



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

CONCIERTO PARA DELINQUIR EN CONCURSO SUCESIVO Y HETEROGÉNEO CON HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO – NULIDADES EN LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN: Tipo de nulidades que pueden ser solicitadas en el trámite de la audiencia de acusación.

De cara a lo anterior y, aterrizados al caso en concreto, se hace indispensable analizar el tipo de nulidades que pueden ser solicitadas en el trámite de la audiencia de acusación, las cuales se condensan en (i) constatar el cumplimiento de los requisitos formales del escrito de acusación (art. 337 C.P.P.), (ii) verificar que haya correspondencia lógica y jurídica entre los hechos y la adecuación jurídica; (iii) que la acusación se aclare, adicione o corrija; y (iv) el juez, en todo caso, debe constatar que se haga una imputación fáctica y jurídica concreta, coherente, clara y entendible (CSJ SP rad. 34.022 de 08 junio 2011). (...) Ahora bien, debe señalarse que el escrito de acusación no puede afectarse de nulidad por el juez, pues sería una intromisión indebida (CSJ AP rad. 28.294 de 05 octubre 2007), sin embargo, se puede anular la audiencia de acusación, por ejemplo, cuando no se hace referencia a los hechos jurídicamente relevantes, se solicitan correcciones y no se accede, etc.; igualmente, puede haber nulidad por falta de imputación fáctica concreta en el acto de acusación.

IMPROCEDENCIA DE NULIDAD EN AUDIENCIA DE ACUSACIÓN – NO SE HA HABILITADO NINGÚN ESCENARIO AL INTERIOR DE LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN PARA CUESTIONAR LA CALIFICACIÓN JURÍDICA REALIZADA POR LA FISCALÍA: La nulidad resulta improcedente en consideración a que podría solicitarse la adición, corrección o complementación del escrito de acusación.

En este punto del análisis debe precisarse que, contrario a lo señalado por la defensa, esta Corporación no ha habilitado ningún escenario al interior de la audiencia de formulación de acusación para cuestionar la calificación jurídica realizada por la Fiscalía y, mucho menos, para generar un juicio de responsabilidad que implique el análisis de medios de prueba, debiendo precisarse que lo señalado el 5 de mayo de 2020, se concretó en referir que la solicitud de nulidad que en ese momento se elevara al inicio de la audiencia de acusación, resultaba improcedente en consideración a que podría solicitarse la adición, corrección o complementación del escrito de acusación, lo cual no implica que se haya fomentado la promoción de nulidades en la audiencia de acusación cuando su pretensión y objeto tiende al análisis de responsabilidad de los procesados, pues para ello se encuentra la sentencia del respectivo proceso, es decir, que culminada dicha oportunidad procesal, debía cuestionarse la calificación jurídica a través y al interior del juicio oral.

IMPROCEDENCIA DE NULIDAD EN AUDIENCIA DE ACUSACIÓN – LA VARIACIÓN DE LA IMPUTACIÓN JURÍDICA ENTRE IMPUTACIÓN Y ACUSACIÓN NO VULNERA EL DEBIDO PROCESO: Es posible que al momento que la fiscalía efectúe la calificación jurídica cuente con mayores detalles sobre lo acaecido, lo cual implica, dentro de unos parámetros racionales y preservando el derecho de defensa, de cara a la presunta violación de garantías fundamentales, modificar la calificación jurídica de los hechos.

Se tiene entonces que, la variación de la imputación jurídica entre imputación y acusación no vulnera el debido proceso, pues la valoración jurídica de los hechos puede variar entre imputación y acusación, esto es, no siempre debe permanecer incólume, pues como fruto de la labor investigativa, es posible que al momento que la fiscalía efectúe la calificación jurídica cuente con mayores detalles sobre lo acaecido, lo cual implica, dentro de unos parámetros racionales y preservando el derecho de defensa, de cara a la presunta violación de garantías fundamentales –Art. 457 Ley 906 de 2004, modificar la calificación jurídica de los hechos, dicha garantía procesal se extiende igualmente y dentro de ciertos límites fácticos, a la relación existente entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación, interpretación que ha sostenido la jurisprudencia (Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2010; CSJ SP rad. 31.803 de 08 julio 2009)..

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
SANTA ROSA DE VITERBO

Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación

Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

Junio, veintinueve (29) de dos mil veintiuno (2021).

CLASE DE PROCESO:	Penal - Ley 906 de 2004
RADICACIÓN:	15238-31-04-002-2018-00504-02
ACUSADO:	DARWIN ANDRÉS SIERRA HERRERA y JUAN DIEGO GAVIRIA OLARTE.
DELITO:	CONCIERTO PARA DELINQUIR EN CONCURSO SUCESIVO Y HETEROGÉNEO CON HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO
JUZGADO ORIGEN:	Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama
PROVIDENCIA APELADA:	Auto del 12 de agosto de 2020
DECISIÓN:	Confirma
DISCUSIÓN:	Aprobada en acta del 25 de junio 2021
Mg. PONENTE:	Dra. LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARATIVO Sala 1ª de Decisión

Se ocupa esta Corporación de pronunciarse con relación a los recursos de apelación propuestos por los defensores de DARWIN ANDRÉS SIERRA HERRERA y de JUAN DIEGO GAVIRIA OLARTE, contra el auto emitido en audiencia de formulación de acusación llevada a cabo por el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE DUITAMA el 12 de agosto de 2020.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- HECHOS:

De acuerdo con lo plasmado en el escrito de acusación, los hechos génesis de la presente actuación ostentan el siguiente tenor literal:

“LA INDAGACIÓN SE INICIÓ CON BASE EN LOS HECHOS ACAECIDOS EL DÍA DIEZ (10) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIECIOCHO (2018) EN LA CIUDAD DE DUITAMA, CUANDO EL SEÑOR JOSÉ ALEJANDRO ESTUPIÑAN, QUIEN SE IDENTIFICA CON LA CÉDULA DE CIUDADANÍA N° 74.320.599 DE SOCHA, ACUDIÉRA HASTA LA CORPORACIÓN DE AHORRO DAVIVIENDA, A REALIZAR UN RETIRO EN EFECTIVO POR LA SUMA DE CIENTO CUARENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS (\$148.000.000) M/CTE, LA QUE SE MATERIALIZÓ A LAS DIEZ Y VEINTIUNA CEROS OCHO HORAS (10:21:08) HORAS; SALIENDO DE LA ENTIDAD SIN ACOMPAÑAMIENTO POLICIAL, A PESAR DE QUE SE LE DIO A CONOCER DICHA POSIBILIDAD, PARA QUE NO CORRIERA NINGÚN TIPO DE RIESGO; ESTANDO ACOMPAÑADO DE SU PRIMA IRENE RINCÓN, ABORDAN UN VEHÍCULO DE SERVICIO PÚBLICO DE

PLACAS TUL-262, CONDUCIDO POR RAUL FLECHAS TORRES, IDENTIFICADO CON LA CÉDULA DE CIUDADANÍA No. 7.219.194 DE DUITAMA, CON QUIEN HABÍA CONCERTADO EL DENUNCIANTE A FIN DE QUE LO TRASLADARA HASTA EL LUGAR DE SU RESIDENCIA UBICADA EN LA CARRERA 25 No. 22-12 APART. 401 BARRIO EL CORTIJO DE DUITAMA, DURANTE EL TRAYECTO NO OBSERVÓ NINGUNA CIRCUNSTANCIA ANORMAL O IRREGULAR QUE HICIERA PREVISIBLE QUE ESTABA SIENDO SEGUIDO; CUANDO LLEGARON A SU DESTINO FINAL AL BAJARSE DEL AUTOMOTOR FRENTE A LA ENTRADA DE LA CASA, HICIERON PRESENCIA EN EL LUGAR DOS (2) SUJETOS EN UNA MOTOCICLETA DE PLACAS GAU 89-C, UNO (1) DE ELLOS ESPECIFICAMENTE EL QUE VENÍA CONDUCIENDO LA MOTOCICLETA, SEÑOR DARWIN ANDRÉS SIERRA HERRERA, SE UBICÓ AL LADO DE LA PUERTA DEL CONDUCTOR, ESGRIMIÓ ARMA DE FUEGO E INTIMIDÓ AL CONDUCTOR MIENTRAS QUE EL PATRULLERO JUAN DIEGO GAVIRIA OLARTE REALIZO LA MISMA ACCIÓN SOBRE EL PASAJERO Y DENUNCIANTE; LE MANIFESTÓ QUE SOLTARA EL MORRAL O SI NO ACCIONABA EL ARMA DE FUEGO, TRATÓ DE UBICAR EL MORRAL DENTRO DEL VEHÍCULO AUTOMOTOR, PERO LA PERSONA QUE LO ESTABA INTIMIDANDO LE ADVIRTIÓ QUE CESARA EN ESA ACCIÓN O SI NO LE DISPARABA Y ESTANDO DE POR MEDIO SU VIDA ENTREGÓ EL MORRAL Y DE INMEDIATO ABORDARON LA MOTOCICLETA Y EMPRENDIERON LA HUIDA, NO SIN ANTES ADVERTIR QUE NO HICIERAN NINGUNA LABOR DE SEGUIMIENTO SO PENA DE PERDER LA VIDA. ELLOS TOMARON LA VÍA CON DESTINO AL SUPERMERCADO PASADENA, LUEGO SE DIRIGEN POR LA AVENIDA CAMILO TORRES, LA GLORIETA SAN JOSÉ Y SE PIERDEN DE VISTA, DE INMEDIATO LLAMÓ AL 123 DE LA POLICÍA NACIONAL Y REPORTA EL HURTO”.

1.2.- ACTUACIÓN PROCESAL:

1.2.1.- El 6 de mayo del año 2019, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Duitama con Función de Control de Garantías de Duitama, se llevaron a cabo las audiencias concentradas, declarándose formulada la imputación a los señores DARWIN ANDRÉS SIERRA HERRERA y JUAN DIEGO GAVIRIA OLARTE, como presuntos coautores, en la modalidad dolosa, del delito de concierto para delinquir simple (Art. 340 del C.P.), en concurso sucesivo y heterogéneo con el delito de hurto calificado y agravado (Art. 239, 240 inciso 2º y 241 numeral 10 del C.P.), con las circunstancias genéricas de menor punibilidad de que trata el artículo 55 numeral 1 ibidem, respecto de DARWIN ANDRÉS SIERRA HERRERA por carecer de antecedentes jurídico penales, lo anterior de conformidad con los artículos 250-1 Constitucional y el 287, 288 de la Ley 906 de 2004.

1.2.2.- Ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama se presentó el escrito de acusación y,¹ luego de varios aplazamientos, una vez iniciada la audiencia el 11 de octubre de 2019, los defensores de los acusados invocaron nulidad de carácter constitucional, solicitando se declarara la nulidad hasta la audiencia de formulación de imputación, al considerar que se les había vulnerado el principio de *non bis in ídem*, el

¹ Fl. 56 al 69 ib.

debido proceso y el principio de congruencia, por cuanto la Fiscalía en la audiencia de imputación y en la de formulación de acusación, consideró simultáneamente la circunstancia de agravación contenida en el numeral 10 del artículo 241 del C.P., además de la circunstancia de agravación del delito de concierto para delinquir según el artículo 340; a su vez, señaló que se presentó una variación en la circunstancia fáctica de la acusación con respecto a la señalada en la imputación, solicitud de nulidad que fue negada por el *A-quo* y al ser apelada, fue confirmada por el Tribunal el 5 de mayo de 2020.

1.2.3.- Con posterioridad a la referida diligencia, el Fiscal Doce Seccional de Duitama elevó solicitud ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, con el fin de que se decretara la conexidad de la presente causa penal con la radicada No. 15238-31-04-002-2019-00028-01, en razón a que las 2 dependían de los mismos hechos.

1.2.4.- El 12 de agosto de 2020, se dio inicio a la audiencia de acusación, en la cual por parte de la Fiscalía fue retirada la solicitud de decreto de conexidad, continuándose con el trámite correspondiente, momento procesal en la que el Juzgador advirtió que *“Atendiendo lo manifestado por el señor Fiscal, el juzgado retoma la audiencia de formulación de acusación en lo relacionado a SIERRA y GAVIRIA y como ya lo manifesté en ésta se superó la etapa de saneamiento y, por ende, lo que nos corresponde en este momento es retomar la formulación de la acusación, señor Fiscal, queda en uso de la palabra para tal efecto.”*, presentándose de tal manera la formulación de acusación en debida forma y, luego de diversos problemas de audio frente a la legalidad y términos de la misma, el *A quo* subsanó el acto manifestando que la acusación se establecería en el sentido de referir que *“Se acusa formalmente el día de hoy por parte de la Fiscalía a los señores DARWIN ANDRÉS SIERRA HERRERA y JUAN DIEGO GAVIRIA OLARTE de ser presuntos autores responsables de los delitos de hurto calificado y agravado descritos en los artículos 239, 240 inciso 2, 241 numeral 10, con la concurrencia de la circunstancia específica de agravación prevista para el respectivo título consagrada en el artículo 267 numeral 1 del C.P., consumada en concurso heterogéneo con el delito de Concierto para delinquir previsto en el art- 340-1 del C.P. en razón a los hechos y circunstancias referidas por el señor Fiscal en el aparte pertinente.”*

Al proseguir con el correspondiente trámite, se dio traslado de los términos en que se legalizó y materializó la acusación a la defensora del procesado SIERRA HERRERA, quien solicitó la nulidad de esta por violación del principio de congruencia, como quiera que en la imputación nunca se refirió la circunstancia del art. 267 y en la acusación de la imputación el Fiscal sí la formuló y, a su turno, el defensor del señor GAVIRIA OLARTE invoca nulidad del acto según el art. 457 de la Ley 906 de 2004, como consecuencia de la modificación de la acusación, no solo por el agravante genérico

del art. 267-1 del C.P., sino porque a su cliente se le acusa por la misma situación del art. 240 numeral 2, y no respecto del inciso 2º, como fuera imputado, lo cual, en su consideración viola el principio *non bis in idem*, peticiones que fueran despachadas de manera desfavorable por el *A-quo*, determinación que posteriormente fuera apelada.

2.- PROVIDENCIA IMPUGNADA

En audiencia del 12 de agosto de 2020, el *a quo* resolvió negar las solicitudes de nulidad elevadas por los defensores, previa advertencia de la competencia para efecto de resolverlas, precisando los solicitantes que por parte del Tribunal se había señalado que tendrían la posibilidad para que invocaran la nulidad una vez fuera verbalizada la acusación por parte de la Fiscalía, para lo cual se tendrían en cuenta los mismos argumentos que en la oportunidad pasada según el artículo 457 del C.P.P., teniendo en cuenta básicamente dos circunstancias: **(i)** la primera de ellas en lo relacionado a que se violó el principio de congruencia, toda vez que el señor Fiscal pese a que en la audiencia preliminar de formulación de imputación no endilgó la circunstancia genérica de agravación prevista en el artículo 267 numeral 1, establecida para el respectivo título, si lo hizo en la acusación **(ii)** además de que en su sentir a los señores SIERRA y GAVIRIA se violó el debido proceso frente al principio del *non bis ibídem* por cuando se les está acusando dos veces por el mismo hecho, esto es porque se les endilgó la circunstancia de agravación prevista en el artículo 241, numeral 10 del Código Penal además se les acuso por el concurso heterogéneo con concierto para delinquir.

Consideró que la audiencia de acusación no es la oportunidad procesal para solicitar una nulidad por las razones expuestas, bajo el entendido que ya se había incorporado legamente la acusación y ya se había superado la primera etapa de saneamiento, oportunidad en donde éstos debieron haber profundizado sobre la situación planteada, lo cual no se realizó, y, segundo, que la misma se debió haber alegado en otra oportunidad, como por ejemplo, en el juicio oral para ser decidida en la sentencia, calificando la actuación de los defensores como una actitud dilatoria dentro del proceso, lo cual fue calificado como relevante y grave, indicando que los defensores deben cumplir con sus deberes, esto es, colaborar en el impulso de la actuación, lo cual no están cumpliendo a cabalidad, debido a las solicitudes de aplazamientos y los demás actos dilatorios.

- Indicó que en el presente asunto no se viola el principio de congruencia entre la imputación y la acusación como consecuencia de que se endilgó la circunstancia de agravación contemplada en el numeral 1 del artículo 267 del C.P., además de que los hechos o situación fáctica plasmada en la imputación se llevó a la acusación, de la cual se deriva que la imputación corresponde o se deriva de un hurto por la suma de \$148.000.000 ocurrido en la ciudad de Duitama bajo la modalidad de fleteo, situación

reiterada en la acusación, precisando que la diferencia surge en que en la imputación el Fiscal URI no endilgó la circunstancia de agravación, pero la Fiscalía en la acusación sí lo hace, lo cual es dable para la Fiscalía legal y jurisprudencialmente, máxime cuando lo pertinente se avizora de la situación fáctica planteada en la imputación (CSJ radicado N° SP2042201951007 del 5 de junio de 2019).

- Señaló que debe tenerse en cuenta que, como lo manifestó el señor Fiscal, si bien es cierto cuando hay coparticipación criminal no se puede endilgar la causal 10 del artículo 241 como agravante en concurso con el delito de concierto para delinquir, en tanto que se violaría el principio de *non bis in ídem* y, como consecuencia, se debe atender únicamente la causal de agravación y no el delito de concierto, indicó que debía en el actual momento procesal atender a lo manifestado por el señor Fiscal como titular de la acción penal, en el sentido de que SIERRA HERRERA y GAVIRIA OLARTE formaban parte de una organización criminal conformada para efectos de perdurar en el tiempo con el fin de cometer delitos de las misma o de diferente especie, en otras palabras, cometer delitos homogéneos o heterogéneos, especificando que como lo refería la Fiscalía estos dos acusados formaban parte de una organización criminal dedicada a la consumación del delitos de hurto bajo la modalidad del fleteo, aclarando que por esa razón fue que el señor EDWIN ALFONSO LONDOÑO FRANCO ya resultó condenado por el delito de concierto para delinquir, por cuanto forma parte de esa organización criminal que reitera es permanente y que se conformó para ello.

- Reseñó que el concierto bajo la situación fáctica endilgada constituye un delito autónomo e independiente frente al delito de hurto agravado por la causal 10, y, que bajo esas circunstancias efectivamente se puede endilgar el agravante con la concurrencia del delito de concierto para delinquir.

- Finalmente, considera que la actuación tanto del defensor público como de la defensora de confianza constituye una actitud dilatoria, y, por ende, se debe analizar la posibilidad de compulsar copias para efectos de que se les investigue disciplinariamente, toda vez que desde el primer momento han dilatado la actuación en un caso que es muy grave y no ha podido tener la necesaria inercia para llegar a su conclusión.

3.- RECURSOS DE APELACIÓN:

Inconformes con la anterior decisión, los defensores de los acusados interpusieron recurso de apelación, solicitando respectivamente que se decrete la nulidad de lo actuado por quebrantamiento a garantías fundamentales y constitucionales.

3.1.- RECURSO DE APELACIÓN PROPUESTO POR LA DEFENSORA DE DARWIN ANDRÉS SIERRA HERRERA:

Solicita que se decrete la nulidad de todo lo actuado en el proceso y se REVOQUE la decisión emitida el 12 de agosto de 2020, teniendo en cuentas lo siguientes aspectos:

- Indicó que cuando el *A quo* señala que el principio de congruencia debe existir entre la imputación, la acusación y que no debe variar el núcleo fáctico, amén de lo que ya señaló su compañero de bancada, existía una marcada incongruencia que impedía que los procesados puedan aceptar cargos, por ejemplo, al no señalar el numeral 2 del artículo 240 sino el inciso segundo y, que la acusación contiene el artículo 267 del C.P. que son circunstancias de agravación.

- También señaló que el *A quo* al parecer había olvidado que efectivamente la sentencia emitida por la Corte Constitucional, con ponencia del señor Magistrado LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA había señalado que *“el 12 de mayo de 2014 sucedió un hecho, el 17 de enero de 2015 sucedió otro hecho, el 6 de marzo de 2015 sucedieron otros hechos por las mismas personas, la legalización de la captura de los procesados se produjo el 9 y 10”*, en esta misma jurisprudencia el Magistrado LUIS HERNÁNDEZ BARBOSA había precisado de la banda delincencial, indicando que si existe una banda *“en otras palabras la causal de agravación punitiva ser cometido por dos o más personas que se hubiesen reunido o acordado para cometer el delito, se refiere a la misma circunstancia tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal del concierto para delinquir, de manera que se infringe el principio del non bis in ídem al considerarlas en forma simultánea.”*

3.2.- RECURSO DE APELACIÓN PROPUESTO POR EL DEFENSOR PÚBLICO DEL ACUSADO JUAN DIEGO GAVIRÍA OLARTE:

Insta para que se revoque en su integridad la decisión proferida el 12 de agosto de 2020, por parte del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, para que, en su lugar se declare la existencia de nulidad que afecta el proceso de manera sustancial y que el único remedio es decretarla desde la audiencia de formulación de imputación.

Los fundamentos que soportan su pedimento son:

- Inició su argumentación señalando que no podría tildarse su actuación como dilatoria, en el sentido de que según lo referido por el Tribunal en la confirmación del auto del 11 de octubre de 2019, era que los acusados o sus defensores se habían adelantado en elevar dicha solicitud, por lo que no se entendía como el *A quo* precisaba en el

sentido de que la oportunidad ya había precluido, cuestionando en punto de cual sería la oportunidad procesal.

- Señaló que la imputación que hizo el Fiscal 11 URI, la hizo por los artículos 237, 240 numeral 2, 241 numeral 10 y por concierto para delinquir, además que el artículo 240 numeral 2 establece: *“La pena de prisión será de 6 a 14 años cuando el hurto se cometiere; numeral 2. Colocando a la víctima en condiciones de inferioridad o aprovechándose de tales condiciones.”*, situación que fue plasmada tanto en la audiencia de imputación como en el escrito de acusación y, al final la Fiscalía presenta una variación, no solo de la calificación jurídica de la conducta, sino también de una situación fáctica porque le endilga tanto al señor SIERRA HERRERA como a GAVIRIA OLARTE la conducta contemplada en el artículo 240 **inciso 2**, la cual indica que: *“La pena será de 8 a 16 años cuando se cometiere con violencia sobre las personas”*, y entonces, varía la imputación no solo jurídica sino fáctica, por cuanto en los hechos inicialmente se dijo que en la imputación se derivaba de haber puesto a las personas en condiciones de indefensión o inferioridad, empero que, en el presente momento se estaba realizando una variación para aumentar la pena.

- Señaló que tanto en la formulación de imputación, en el escrito de acusación y en la verbalización de la acusación por parte de la Fiscalía, se dijo que JUAN DIEGO y DARWIN conformaban una banda organizada, sin embargo, precisó que al escuchar los audios de formulación de imputación se verifica que nunca se habló de una estructura delictiva jerarquizada, ni tampoco se habló de quién es el líder o cabecilla de una banda para incluir aquí una estructura jerarquizada dedicada a cometer hurto mediante la modalidad de fleteo, siendo esta una variación fáctica adicional.

- Argumentó que no discute el monto del hurto, si se agrava o no, sin embargo, no es la única situación que se planteó con relación al principio de congruencia entre la acusación y la imputación, y, que si bien es cierto, lo referenció el señor Juez en su cita jurisprudencial, que cuando se variara la situación fáctica tendría que haberse hecho entonces una imputación adicional y que en este caso no era necesaria porque esa citación fáctica del monto del hurto estaba desde la formulación de imputación, pero que no se podía desconocer la introducción de elementos de la situación fáctica, reiterando la existencia de una estructura jerarquizada de la cual nunca se dijo cuál era, ni tampoco respecto del cambio de calificación que se hace entre el numeral 2 del artículo 240 que consagra no solo una agravación en el cuarto punitivo de la pena, sino que son dos circunstancias fácticas diferentes en una; es colocar a la víctima en estado de indefensión y en la otra, ejecutar ese hurto con violencia sobre las personas.

4.- TRASLADO AL NO RECURRENTE:

La Fiscalía solicitó se confirmara la negativa de decretar las nulidades planteadas por cada uno de los defensores, como quiera que en este caso no se avizora violación alguna al principio de *non bis in ídem* y mucho menos al debido proceso, como tampoco se observa que dentro de las argumentaciones hechas por los recurrentes se hayan atacado de manera directa los argumentos expresados por el juez de instancia.

5.- CONSIDERACIONES:

5.1.- COMPETENCIA:

De acuerdo con el medio de censura propuesto por los defensores de los imputados, esta Sala ostenta la *facultad-deber* de resolver en sede de segunda instancia el recurso de apelación propuesto, de conformidad con el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

5.2.- PROBLEMA JURÍDICO:

Atendiendo a los argumentos de la apelación, se ocupará esta Sala en determinar:

- *Si resulta procedente decretar las nulidades solicitadas por la defensa de los procesados, bajo la hipótesis de una violación al debido proceso, el non bis in ídem y la congruencia, luego de presentada la formulación de acusación.*

5.3.- DEL CASO EN CONCRETO

Sea lo primero advertir que según el plenario y el audio de la diligencia de formulación de acusación realizada el 12 de agosto de 2020, ninguna de las partes refutó los hechos jurídicamente relevantes en imputación fáctica presentados en dicho acto por parte del Fiscal Doce Seccional de Duitama, ni mucho menos éste negó correcciones, adiciones o aclaraciones al respectivo escrito, pues estos pedimentos nunca fueron realizados, luego, teniendo en cuenta los parámetros legales es preciso emprender el presente análisis con el fin de determinar la violación de las garantías fundamentales al debido proceso, al non bis in ídem y a la congruencia, entre otros.

De acuerdo con lo anterior, sea lo primero referir que la estructura formal del proceso penal, formalizado a través de la ley 906 de 2004, la cual reclama indispensables al interior del trámite ordinario la realización de las audiencias de formulación de imputación, acusación, preparatoria y juicio oral; adicionalmente, impone que el trámite que se debe surtir al interior de cada una de ellas, y, por consiguiente, su finalidad.

De cara a lo anterior y, aterrizados al caso en concreto, se hace indispensable analizar el tipo de nulidades que pueden ser solicitadas en el trámite de la audiencia de acusación, las cuales se condensan en **(i)** constatar el cumplimiento de los requisitos formales del escrito de acusación (art. 337 C.P.P.), **(ii)** verificar que haya correspondencia lógica y jurídica entre los hechos y la adecuación jurídica; **(iii)** que la acusación se aclare, adicione o corrija; y **(iv)** el juez, en todo caso, debe constatar que se haga una imputación fáctica y jurídica concreta, coherente, clara y entendible (CSJ SP rad. 34.022 de 08 junio 2011).

Así se ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal² al referir:

“Así, se tiene claro que las nulidades que pueden proponerse en la audiencia de formulación de acusación están limitadas a las irregularidades que afectan la estructura del proceso a partir del cuestionamiento de alguno de los aspectos constitutivos del escrito de acusación, en el cual, a su vez, se fundamentará la sentencia.”

Así pues, resulta claro que las posibilidades de la defensa y demás intervinientes al interior de la audiencia de formulación de acusación, se limitan a la verificación de la existencia y satisfacción de los requisitos de que tratan el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, siendo preciso que los análisis de responsabilidad se encuentran limitados a escenarios de contradicción y debate, tales como el juicio oral, aunado a que siempre y en todo caso es el juez del asunto el que en su sentencia se encuentra facultado para pronunciarse con relación a la imputación fáctica y jurídica, posterior al análisis de los medios de prueba.

Ahora bien, debe señalarse que el escrito de acusación no puede afectarse de nulidad por el juez, pues sería una intromisión indebida (CSJ AP rad. 28.294 de 05 octubre 2007), sin embargo, se puede anular la audiencia de acusación, por ejemplo, cuando no se hace referencia a los hechos jurídicamente relevantes, se solicitan correcciones y no se accede, etc.³; igualmente, puede haber nulidad por falta de imputación fáctica concreta en el acto de acusación.⁴

Así pues, tal y como se señaló al comienzo de las presentes consideraciones, es claro que la labor de ninguno de los apoderados de la defensa guardo apego al esquema delineado por la Ley 906 de 2004, pretendiendo crear un escenario inédito y no previsto por el Legislador al interior de la audiencia de formulación de acusación, pues es claro que no se irguió ningún tipo de refutación o contradicción respecto de los hechos

² CSJ rad. 33.901 del 21 de septiembre de 2010

³ CSJ SP rad. 34.022. de 08-06-11; CSJ AP rad. 38.256 de 21-03-12.

⁴ CSJ SP rad. 34.022 de 08-06-11.

jurídicamente relevantes, tampoco de cara a la imputación fáctica y mucho menos fueron propuestas solicitudes de corrección, aclaración o adición al escrito de acusación, ocupándose a través de sus reiteradas solicitudes de generar un debate en torno a la responsabilidad de los procesados en un escenario que abiertamente no es el indicado para tal fin, pues para tal efecto se ha dispuesto el juicio oral con el fin de contradecir la calificación jurídica y es la sentencia en donde debe ser resuelta tal situación, por tanto es dable concluir que no es viable aplicar la medida excepcional de la nulidad, más aún cuando no se desconocieron las bases fundamentales del debido proceso o garantías defensivas y por parte de la defensa se incumplió con el necesario grado de técnica que permitiera la inercia procesal correspondiente.

En este punto del análisis debe precisarse que, contrario a lo señalado por la defensa, esta Corporación no ha habilitado ningún escenario al interior de la audiencia de formulación de acusación para cuestionar la calificación jurídica realizada por la Fiscalía y, mucho menos, para generar un juicio de responsabilidad que implique el análisis de medios de prueba, debiendo precisarse que lo señalado el 5 de mayo de 2020, se concretó en referir que la solicitud de nulidad que en ese momento se elevara al inicio de la audiencia de acusación, resultaba improcedente en consideración a que podría solicitarse la adición, corrección o complementación del escrito de acusación, lo cual no implica que se haya fomentado la promoción de nulidades en la audiencia de acusación cuando su pretensión y objeto tiende al análisis de responsabilidad de los procesados, pues para ello se encuentra la sentencia del respectivo proceso, es decir, que culminada dicha oportunidad procesal, debía cuestionarse la calificación jurídica a través y al interior del juicio oral.

Ahora bien, respeto al principio de congruencia en el sistema penal acusatorio, la Corte Constitucional en la sentencia C-025 de 2010, ha señalado:

“(i) se trata de un principio cardinal que orienta las relaciones existentes entre la formulación de la acusación y la sentencia; (ii) su aplicación se extiende al vínculo existente entre la audiencia de imputación de cargos y aquella de formulación de acusación; (iii) de allí que ésta última no pueda incorporar hechos nuevos, es decir, no imputados previamente al procesado; y (iv) lo anterior no significa que la valoración jurídica de los hechos deba permanecer incólume, precisamente por el carácter progresivo que ofrece el proceso penal. En otras palabras, fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción, es posible, al momento de formular la acusación, contar con mayores detalles sobre los hechos, lo cual implica, eventualmente, modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos”.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia señala que la teleología de dicho principio no hace cosa distinta que exigir una total correspondencia entre el acto completo de la acusación (*escrito y audiencia*) el que se extiende hasta el alegato final en el juicio oral y la sentencia en el proceso ordinario, en aras de que el investigado, al momento en

que se le acusa, conozca todas y cada una de las circunstancias tanto fácticas como jurídicas en que se edifica el pliego acusatorio y de esta manera, planifique su defensa.

De esa manera surge claro que es con relación a los hechos jurídicamente relevantes de la acusación y demostrados en el juicio que el fiscal puede solicitar la condena y el juez proferir el fallo correspondiente, teniendo en cuenta el carácter provisional de la calificación jurídica de la conducta incluida en la acusación.⁵

Así las cosas -contrario a lo censurado por los recurrentes- en este caso los parámetros de la acusación no afectan las reglas del debido proceso en su estructura básica y las garantías debidas a las partes ni mucho menos se afecta la congruencia, pues si bien la Fiscalía, *precisamente por el carácter progresivo que ofrece el proceso penal puede realizarse una variación de la calificación jurídica de los hechos en la audiencia de acusación, dicha calificación solo se torna definitiva* al término del debate probatorio, toda vez que son los hechos que en el curso del juicio oral se lograron demostrar por las partes, los que le permiten al juez cumplir con su función constitucional de prodigar justicia, verificando si la adecuación típica propuesta por la fiscalía como fundamento de la solicitud de condena, coincide o no con lo acreditado en el juicio, y realizando la tipificación definitiva según lo que declare probado en él, a fin de aplicar las correspondientes consecuencias jurídicas.

Se tiene entonces que, la variación de la imputación jurídica entre imputación y acusación no vulnera el debido proceso, pues la valoración jurídica de los hechos puede variar entre imputación y acusación, esto es, no siempre debe permanecer incólume, pues como fruto de la labor investigativa, es posible que al momento que la fiscalía efectúe la calificación jurídica cuente con mayores detalles sobre lo acaecido, lo cual implica, dentro de unos parámetros racionales y preservando el derecho de defensa, de cara a la presunta violación de garantías fundamentales –Art. 457 Ley 906 de 2004, modificar la calificación jurídica de los hechos, dicha garantía procesal se extiende igualmente y dentro de ciertos límites fácticos, a la relación existente entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación, interpretación que ha sostenido la jurisprudencia (Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2010; CSJ SP rad. 31.803 de 08 julio 2009).

En suma, redundan las razones de cara a la improcedencia de las nulidades planteadas por la defensa de los procesados, ello en consideración a la falta de técnica en su proposición y la no aplicación de los principios que las gobiernan, el desconocimiento de las etapas procesales y las posibilidades en cada una de ellas, además de pretender crear un escenario encaminado al prejuzgamiento y, como si

⁵ CSJ AP, 4 julio 2012, rad. 32.879.

fuera poco, confundir la potestad de la Fiscalía de variar la imputación jurídica al interior de la audiencia de acusación a través de la adición, aclaración o complementación de la acusación, con una supuesta facultad de cuestionar la titularidad de la acción penal en cabeza de la Fiscalía, atribuida por el artículo 250 de la Constitución Política, a través de solicitudes de nulidad propuestas en un escenario claramente no establecido para tal fin, máxime que la misma Ley y la jurisprudencia han proscrito el control material de la imputación por parte del juez, pero se solicita un escenario en que de manera previa al juicio si cuenta con dicha potestad la defensa, aspecto no previsto y que genera un estancamiento de la inercia normal de la actuación, y, como sui fuera poco, se alude a una supuesta violación al principio del non bis in idem, sin embargo, tampoco se avista dicha circunstancia, más por el contrario, de la actuación de la Fiscalía se precisa la aplicación de la facultad de corregir, adicionar o modificar el escrito de acusación, razones que al unísono convergen en la necesidad de confirmar la decisión apelada, mucho más en el presente caso, en donde dichas definiciones se darán en la correspondiente sentencia, en donde si se demuestra la indebida tipificación de la conducta, deberá procederse a la absolución por la agravante o la conducta con la cual no se está de acuerdo por la defensa.

Ante tal panorama, resulta improcedente acceder a las peticiones de nulidad incoadas por los Defensores de los imputados DARWIN ANDRÉS SIERRA HERRERA y JUAN DIEGO GAVIRIA OLARTE, más aún cuando el proceso se encuentra en etapa de acusación, por lo tanto, se confirma la decisión objeto de apelación, por las razones anteriormente expuestas.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión de la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama el 12 de agosto de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Despacho de origen con el fin de proseguir con el trámite correspondiente.

Las partes quedan notificadas en estrados.



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO

Magistrada Ponente



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL

Magistrado



GLORIA INÉS LINARES VILLALBA

Magistrada