, puntualizó, las diligencias que se surten en este expediente, constituyen una violación a la garantía de doble incriminación, puesto que, los fundamentos de la ilegal intervención de los celulares por los que se sigue esta investigación, se encuentran contenidos en los hechos jurídicamente relevantes de las actuaciones que conoce el Juzgado Cincuenta y Nueve homólogo.

A propósito de lo anterior, afirmó, se presenta identidad de hechos, toda vez que, en la diligencia de noviembre de 2020 se hace referencia a la interceptación ilegal de dos líneas

telefónicas incluidas en el contexto fáctico expuesto en junio de 2020, por cuanto desde esa oportunidad se hizo referencia a ocho celulares.

De manera análoga, adujo que, hay identidad de fundamento, pues se trata de los mismos reatos e idénticos bienes jurídicamente tutelados, dado que aluden a las interceptaciones presuntamente ordenadas el 25 de mayo de 2018.

De otra parte, el profesional en derecho procedió a abordar cada uno de los criterios que rigen las nulidades. En primer lugar, consideró que, se configura el principio de trascendencia, en tanto sus representados se encuentran sometidos a dos procesos penales diversos que podrían conllevar a conclusiones disimiles.

En segundo lugar, averó, no ha convalidado el yerro en mención, dado que el 05 de noviembre de 2020, durante la audiencia de imputación, puso de presente la irregularidad ante la funcionaria judicial, empero, esta no fue atendida por cuanto no era la etapa procesal correspondiente y, en ese sentido, formuló solicitud de nulidad en la primera oportunidad de la audiencia de acusación.

En tercer lugar, se cumple con el criterio de residualidad al no existir otro instrumento en el ordenamiento jurídico para corregir el desacierto, puesto que, si bien la conexidad de los legajos podía enmendar la situación, lo cierto es que, el momento procesal que tenía la Fiscalía General de la Nación, para presentar dicha solicitud, feneció.

En cuarto lugar, señaló, los principios de taxatividad y protección se acreditan, dado que se produjo una violación al derecho al debido proceso de los encausados, transgresión que deriva exclusivamente de las faltas en que incurrió el delegado del órgano de investigación penal.

Finalmente, en lo que atañe a la instrumentalidad de las formas, refirió que, la irregularidad que se presenta es sustancial y contraría el ordenamiento jurídico y los derechos de los procesados.

4.1.2 Traslado de la Fiscalía General de la Nación⁴

El representante fiscal, precisó que, contrario a lo referido por el defensor, en la diligencia de imputación de junio de 2020, solo se hizo alusión a la interceptación ilegal de cinco líneas telefónicas que pertenecían a funcionarios de la Policía Judicial y, en dicha oportunidad se aclaró que faltaban otros dos abonados, por cuanto no se tenía conocimiento de la identidad de los propietarios.

De ahí que, explicó, en virtud del principio de progresividad de la investigación, solo fue con posterioridad a esa audiencia que se obtuvo más información acerca de las líneas restantes, momento en el que el órgano de persecución penal solicitó una nueva diligencia de imputación.

Sin perjuicio de lo anterior, adujo que, en el presente asunto no se cumple con el criterio de residualidad propio de las nulidades, toda vez que, aún existe la posibilidad de decretar la conexidad a solicitud de la bancada defensiva y, por lo tanto, si el requirente considera que se vulneran las

⁴ Récord 56:03 a 1:18:15, audiencia 03 de septiembre de 2021.

garantías fundamentales de sus prohijados, debe presentar la correspondiente petición ante el Juzgado Cincuenta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, puesto que, la defensa todavía cuenta con la facultad de corregir el yerro en la etapa procesal de la audiencia preparatoria.

Aunado a ello, explicó, no le asiste razón al letrado al señalar que se debió efectuar la adición en la audiencia de formulación de acusación, comoquiera que, tal alteración en la calificación fáctica desconoce el principio de congruencia que rige el proceso penal.

Finalmente, solicitó, no se acceda al pedimento de decretar la nulidad, dado que en el proceso penal que se sigue paralelamente, solo se atribuyó la intervención de comunicaciones de cinco líneas telefónicas, tal como consta en las diligencias surtidas en ese despacho.

4.2.1 De la solicitud de “*incompetencia por razones de conexidad*” formulada por la Fiscalía General de la Nación⁵

El delegado del órgano instructor manifestó que el juzgador de primer grado es *incompetente por razones de conexidad*, concretamente en aplicación de los criterios contenidos en el artículo 52 de la Ley 906 de 2004.

En efecto, adujo que, los procesos que se siguen ante los Juzgados Treinta y Cinco y Cincuenta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esta sede, tienen hechos jurídicamente relevantes similares; sin embargo, no es

⁵ Récord 1:18:42 a 1:30:48, audiencia 03 de septiembre de 2021.

posible unificar los dos trámites, pues si bien en el segundo juzgado se reúnen las condiciones previstas en la legislación para decretar la conexidad, lo cierto es que, en esas diligencias feneció la oportunidad procesal para que el titular de la acción penal presente esa solicitud, en tanto se inició la audiencia preparatoria.

A propósito de lo anterior, puntualizó, la competencia recae en el estrado judicial homólogo, dado que, la primera imputación y aprehensión se surtieron en las actuaciones que se adelantan ante ese despacho y, allí se conoce la mayor cantidad de reatos.

Asimismo, explicó, con el fin de evitar que se adelanten dos procesos contra los mismos ciudadanos por situaciones fácticas relacionadas y para impedir la vulneración de garantías constitucionales de los infractores, se hace necesario unificar las diligencias.

Por consiguiente, requirió que el sentenciador se declare *incompetente* y que, en consecuencia, el trámite se surta ante el Juzgado Cincuenta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

4.2.2 Traslado de la defensa⁶

El profesional en derecho recalcó que, el delegado del ente de investigación penal incurrió en los mismos yerros de la solicitud anterior, que dio lugar al pronunciamiento de este Tribunal, toda vez que, se confunden los conceptos de conexidad y competencia, pues el funcionario de primera

⁶ Récord 1:30:59, audiencia 03 de septiembre de 2021.

instancia es competente para conocer estas diligencias, circunstancia que es autónoma de la petición de conexidad que se debe formular ante el Juzgado Cincuenta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esta sede.

Así pues, refirió, el requerimiento para unificar los trámites debe presentarse en el otro estrado judicial, pedimento que hasta la fecha no ha sido incoado y, en ese sentido, no se configura falta de competencia de esta célula judicial para continuar las actuaciones, por cuanto no ha existido una solicitud formal del delegado fiscal de conexidad.

5. DECISIÓN RECURRIDA⁷

El juzgado despachó negativamente el requerimiento de nulidad planteado por el defensor, puesto que, desde las audiencias de imputación se evidenció que la situación fáctica planteada en ambos procesos resultaba diversa, en tanto no se trataba de las mismas interceptaciones y abonados telefónicos.

En primer lugar, refirió, es el apoderado quien desde la diligencia llevada a cabo el 05 de noviembre de 2020, ha precisado que en el acto de comunicación surtido en el mes de junio de ese mismo año, no se atribuyó la interceptación de ocho líneas telefónicas y que, en consecuencia, este se limitó a cinco interceptaciones y en el ocurrido el 5 de noviembre de 2020, se adicionaron otras dos líneas autónomas.

En segundo lugar, recordó, de acuerdo con las intervenciones del órgano de persecución penal en cada una de las audiencias de imputación, es posible verificar que no se

⁷ Récord 10:00 a 33:12, audiencia 22 de octubre de 2021.

presenta una vulneración a la garantía de doble incriminación de los indiciados, toda vez que, hace falta la identidad de hechos al tratarse de la intervención ilegal de abonados telefónicos diferentes que constituyen un marco fáctico diverso.

A propósito de ello, reiteró, en la audiencia de 06 de junio de 2020, no se imputaron ocho líneas telefónicas, pues si bien el informe de policía judicial en torno al cual se edifica el proceso penal se refiere a la totalidad de estas, el acto de comunicación se limitó a cinco abonados.

En similares términos, aclaró, no podía la Fiscalía adicionar las dos líneas en la etapa de acusación ante el Juzgado Cincuenta y Nueve homólogo, como pretende la defensa, por cuanto constituyen presupuestos fácticos divergentes que requieren un ejercicio probatorio independiente, especialmente si se tiene en cuenta que las víctimas no coinciden porque los propietarios de los celulares referidos en junio son de funcionarios de la policía judicial y, en noviembre se hizo alusión al presidente de un sindicato y a un particular.

A propósito de lo anterior, puntualizó, tampoco era posible ampliar la acusación, por cuanto modificar el contexto fáctico también conllevaba la alteración de la calificación jurídica, toda vez que, el delito de violación ilícita de comunicaciones no concurriría en cinco oportunidades sino en siete, circunstancia que es una alteración al concurso homogéneo que tendrá que ser tenido en cuenta para establecer la pena.

De otra parte, especificó, no se trata de un único supuesto fáctico del cual se deriven diversos eventos de interceptación de

comunicaciones, pues el caso concreto se enmarca en un evento de concurso ideal, comoquiera que, con una sola acción se infringió siete veces el tipo penal de violación ilícita de comunicaciones.

En suma, consideró, no están llamadas a prosperar las circunstancias aludidas por el profesional en derecho para sustentar su solicitud y, en ese sentido, resolvió negar el requerimiento de la bancada defensiva.

Ahora bien, en lo que atañe a la petición del titular de la acción penal, el fallador consideró que el delegado del órgano instructor hizo alusión a dos aspectos diferentes, por un lado, a la incompetencia del estrado judicial para continuar con el trámite y, de otro, a que se decrete la conexidad con el proceso que conoce el Juzgado Cincuenta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

Así pues, aclaró, el primer aserto sería rechazado de plano, pues es abiertamente improcedente, dado que la competencia se rige exclusivamente por el factor personal, territorial, material o funcional y ninguna mención hizo el delegado fiscal en estos asuntos.

Con todo, explicó, la conexidad deprecada en el caso particular no supone la ausencia de competencia del funcionario cognoscente, simplemente implica que dos actuaciones deban seguirse bajo una única cuerda procesal.

De otra parte, precisó, el requerimiento de la Fiscalía General de la Nación resultó confuso y, si bien el operador judicial no puede asumir las funciones de las partes, lo cierto es que, era necesario *hacer una adecuación de las peticiones*

con el propósito de establecer cuál era la voluntad del titular de la acción penal.

Por consiguiente, refirió, de las afirmaciones efectuadas en la intervención del delegado del órgano instructor se evidenció que este pretende la unificación de los dos trámites que se siguen en contra de los enjuiciados y, para tal efecto, resulta necesario definir a cuál autoridad le correspondería asumir las diligencias, puesto que, en aplicación de los criterios contenidos en el artículo 52 del Código de Procedimiento Penal, debe admitir el conocimiento el Juzgado Cincuenta y Nueve homólogo.

A propósito ello, el operador judicial aclaró que no le corresponde a esa célula judicial asumir el trámite punitivo, por cuanto las causales contenidas en la disposición normativa aludida se cumplen en el otro despacho, circunstancia que es reconocida tanto por el defensor como por el fiscal, quienes aclararon que la primera imputación y capturas se produjeron bajo la otra cuerda procesal.

De ahí que, adujo, el sentenciador no puede asumir la carga de los procesos penales en desconocimiento del ordenamiento jurídico que regula la materia y tampoco está facultado para emitir la orden al estrado judicial homólogo, de conformidad con la decisión adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, por lo que, el requerimiento debe ser despachado negativamente y deberá plantearse la solicitud en el trámite en el que se reúnen los presupuestos para decretar la conexidad.

Sin perjuicio de lo anterior, adveró, en el *sub lite* se evidencia la mala práctica de la Fiscalía General de la Nación

en el curso de las investigaciones, puesto que, si bien el órgano de instrucción puede requerir la unificación de las actuaciones en las etapas procesales dispuestas para ello, lo cierto es que, el 06 de junio de 2020 debió formular la imputación por la totalidad de las circunstancias fácticas, pues esa omisión derivó en la concurrencia de dos trámites penales.

Corolario de ello, resolvió negar la petición de conexidad formulada por el representante fiscal.

6. RECURSO DE APELACIÓN

6.1 Defensa⁸

El letrado precisó que, contrario a lo referido por el operador judicial de primer grado, en el presente asunto se configura una unidad e identidad fáctica, en tanto los hechos jurídicamente relevantes por los que se sigue el presente trámite son los mismos atribuidos en la imputación llevada a cabo el 06 de junio de 2020.

En efecto, si bien en la primigenia diligencia solo se imputaron la ilegal intervención de cinco abonados telefónicos y, en noviembre dos líneas adicionales, lo cierto es que, se trata de un único contexto fáctico, comoquiera que, todas las conductas endilgadas se desplegaron en un mismo momento, esto es, en mayo de 2018 y, aunado a ello, los números telefónicos guardan directa relación con una organización criminal, circunstancia que no fue desacreditada por el representante fiscal.

⁸ Récord 35:20 a 49:30, audiencia 22 de octubre de 2021.

En la misma línea, explicó, la audiencia de formulación de acusación era la oportunidad idónea para adicionar las dos interceptaciones, toda vez que, ya se habían presentado los presupuestos para ampliar el trámite penal en esos aspectos en particular.

De manera análoga, adujo que, se configura identidad de fundamento, comoquiera que, se trata de los mismos ilícitos que protegen idénticos bienes jurídicos, con homogeneidad de desvalor por su conexión fáctica.

Asimismo, aseguró, no existe otra solución diferente a decretar la nulidad de las actuaciones en el presente proceso penal, puesto que, no hay lugar a declarar la conexidad, por cuanto dicho requerimiento debió ser formulado en la acusación ante el Juzgado Cincuenta y Nueve homólogo, circunstancia que no se presentó.

En suma, requirió, se revoque la decisión de primer grado y, en ese sentido, se dejen sin efectos las actuaciones surtidas en el trámite a partir de la audiencia de imputación del 05 de noviembre de 2020.

6.2 Fiscalía General de la Nación⁹

El representante fiscal informó que se presenta solicitud de conexidad en el trámite punitivo, comoquiera que, el proceso que conoce el Juzgado Cincuenta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esta sede, está en audiencia preparatoria y, por lo tanto, la Fiscalía General de la Nación no

⁹ Récord 55:34 a 1:05:00, audiencia 22 de octubre de 2021.

tiene la potestad para formular dicho requerimiento en esa etapa procesal.

De ahí que, la única facultad con que cuenta el órgano de investigación es incoar el pedimento ante el Juzgado Treinta y Cinco homólogo, dado que en este el trámite se encuentra en etapa de audiencia de formulación de acusación.

Asimismo, explicó, si bien es claro que no es posible remitir las diligencias al otro estrado judicial, pues tal aspecto ya fue aclarado por el Tribunal, lo cierto es que, se está procurando la protección de la garantía al debido proceso de los encartados, quienes tendrían que someterse a dos procesos penales por circunstancias fácticas conexas.

Conforme a lo anterior, manifestó, se presenta recurso de apelación con el propósito que se revoque la determinación, en el sentido que se unifiquen los dos trámites y que continúe ante la jueza cincuenta y nueve penal del circuito, que primero conoció los hechos.

7. TRASLADO DE NO RECURRENTES

7.1 Fiscalía General de la Nación¹⁰

El titular de la acción penal, averó que, no le asiste la razón al defensor al señalar que en la audiencia de formulación de acusación se podían adicionar los dos abonados telefónicos restantes, dado que constituye una modificación de las circunstancias fácticas, que implicaría el desconocimiento del principio de congruencia.

¹⁰ Récord 49:34 a 55:29, audiencia 22 de octubre de 2021.

De ahí que, explicó, aun cuando se presenta unidad de hecho, la punibilidad se modifica, puesto que, se trata del incremento de dos concursos homogéneos del reato de violación ilícita de comunicaciones y, adicionalmente, de víctimas diferentes que vieron afectados sus bienes jurídicos con ocasión de las conductas desplegadas por los infractores.

En consecuencia, solicitó, se confirme el proveído de primer grado, que negó la nulidad del trámite punitivo.

7.2 Defensa¹¹

El profesional en derecho requirió que se mantenga la decisión, toda vez que, el delegado fiscal no presentó una solicitud de conexidad sino que se limitó exclusivamente a hacer alusión a la falta de competencia del operador judicial de primer grado.

Con todo, puntualizó, en el caso concreto no es posible unificar los dos procesos penales que se siguen en contra de sus representados, por cuanto los elementos objetivos para decretar la conexidad se reúnen en el Juzgado Cincuenta y Nueve homólogo y, por lo tanto, es en ese despacho en donde se debe presentar el requerimiento.

En efecto, aclaró, aun cuando la etapa procesal de acusación que se surte en el presente trámite, es la oportunidad con que cuenta la Fiscalía para formular ese pedimento, el funcionario judicial de primer grado no puede atender esa solicitud.

¹¹¹¹ Récord 1:05:04 a 1:09:25, audiencia 22 de octubre de 2021.

7.3 Ministerio Público¹²

El delegado del Ministerio Público, se refirió a los recursos de ambas partes. En primer lugar, en lo que atañe a la solicitud de conexidad de la Fiscalía, explicó que, le correspondía al fallador de instancia decidir si atendía esa petición, pues conforme al criterio del superior jerárquico este debe resolver de fondo el pedimento y, si se cumplen las condiciones legales, decretar la correspondiente conexidad y asumir ambas diligencias.

En segundo lugar, en lo relativo a la declaratoria de nulidad de las diligencias, precisó que, si el profesional en derecho considera que se transgrede el principio de *non bis in idem* debió solicitar la preclusión de la investigación.

Sin perjuicio de ello, consideró, no se vulnera dicha garantía a los procesados, comoquiera que, el reato que les fue imputado protege un bien jurídico de carácter personal, esto es, la intimidad y reserva en las comunicaciones, y en ese sentido, los afectados con esos ilícitos son personas diferentes y no fueron incluidas en el primigenio acto de comunicación.

En ese orden de ideas, advirió, se trata de situaciones independientes que requerían de diligencias de imputación diversas.

Conforme a lo anterior, concluyó, es necesario que se devuelvan las diligencias al estrado judicial de primer grado para que se pronuncie de fondo acerca de la conexidad, puesto que, el operador judicial se limitó a hacer alusión al tema de

¹² Récord 1:09:37 a 1:15:26, audiencia de 22 de octubre de 2021.

competencia y, en todo caso, requirió que se confirmen las determinaciones.

8. CONSIDERACIONES

8.1 Competencia

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 34-1 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de los procesados y el representante fiscal, en contra de la decisión de 22 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, por lo que, en virtud de los artículos 176 y siguientes, *ibidem*, se procede a examinar los puntos de disenso expresados contra la providencia recurrida.

8.2 Problemas jurídicos

Atendiendo el objeto de la apelación y en razón al principio de limitación, conforme al cual el funcionario judicial solo puede pronunciarse respecto de lo que es materia de disenso y aquello que esté inescindiblemente vinculado, la Sala de decisión se ocupará en determinar, en primer lugar, si en el presente asunto se vulnera el principio de *non bis in ídem* que da lugar a la declaratoria de nulidad del trámite y, en segundo lugar, se revisará la solicitud de *incompetencia por conexidad* formulada por la Fiscalía General de la Nación, para lo cual, se establecerá si el juzgador acertó al decidir acerca de los presupuestos para declarar la conexidad de las actuaciones que se siguen ante el Juzgado Cincuenta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esta sede.

8.3 Nulidad por vulneración al principio de *non bis in ídem*

Sea lo primero señalar que, en la audiencia celebrada el día 03 de septiembre de 2021, el defensor solicitó la nulidad de toda la actuación desde la audiencia de formulación de imputación, comoquiera que, a su juicio, la concurrencia de los procesos penales que se siguen en los Juzgados Treinta y Cinco y Cincuenta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esta sede, vulnera el principio de *non bis in ídem* de sus prohijados.

Con el propósito de atender el reproche, encuentra esta Corporación oportuno aclarar que, la motivación esbozada por el profesional en derecho durante la solicitud, difiere de aquella expuesta en el recurso de apelación, puesto que, en la primera oportunidad, este señaló que se transgredió la garantía de los encartados, por cuanto en la imputación llevada a cabo en junio de 2020, se hizo mención a la interceptación de ocho líneas telefónicas y dos de ellas, se reiteraron en el acto de comunicación surtido en el mes de noviembre de ese mismo año, aseveraciones que fueron confirmadas ante el requerimiento de aclaración efectuado por el estrado judicial al finalizar la intervención.

De otra parte, en el recurso de apelación, el letrado aseguró que no desconocía que en la primera diligencia solo se hizo referencia a cinco abonados telefónicos, empero, la transgresión del principio de *non bis in ídem* se fundamentaba en la unidad de hechos jurídicamente relevantes y la correspondencia de presupuestos en ambos trámites, toda vez que, las presuntas conductas ilícitas se concretaron en un único comportamiento en la misma fecha.

A propósito de ello, conviene recordar que, el Ministerio Público puntualizó que, si el profesional en derecho considera que se transgrede la prerrogativa en comento, no debió solicitar la nulidad de las actuaciones, pues lo procedente es la preclusión de la actuación.

Sobre este aspecto en particular, la jurisprudencia del órgano de cierre en materia penal¹³ ha señalado que, en los eventos de vulneración del principio de *non bis in ídem*, se configura la extinción de la acción penal, de manera que, la partes podrán formular solicitud de preclusión ante el operador judicial para finalizar el trámite anticipadamente, por imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal.

Con todo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁴ ha estudiado casos en los que el interesado incoa exclusivamente petición de nulidad con ocasión del desconocimiento de la garantía de doble incriminación, y en ese sentido, se limita a abordar el pedimiento como fue planteado.

Ciertamente, el funcionario cognoscente deberá determinar cuál de las dos peticiones se formula en el caso particular para adoptar una decisión, empero, previo a ello, deberá verificar si, como lo señala la parte interesada se transgredió el principio de *non bis in ídem*, pues de no comprobar que este se conculcó, no hay lugar a hacer consideraciones adicionales en punto a la nulidad o preclusión del trámite penal.

¹³ CSJ SP4235-2017, rad. 45072, de 23 de marzo de 2017, M.P.: Patricia Salazar Cuéllar.

¹⁴ CSJ SP11891-2016, rad. 42400, de 24 de agosto de 2016, M.P.: José Luis Barceló Camacho.

Bajo ese panorama, esta Sala encuentra necesario aclarar lo atinente a los eventos atribuidos en cada una de las imputaciones llevadas a cabo en contra de los infractores, con el propósito de esclarecer las contradicciones que se produjeron en las manifestaciones del letrado y, posteriormente, se verificará si se conculcó la prerrogativa invocada, como se señala en el requerimiento.

Así las cosas, téngase en cuenta que, en la audiencia de imputación llevada a cabo el 06 de junio de 2020, el delegado del órgano instructor en numerosas oportunidades y a lo largo de toda su intervención, fue claro en referir que los hechos jurídicamente relevantes, consistían en que, el 26 de mayo de 2018 **TOCARRUNCHO PARRA**, valiéndose de la confianza depositada por la representante fiscal asignada al caso, emitió a nombre de esta orden en virtud de la cual, **VELÁSQUEZ GARCÍA** interceptó ilegalmente cinco abonados telefónicos pertenecientes a funcionarios de la policía judicial, es decir, a compañeros y subordinados de los implicados.

Asimismo, se tiene que el titular de la acción penal, con el propósito de dar mayor claridad al contexto fáctico, explicó que en el informe con ocasión del cual se profirió la orden de grabación de las comunicaciones aparecían ocho líneas telefónicas, estas son, aquella de propiedad del alias “Ñeñe Hernández” que correspondía al trámite que se surtía al interior de la Fiscalía General de la Nación, dos abonados no identificados que aún continuaban en investigación y las restantes cinco líneas que eran el objeto del acto de comunicación en contra de los encartados.

De esta manera, es claro que, las dos líneas telefónicas que son materia del presente proceso penal, solo se

mencionaron en la primigenia oportunidad, con el propósito de señalar que estas estaban siendo materia de indagación para conocer su relación con este trámite.

En ese orden de ideas, en la diligencia de junio de 2020 se hizo alusión a los ocho abonados; sin embargo, de ahí no se deriva que la interceptación de la totalidad de los teléfonos, hubiese sido atribuida en esa oportunidad, por cuanto el delegado fiscal fue claro en referir que se trataba de contextualizar que las conductas ilícitas derivaron del informe de 26 de mayo de 2018, que contenía una serie de números de celular.

En suma, el proceso penal que se sigue ante el Juzgado Cincuenta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, se refiere exclusivamente a la intervención ilegal de esos cinco abonados telefónicos de propiedad de los servidores públicos.

Ciertamente, el defensor señaló que la nulidad se configuró dado que, en la imputación llevada a cabo en junio de 2020, se había endilgado la interceptación ilícita de ocho líneas y, posteriormente en el recurso de apelación, precisó que él reconocía la distinción de los celulares en uno y otro proceso y que su requerimiento aludía exclusivamente a la unidad e identidad fáctica, toda vez que, los hechos jurídicamente relevantes eran los mismos.

Ahora bien, precisado tal aspecto, debe verificarse si se presenta identidad de sujetos, causa y fundamento en los dos procesos penales que se siguen en contra de los infractores que dé lugar a la transgresión del principio de *non bis in ídem*.

Ha de aclararse en este punto que, la jurisprudencia especializada ha determinado el alcance de esta garantía en el marco del proceso penal; al respecto, ha explicado:

“El non bis in ídem participa de la naturaleza de principio y garantía, constituye un derecho fundamental, a través suyo se impone como mandato una única persecución, se prohíbe investigar, juzgar y condenar más de una vez por la misma conducta delictiva o circunstancia delictual o postdelictual o hecho que incida en la responsabilidad o la pena, según el caso.

La restricción es sustancial, como por ejemplo cuando hay duplicidad de responsabilidad o de sanción, pero también es de carácter procesal, pues dos procesos no pueden tener un mismo objeto o idéntica conducta o circunstancia modificadora de la tipicidad o de la sanción. La prohibición no se hace extensiva en el caso del concurso de delitos, ni de procedimientos de conocimiento de diferentes autoridades, evento éste que se presenta cuando el mismo hecho genera acciones penales, disciplinarias o fiscales, estos procedimientos tienen objeto, finalidad y sanción diferente a la acción penal.

[...]

Las identidades que constituyen presupuestos de la cosa juzgada o non bis in ídem se relacionan con el eadem personae o elemento personal (mismidad de persona), eadem res o el objeto (mismidad de hecho o circunstancia con doble trato jurídico y/o procesal) y el eadem causa petendi o fundamento (mismidad de origen de las investigaciones o condenas).

El elemento personal o subjetivo alude a la identidad de sujeto investigado, absuelto o condenado o procesado. El sujeto investigado o sancionado debe ser la misma persona en la pluralidad de procesos adelantados con el mismo propósito y fundamento. Este supuesto apunta a quien es investigado, procesado o sentenciado, no a la persona de quien funge como autoridad.

El elemento fáctico o identidad de objeto está referida a la situación de hecho sub iudice, a la materialidad del delito, tiene que ser la misma conducta o el mismo hecho el que constituye el propósito de dos procesos penales, ha de ser idéntico supuesto, que solamente dé lugar a una única tipicidad y que se somete a doble juzgamiento.

La identidad de fundamento tiene que ver con el motivo que da lugar al adelantamiento de dos procesos, aquel no es otro que la misma causa en una y otra actuación, los argumentos fácticos no cambian frente a los jurídicos y la finalidad del proceso para efectos de la responsabilidad y pena”¹⁵.

¹⁵ CSJ SP3141-2020, rad. 54108, de 19 de agosto de 2020, M.P.: Eugenio Fernández Carlier.

Conforme a lo expuesto, véase cómo, en el supuesto que concita la atención de la Sala, se presenta identidad de sujetos, puesto que, ha sido clara la Fiscalía General de la Nación en reiterar que los procesados en ambos trámites son **YEFFERSON FABIÁN TOCARRUNCHO PARRA** y **WADITH MIGUEL VELÁSQUEZ GARCÍA**.

Asimismo, no existe discusión en punto a la unidad de acción, por cuanto los presuntos comportamientos ilícitos desplegados por los inculpadados ocurrieron el 26 de mayo de 2018, cuando **TOCARRUNCHO PARRA** emitió, aprovechando la confianza de la representante fiscal asignada al caso, la orden ilegal para interceptar siete abonados telefónicos, que posteriormente fue ejecutada por **VELÁSQUEZ GARCÍA**, de manera que son esas las conductas aludidas por el órgano de persecución penal y que encajan en los delitos que les fueron enrostrados.

Ciertamente, tal como lo señala el defensor, el contexto fáctico deriva de un solo evento ocurrido en una misma fecha y lugar, es decir, no desconoce esta Corporación que se trate de una única conducta la que dio origen a ambos procesos penales, empero, tal circunstancia por sí sola no desconoce la garantía de doble incriminación.

A propósito de ello, téngase en cuenta que, si bien existe homogeneidad en los comportamientos desplegados por los encartados, lo cierto es que, estos son susceptibles de ser individualizados, circunstancia que permite entender que la causa de las actuaciones penales y de los delitos atribuidos, es diversa.

De ahí que, la causa de los dos trámites difiere, dado que, si bien iniciaron con ocasión del mismo comportamiento, a partir de ese marco fáctico se produjeron diversos resultados que constituyen ilícitos autónomos y, por lo tanto, es posible distinguir los hechos jurídicamente relevantes en relación con los abonados telefónicos interceptados y, en consecuencia, no se vulnera el principio de *non bis in ídem*, pues cada trámite penal se sigue por conductas diferentes.

En efecto, en el proceso que surgió con ocasión de la audiencia de imputación llevada a cabo en el mes de junio de 2020 y que conoce el Juzgado Cincuenta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esta sede, se atribuyen los delitos de violación ilícita de comunicaciones, utilización ilícita de redes de comunicación, falsedad ideológica en documento público y fraude procesal, que se derivan de la orden de interceptación de cinco abonados telefónicos pertenecientes a funcionarios de policía judicial, estos son, 3202067349, 3213582836, 3212275083, 3186234964 y 3215100418.

Por el contrario, en el trámite de la referencia, vale decir, el que se surte ante el Juzgado Treinta y Cinco homólogo, se hace referencia exclusivamente al injusto de violación ilícita de comunicaciones, con fundamento en la interceptación de dos líneas de teléfono pertenecientes a dos particulares, concretamente los números 3168752329 y 3153710750.

A propósito de lo anterior, debe señalarse que, *“no se quebranta el principio del non bis in ídem, cuando del alcance fijado a una misma conducta o supuesto fáctico, resulten varios resultados dañosos que comprometan bienes jurídicos diferentes*

*o de distintos titulares*¹⁶ y, en consecuencia, aun cuando coinciden los sujetos activos y la fecha de ocurrencia de los hechos jurídicamente relevantes, se trata de bienes jurídicos que corresponden a diferentes víctimas y comportamientos independientes para cada línea telefónica interceptada, de manera que, no se vulneró la garantía de los encartados.

En similares términos, debe indicarse que, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha sido clara en señalar que, *“el concurso real o material -no aparente- de tipos, también descarta la violación del principio de non bis in idem, partiendo de la base que un solo comportamiento humano puede dar lugar a la infracción de varios bienes jurídicos tutelados*¹⁷.

Consecuente con lo anterior, en el *sub lite*, con una única conducta, esto es, proferir la orden de interceptación de las comunicaciones a nombre de la titular de la acción penal y llevarla a cabo, se configuraron varios eventos de intervención ilegal de llamadas, autónomos e identificables que configuran cada uno de ellos, delitos diferentes.

Así pues, le asiste la razón al operador judicial de primer grado al asegurar que, el caso particular se subsume en un supuesto de concurso ideal de tipos¹⁸, es decir, del comportamiento desplegado por los enjuiciados, se cometieron diversos delitos.

En ese contexto, no se presenta una violación al plurimentado principio, puesto que, si bien se trata de los

¹⁶ CSJ AP4358-2014, rad. 43568, de 30 de julio de 2014, M.P.: Patricia Salazar Cuéllar.

¹⁷ CSJ SP3240-2015, rad. 36828. Reiterada en auto AP2552-2021, rad. 59597, de 23 de junio de 2021, M.P.: Eugenio Fernández Carlier.

¹⁸ CSJ rad. 27383, de 25 de julio de 2007, M.P.: Yesid Ramírez Bástidas.

mismos procesados y un único comportamiento desplegado, se configura un concurso homogéneo de delitos que se materializó con la interceptación de las líneas telefónicas contenidas en el informe emitido por **TOCARRUNCHO PARRA**, es decir, para cada uno los siete abonados telefónicos se agotó el reato de violación ilícita de comunicaciones y, por lo tanto, los injustos por los que se sigue el trámite penal ante el Juzgado Cincuenta y Nueve homologo son autónomos, en tanto se refieren a abonados diferentes a los mencionados en estas actuaciones.

En la misma línea, contrario a lo manifestado por el defensor, no era posible que el titular de la acción penal adicionara la acusación, en el sentido de incluir las dos interceptaciones por las que se sigue el presente trámite, toda vez que, eso implicaría una violación al principio de congruencia.

Al respecto, el órgano de cierre en materia penal ha sido claro en precisar que “*en la acusación no puede incluirse hechos que tipifican delitos autónomos*”¹⁹, puesto que, en aquellos supuestos en los que se añaden punibles con fundamento en hechos no incluidos en la imputación, le corresponde al delegado fiscal efectuar una adición del acto de comunicación.

En ese orden de ideas, se itera, si bien las ocho interceptaciones fueron aludidas por el delegado fiscal de forma genérica en la diligencia de junio de 2020, los hechos jurídicamente relevantes se centraron exclusivamente en los cinco abonados pertenecientes a los funcionarios públicos, y en ese sentido, agregar dos líneas telefónicas en la audiencia de acusación, desconocería la correspondencia que debe existir en

¹⁹ CSJ SP3420-2021, rad. 55947, de 11 de agosto de 2021, M.P.: Diego Eugenio Corredor Beltrán.

la calificación fáctica, pues se trata de aunar delitos por eventos que no fueron referidos en las etapas procesales anteriores.

Así las cosas, en el *sub examine*, es claro que los hechos jurídicamente relevantes expuestos en noviembre de 2020, constituyen una verdadera alteración al primigenio acto de comunicación, pues basta con hacer un examen somero para evidenciar que con ocasión de esa atribución fáctica, el representante del órgano de persecución penal imputó dos delitos adicionales.

De otro lado, adujo el recurrente que, en la audiencia de formulación de acusación adelantada en el primigenio proceso penal el 19 de octubre de 2020, el representante fiscal ya tenía conocimiento acerca de la identificación de los propietarios de las líneas objeto del presente trámite, por lo que, correspondía adicionar la acusación incluyendo la identidad de dichas personas, sin necesidad de adelantar un nuevo acto de comunicación e iniciar otro proceso con los mismos presupuestos fácticos.

Del mismo modo, el defensor reprochó la mala práctica de la Fiscalía General de la Nación, comoquiera que, la audiencia de formulación de imputación llevada a cabo en el presente trámite, solamente se surtió hasta noviembre de 2020, esto es, con posterioridad al acto de comunicación y la audiencia de formulación de acusación de las diligencias que se siguen ante el Juzgado Cincuenta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

A propósito de ello, el representante del órgano de investigación penal aclaró que, en el mes de septiembre de 2020 presentó solicitud de imputación, previo a radicar el

escrito de acusación en el legajo con número de radicado 110016000000202001527, con el propósito de unificar los dos procesos penales; sin embargo, esa diligencia no se llevó a cabo por cuenta de la petición de aplazamiento del defensor.

De esa forma, el acto de comunicación solo se adelantó con posterioridad a la audiencia de formulación de acusación ante el Juzgado Cincuenta y Nueve homólogo, circunstancia que le impidió incoar la petición de conexidad, en tanto la oportunidad de la Fiscalía General de la Nación, feneció.

Valga precisar que, como se señaló en líneas precedentes, si bien los dos trámites penales se siguen por una única conducta desplegada por los enjuiciados, lo cierto es que, ese actuar comportó una pluralidad de supuestos de hecho que configuran tipos penales diversos y, en consecuencia, cada uno de ellos debe estar contenido en los hechos jurídicamente relevantes planteados en el acto de comunicación.

Conforme a lo anterior, no podía el titular de la acción penal añadir la información atinente a la intervención ilegal de los restantes dos celulares en la audiencia de formulación de acusación, pues ello implicaba modificar el contexto fáctico atribuido a los encartados.

En efecto, en caso de acogerse las manifestaciones del defensor, se desconocería el principio de congruencia previsto en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, esto es, los acriminados no podrán ser acusados ni condenados por hechos que no consten en la formulación de imputación; a propósito de ello, el máximo órgano en materia penal ha explicado:

*“... resultaría imposible exigirle a la Fiscalía que para el momento de la **formulación de imputación** tuviera y aportara*

*toda la información otorgándole así a tal acto un carácter inmodificable y vinculante para el diligenciamiento; sin embargo, **aquella se constituye en condicionante fáctico de la acusación**, o del allanamiento o del preacuerdo, **sin que los hechos puedan ser modificados, mediando así una correspondencia sólo desde la arista factual lo cual implica respetar el núcleo de los hechos**, sin que ello signifique la existencia de un nexo necesario o condicionante de índole jurídica entre tales actos...” (Resaltado de la Sala)*

El propósito de tal coherencia es justamente garantizar el derecho de defensa y la unidad lógico-jurídica del proceso.

En igual sentido, ha sostenido la jurisprudencia que solo es absoluta la congruencia personal y fáctica, en tanto que la jurídica es relativa, puesto que el juez puede absolver o condenar de manera atenuada o por una conducta distinta a la endilgada, siempre que no agrave la situación del encartado y respete el núcleo central de la imputación. Por consiguiente, al fallador le está vedado sustentar su decisión de condena incluyendo acciones, comportamientos o circunstancias que, aunque se encuentren probadas en el plenario, no hayan hecho parte de la acusación fáctica”.²⁰

De ello, se colige entonces que, no le asiste la razón al defensor al referir que el delegado fiscal debía adicionar el escrito de acusación radicado ante el Juzgado Cincuenta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, para incluir la grabación ilegal de los dos abonados telefónicos, toda vez que, esa modificación hubiese implicado el desconocimiento del principio de congruencia fáctica propio del proceso penal.

En suma, no se accederá a la solicitud de nulidad incoada por el defensor y, en consecuencia, se confirmará la decisión proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

8.4 Conexidad de las actuaciones

²⁰ CSJ SP-2020, rad. 49672, de 15 de abril de 2020, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

Prima precisar que, la Fiscalía solicitó al fallador de primer grado que se declare *incompetente por factor de conexidad*, puesto que, el estrado judicial que debe conocer el trámite penal es el Juzgado Cincuenta y Nueve homólogo. En efecto, como sustento de solicitud, expuso que en el caso particular, se acreditan los criterios del artículo 51 de la Ley 906 de 2004 que dan lugar a unificar las actuaciones y, a su turno, conforme al canon 52 *ejusdem*, es este último despacho el que debe adelantar las diligencias, por cuanto en este se efectuó la primigenia imputación, se llevaron a cabo las aprehensiones a los implicados y se investiga la mayor cantidad de reatos.

Con ocasión de lo anterior, el 22 de octubre de 2021, el sentenciador explicó que, del requerimiento formulado por el titular de la acción penal, se evidenciaban dos aristas, por un lado, el pedimento de declaratoria de incompetencia y, por otro, la conexidad, por lo que, procedió a abordar cada uno de estos elementos y los despachó negativamente, por cuanto corresponde al Juzgado Cincuenta y Nueve homólogo, conocer esa petición, y en tal sentido, no es posible ordenar la conexidad para posteriormente remitir las diligencias a esa célula judicial.

Finalmente, en el recurso de apelación, el representante del órgano instructor aclaró que su requerimiento se encontraba encaminado a que se ordene la conexidad de los procesos penales, comoquiera que, la etapa procesal en que se puede formular esa solicitud es la audiencia de formulación de acusación, diligencia que se está surtiendo en el Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

Ha de aclararse en este punto que, el delegado del órgano instructor en reiteradas oportunidades aseguró que, su solicitud se encontraba encaminada a que se decrete la *incompetencia* por razón del factor de conexidad y, con ocasión de ello, el juzgador de primera instancia refirió que, aun cuando el pedimento resultaba confuso, como director del proceso, le correspondía “*realizar una adecuación de las peticiones que realizan las partes para poder desentrañar las mismas*”²¹.

Por tal motivo, el *a quo* explicó, la petición incoada por el representante fiscal abordaba dos aspectos, la competencia y la conexidad.

Para el efecto, es del caso señalar que, si bien el titular de la acción penal mencionó el término *incompetencia* durante su intervención, lo cierto es que, de acuerdo con las afirmaciones y argumentos utilizados, este exclusivamente pretende que se unifique en una única cuerda procesal, las dos actuaciones penales que se siguen en contra de **TOCARRUNCHO PARRA** y **VELÁZQUEZ GARCÍA**.

Al respecto, véase cómo, el delegado del ente de investigación penal hizo alusión a los artículos 50, 51 y 52 de la Ley 906 de 2004 que se refieren a la conexidad y los desarrolló en el caso concreto, para concluir que esa era la determinación que debía adoptarse en el presente asunto.

Así las cosas, recordó, con ocasión de una única conducta desplegada por los encartados, se derivaron dos trámites punitivos adelantados por diferentes juzgados penales del

²¹ Récord 24:34, audiencia 22 de octubre de 2021.

circuito con función de conocimiento, de manera que, a su juicio resulta aplicable el numeral 4 del artículo 51 *ejusdem*.

En la misma línea, el representante fiscal precisó que debían estudiarse los criterios fijados por el legislador en el artículo 52 del Estatuto Procedimental Penal, comoquiera que, esas características se reúnen en el proceso que se sigue ante el Juzgado Cincuenta y Nueve homologo, circunstancia que bajo su criterio, tiene como consecuencia que el fallador de primer grado sea *incompetente*.

Bajo ese panorama, observa esta Corporación la clara confusión que se presentó durante la audiencia de 03 de septiembre de 2021, toda vez que la Fiscalía utilizó indistintamente el concepto de competencia para hacer alusión a su deseo de conexas los procesos penales con los números de radicado 10016000000202100243 y 110016000000202001527.

De manera que, aun cuando el representante del órgano instructor aseguró que el juez treinta y cinco penal del circuito con función de conocimiento de esta sede, era *incompetente* para continuar con las actuaciones asignadas, ello derivó de un desacierto en los términos empleados.

En efecto, recuérdese que, solo fue con ocasión de la sustentación del recurso de apelación, que se tuvo certeza acerca de cuál era concretamente la petición que se había formulado, toda vez que, el delegado aseguró que su intervención estaba encaminada a “*solicitar la conexidad en el*

juzgado en el cual se ejecuta la etapa procesal que le permite a la Fiscalía General de la Nación solicitar la conexidad”²².

En ese contexto, le correspondía al titular de la acción penal otorgar claridad acerca del sentido de su petición desde un principio, para que esta se atiende en debida forma por el sentenciador; sin embargo, en virtud del principio de caridad, era deber del operador judicial superar las imprecisiones del requerimiento y determinar cuál era la pretensión de la parte.

A propósito de ello, el órgano de cierre en materia penal ha aclarado que *“el principio de caridad propio de la filosofía analítica comporta que el intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, suponga dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones son correctas a efectos de desentrañar el sentido de las censuras. De esta forma, el operador judicial hará caso omiso de los errores, exponiendo cada postura jurídica desde la perspectiva más coherente y racional posible”²³.*

Conforme a tales planteamientos, emerge evidente que, acertó el funcionario cognoscente al abordar de fondo los cuestionamientos de la Fiscalía General de la Nación, al aclarar que la intervención estaba encaminada a unificar los trámites punitivos que se siguen en contra de los acusados.

Ahora bien, encuentra oportuno esta Corporación precisar que, tal como se explicó en decisión de 23 de junio de 2021, proferida por esta Sala, la competencia y la conexidad son dos conceptos autónomos, regulados en disposiciones normativas diversas y, por lo tanto, el delegado fiscal incurre

²² Récord 56:25, audiencia 22 de octubre de 2021.

²³ CSJ AP5217-2015, rad. 46235, de 09 de septiembre de 2015, M.P.: Eugenio Fernández Carlier.

nuevamente en la imprecisión de hacer alusión a la *incompetencia por razones de conexidad*, asunto aclarado en pretérita oportunidad por esta colegiatura, empero, dejando de lado la tozudez del pedimento de la Fiscalía, se analizará la posibilidad de declarar la conexidad, entre otras razones, porque se advierte que el trámite se ha dilatado de forma injustificada por las erráticas postulaciones que, claramente pretenden la aplicación del artículo 51 del Código de Procedimiento Penal.

Es así como, resulta oportuno traer a colación el artículo 52 de la Ley 906 de 2004 que prevé los criterios para determinar la competencia en los eventos en que procede la conexidad; al respecto, el canon normativo prevé:

ARTÍCULO 52. COMPETENCIA POR CONEXIDAD. Cuando deban juzgarse delitos conexos conocerá de ellos el juez de mayor jerarquía de acuerdo con la competencia por razón del fuero legal o la naturaleza del asunto; si corresponden a la misma jerarquía será factor de competencia el territorio, en forma excluyente y preferente, en el siguiente orden: donde se haya cometido el delito más grave; donde se haya realizado el mayor número de delitos; donde se haya producido la primera aprehensión o donde se haya formulado primero la imputación.

Cuando se trate de conexidad entre delitos de competencia del juez penal de circuito especializado y cualquier otro funcionario judicial corresponderá el juzgamiento a aquel.

Así pues, el sentido de la norma citada es que, una vez reunidas las condiciones para declarar la conexidad en dos procesos penales, se deberán aplicar los criterios de competencia contenidos en el texto en cita, con el propósito de determinar el funcionario cognoscente que debe continuar conociendo del asunto, tal como se procederá a explicar.

En primer lugar, se tiene que las autoridades judiciales que conocen de los procesos 110016000000202100243 y

110016000000202001527, tienen la misma categoría, en tanto se trata de jueces penales del circuito con función de conocimiento, y del mismo modo, ninguno de los procesados gozan de fuero constitucional o legal.

En segundo lugar, se contempla el factor territorial y determina que, cuando se trate de despachos de diferentes ciudades del país, se deberán utilizar las reglas allí contenidas en el orden plasmado, vale decir, *donde se haya cometido el delito más grave; donde se haya realizado el mayor número de delitos; donde se haya producido la primera aprehensión o donde se haya formulado primero la imputación.*

Sobre el particular, encuentra esta Corporación oportuno aclarar que, en el presente asunto, tanto las partes como el sentenciador de primer grado, trastocan los precitados parámetros para concluir que la *competencia* para resolver la solicitud de conexidad es del Juzgado Cincuenta y Nueve homólogo, comoquiera que, las circunstancias aludidas se reunían en ese despacho.

Ciertamente, es clara la confusión en que se incurrió, pues la norma es clara en señalar que, los elementos atinentes al lugar donde se produjo la primera denuncia, la primera aprehensión y el número de delitos en cada trámite, solo serán relevantes cuando la competencia se discuta entre juzgados en diferentes territorios del país, por lo que, en numerosos pronunciamientos en los que se resuelven los conflictos de competencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha utilizado esos postulados para determinar a cuál autoridad le corresponde adelantar el trámite una vez se decreta la conexidad.

De ahí que, contrario a lo referido por las partes y el fallador, no hay lugar a aplicar los presupuestos contenidos en el inciso primero del artículo 52 del Estatuto Procedimental Penal, pues, con la lógica utilizada en la providencia impugnada, se está afirmando que los juzgados treinta y cinco y cincuenta y nueve penales, pertenecen a distintos circuitos judiciales, cuando en realidad lo único que los distancia son los pocos metros de ubicación de cada oficina.

En otras palabras, las reglas contenidas en el artículo 52 de la Ley 906 de 2004, no están diseñadas para establecer cuál es la autoridad judicial que tiene *competencia* para resolver la solicitud de conexidad, sino, se itera, una vez se toma una decisión en ese sentido, asumir el conocimiento de las actuaciones unificadas, salvo que, se alegue incompetencia para conocerlas, evento en el cual la remisión ocurrirá si se acredita alguno de los supuestos de la norma citada, por eso es que la Sala ha insistido en que, *debía inicialmente resolverse sobre el tema de conexidad, decisión que es susceptible de recursos, antes de suscitarse controversia con relación a la competencia funcional y territorial, al margen de que los argumentos frente al tema puedan coincidir*²⁴.

En ese entendido, emerge evidente que, en la medida en que la petición fue incoada ante el juez treinta y cinco penal del circuito con función de conocimiento de esta sede, este debía limitarse a verificar si se acreditaban las condiciones legales y jurisprudenciales para decretar la conexidad y, en caso de obtener una solución afirmativa, disponer que se le remitan las actuaciones unificadas.

²⁴ CSJ AP1549-2021, rad. 59334, de 21 de abril de 2021, M.P. Hugo Quintero Bernate.

Zanjado lo anterior, recuérdese que, en el traslado de no recurrente, el delegado del Ministerio Público consideró que se debían devolver las diligencias al estrado de origen, toda vez que, el funcionario cognoscente no resolvió de fondo lo atinente a la petición de conexidad incoada por el titular de la acción penal; sin embargo, basta revisar la audiencia de 22 de octubre de 2021, para evidenciar que, aunque incorrectamente el operador judicial atendió dicho requerimiento, explicó que sería negado, comoquiera que, los criterios del artículo 52 del Código de Procedimiento Penal, se reunían en el Juzgado Cincuenta y Nueve homólogo, por lo que era este el que debía unificar las actuaciones.

Conforme a ese contexto, se procederá a abordar exclusivamente lo que atañe a la conexidad, en concreto, si en el presente asunto hay lugar a tramitar bajo una sola cuerda procesal, las actuaciones que se siguen ante los Juzgados de Treinta y Cinco y Cincuenta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

Sobre el particular, conviene subrayar que, el artículo 51 del Estatuto Procedimental Penal, señala que habrá lugar a conexas los trámites punitivos en los eventos en que se acrediten los criterios allí contenidos, estos son: *“(i) el delito haya sido cometido en coparticipación criminal; (ii) se impute a una persona la comisión de más de un delito con una acción u omisión o varias acciones u omisiones, realizadas con unidad de tiempo y lugar; (iii) se impute a una persona la comisión de varios delitos, cuando unos se han realizado con el fin de facilitar la ejecución o procurar la impunidad de otros; o con ocasión o como consecuencia de otro; y, (iv) se impute a una o más persona la comisión de uno o varios delitos en las que existe homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación*

razonable de lugar y tiempo, y, la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra”.

A su turno, el máximo órgano en materia penal ha explicado el alcance de la conexidad en las actuaciones penales de la siguiente manera:

“La conexidad puede ser sustancial o procesal. La primera comporta una relación o nexo estrecho entre cada una de las conductas delictivas que impone su investigación y juzgamiento conjunto, bien sea porque fueron cometidas dentro de una misma cadena finalística en relación de medio a fin (conexidad sustancial), por ejemplo matar al guardia del banco para hacerse al botín; o dentro de dos cadenas finalísticas diversas, pero vinculadas entre sí, como cuando se comete un delito para asegurar el resultado de otro (conexidad paratática) o para ocultar la comisión de otro hecho criminal (conexidad hipotática) .

En la conexidad procesal, más que un vínculo sustancial entre las conductas delictivas investigadas, existe una relación práctica que aconseja y hace conveniente adelantar conjuntamente las investigaciones, dada la unidad de autor(es), la homogeneidad del modus operandi o la comunidad de prueba, entre otros factores, todo lo cual redundará en favor de la economía procesal.

Empero, la conexidad procesal no constituye un postulado absoluto por cuanto, en algunos eventos, las mismas razones de orden práctico aconsejan no unificar las investigaciones, como cuando se encuentran en estadios procesales diferentes o el número de procesos puede hacer inmanejable la actuación en detrimento de la agilidad y buen trámite procesal, aspectos que deben ser evaluados en cada caso por el ente investigador, organismo competente para ordenar la acumulación de investigaciones”²⁵.

Conforme a tales lineamientos, véase cómo el presente asunto se enmarca en un evento de conexidad procesal, puesto que, tal como se desarrolló en el acápite precedente, en las dos actuaciones que se siguen en contra de **TOCARRUNCHO PARRA** y **VELÁSQUEZ GARCÍA**, existe un vínculo fáctico, vale decir, una relación en la conducta desplegada por los inculpados y en las

²⁵ CSJ AP-3835-2015, rad. 46188. Reiterada en auto AP1399-2019, rad. 53322, de 10 de abril de 2019, M.P.: Eyder Patiño Cabrera.

circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevaron a cabo los ilícitos.

En efecto, cabe recordar que, si bien cada uno de los reatos es autónomo, por cuanto recaen en interceptaciones de líneas telefónicas pertenecientes a diversas personas, lo cierto es que, los hechos jurídicamente relevantes que dieron lugar a ambos trámites penales se encuentran estrechamente ligados, toda vez que, se presenta homogeneidad en las conductas reprochadas y una relación cercana en ambas investigaciones.

De lo anterior debe colegirse que, en el *sub examine* resulta razonable unificar las actuaciones para que se adelante un único proceso penal en contra de los encartados, con el propósito que se adopte una sola decisión, de manera tal que se evite un desgaste a la administración de justicia.

Aunado a ello, debe señalarse que, en aplicación del artículo 51 del Estatuto Procedimental Penal, la Fiscalía General de la Nación podrá presentar dicha solicitud durante la audiencia de formulación de acusación ante el juez de conocimiento.

A propósito de ello, recuérdese que, en el presente proceso la diligencia en mención está en desarrollo, puesto que, se suspendió con ocasión de las solicitudes incoadas por la bancada defensiva y el titular de la acción penal, por lo que, el trámite se encuentra en la etapa procesal idónea para estudiar ese requerimiento; además, conforme a la información suministrada por las partes e intervinientes y la obrante en la carpeta, las actuaciones que se surten en el Juzgado Cincuenta y Nueve Penal del Circuito, no han superado la audiencia preparatoria, cuyo inicio se interrumpió justamente por las

decisiones que se adoptaron en el particular, luego ningún traumatismo se ocasionaría con su unificación.

Sobre el particular, la alta Corporación, ha explicado:

En primer término, debe señalarse que, en efecto, no existe una norma en la ley 906 de 2004, que precise cómo debe adelantarse el procedimiento en caso de aceptarse en juicio la conexidad procesal reclamada por la Fiscalía o la defensa, a no ser aquella que define el momento de la petición para cada parte y establece la necesidad de suspensión del proceso más adelantado.

(...)

Al efecto, la Sala en razón de esta segunda instancia debe señalar que lo más conveniente es efectuar la petición previo a que se adelante el trámite probatorio, dado que, en la práctica, son muchas las dificultades que pueden presentarse si ya se han enunciado las pruebas, efectuado estipulaciones, solicitado la práctica probatoria o, incluso, resuelto respecto de ello, al punto de obligar, en ocasiones, que se retrotraiga el trámite para conciliar dos diferentes diligencias con similar objeto, cuando menos, y se referencia lo más leve, a fin de evitar reiteraciones o decisiones contradictorias –mírese, por ejemplo, que en un proceso se haya excluido una actividad investigativa por ilícita y en el otro se acepte²⁶.

Así pues, el juzgado de origen deberá adoptar las medidas necesarias para el trámite conjunto de las actuaciones, entre ellas, dar cuenta de la conexidad decretada al Juzgado Cincuenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá, con el fin de que este remita las actuaciones que se surten en el radicado 110016000000202001527, culminar la audiencia de formulación de acusación del radicado 10016000000202100243 y proseguir juntamente con la preparación del juicio de ambos diligenciamientos.

Corolario de lo anterior, se revocará la decisión emitida el 22 de octubre de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá,

²⁶ CSJ AP-5252-2017, rad. 50774, 16 de agosto de 2017.

exclusivamente en lo que atañe a la solicitud formulada por el delegado fiscal y en su lugar, se dispone decretar la conexidad de las actuaciones 10016000000202100243 y 110016000000202001527 seguidas en contra de **YEFERSON FABIÁN TOCARRUNCHO PARRA** y **WADITH MIGUEL VELÁZQUEZ GARCÍA**, cuyo conocimiento corresponde al Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

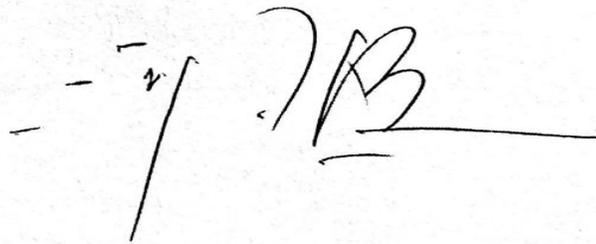
1° CONFIRMAR la decisión de 22 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, en la que se negó la solicitud de nulidad formulada por el defensor de **YEFERSON FABIÁN TOCARRUNCHO PARRA** y **WADITH MIGUEL VELÁZQUEZ GARCÍA**, identificados con la cédula de ciudadanía 80.209.914 y 79.744.965, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta decisión.

2° REVOCAR el auto proferido por el Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, en lo que atañe a la petición de conexidad y en su lugar, **DECRETAR LA CONEXIDAD** de los procesos penales con número de radicado 110016000000202100243 y 110016000000202001527, seguidos contra **YEFERSON FABIÁN TOCARRUNCHO PARRA** y **WADITH MIGUEL VELÁZQUEZ GARCÍA**, identificados con la cédula de ciudadanía 80.209.914 y 79.744.965, cuyo conocimiento corresponde al Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

3° DEVOLVER la actuación al Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, para lo de su cargo.

4° INFORMAR que contra esta decisión no procede recurso alguno.

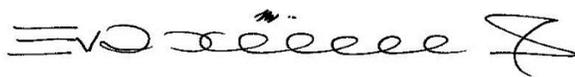
Comuníquese, cúmplase y devuélvase



EFRAÍN ADOLFO BERMÚDEZ MORA
Magistrado



FABIO DAVID BERNAL SUÁREZ
Magistrado



EVA XIMENA ORTEGA HERNÁNDEZ
Magistrada