

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA

Medellín, Antioquia, Mayo veintisiete de dos mil veintiuno

Rdo. Único: 05000 31 07 002 2020 00005
Procesados: Reinaldo Elías Escobar de la Hoz y otros.
Delitos: Concierto para Delinquir Agravado
Asunto: Niega nulidad
Auto Int. 003 de 2021

ASUNTO

Procede el Despacho a pronunciarse sobre las solicitudes de nulidad presentadas por la defensa de los procesados dentro del término de traslado previsto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, en el juicio adelantado contra de los señores REINALDO ELIAS ESCOBAR DE LA HOZ, JAVIER OCHOA VELASQUEZ, VICTOR MANUEL HENRIQUEZ VELAQUEZ, JORGE ALBERTO CADAVID MARIN, JOSE LUIS VALVERDE RAMIREZ, VICTOR JULIO BUITRAGO SANDOVAL, FAUD ALBERTO GAICOMAN HASBUN, ALVARO ACEVEDO GONZALEZ, JOHN PAUL OLIVO Y CHARLES DENNIS KEISER, por el delito de Concierto para Delinquir Agravado.

CONTENIDO DE LA ACUSACIÓN

La Delegada de la Fiscalía 68 Especializada de la Unidad de Delitos contra Violaciones a los Derechos Humanos, a través de la Resolución de Acusación del 31 de agosto de 2018, llamó a responder a los señores REINALDO ELIAS ESCOBAR DE LA HOZ, JAVIER OCHOA VELASQUEZ, VICTOR MANUL HENRIQUEZ VELAQUEZ, JORGE ALBERTO CADAVID MARIN, JOSE LUIS VALVERDE RAMIREZ, VICTOR JULIO BUITRAGO SANDOVAL, FAUD ALBERTO GAICOMAN HASBUN, ALVARO ACEVEDO GONZALEZ y JOHN PAUL OLIVO, por el delito de Concierto para Delinquir Agravado contenido en el artículo 340 Inciso 2 y 3 de C.P., y al señor CHARLES DENNIS KEISER, por el delito de Concierto para Delinquir Agravado, tipificado en el artículo 186 de la Ley 100 de 1980 en sus incisos 3 y 4.

La circunstancia fáctica que dio lugar a la presente investigación data del año 1997, cuando los directivos de la Sociedad Chiquita Brands y su filial en Colombia C.I. Banadex y C.I Banacol, en especial el Gerente General, el asesor jurídico y el Jefe de

Seguridad, al igual que otros empresarios, se reunieron en el lugar conocido como Montecasino de la Ciudad de Medellín, convocados por la denominada Casa Castaño, que integraba líderes paramilitares; concertando un descuento de dinero correspondiente a tres (3) centavos de dólar por caja de banano exportada, deducción que se hacía semanalmente en cada comercializadora de la fruta (BANACOL, BANADEX, PROBAN, SUNISAN, UNIBÁN, y Otras), previa autorización por escrito de cada productor y que se consignaban a las cuentas bancarias de las Convivir¹, asociaciones que al ostentar licencias de funcionamiento legalmente expedidas, sirvieron de fachadas o vehículo para financiar las estructuras de las ACCU (Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá), más exactamente el frente Alex Hurtado al mando de RAÚL EMILIO HASBÚN MENDOZA alias “Pedro Ponte” o “Pedro Bonito” con el propósito de combatir hasta liquidar la perjudicial injerencia que tenían grupos guerrilleros en la Zona del Urabá Antioqueño, dando con ello lugar al desmesurado fortalecimiento de las estructuras armadas ilegales de autodefensas AUC., durante casi toda una década.

Indica la delegada de la Fiscalía que los pagos de los empresarios a la organización armada ilegal, se dieron entre el año 1997 hasta el año 2004 específicamente a finales de noviembre cuando los integrantes del Frente Arlex Hurtado de las Autodefensas Unidad de Colombia se desmovilizaron, pero se tiene que incluso una de las comercializadoras pago por varios años más.

SOLICITUDES DE NULIDAD

Dentro del traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, se allegó por parte de los abogados Juan Carlos Prias Bernal, Paula Cadavid Londoño, Viviana Gómez Barbosa, Jaime Lombana Villalba, Juan David Riveros Barragán y Alfonso Cadavid Quintero; quienes representan a los acá procesados, allegaron solicitudes de nulidad de la actuación, considerando la existencia de irregularidades que afectan derechos fundamentales de cada uno de sus prohijados; sintetizando las causales de nulidad, en cinco puntos:

1. Modificación de la calificación jurídica provisional a través de un instrumento no avalado para ello

Los abogados Juan Carlos Prias Bernal, Paula Cadavid Londoño y Viviana Gómez Barbosa, quienes representan los intereses de John Paul Olivo, Charles Dennis Keiser, Álvaro Acevedo González, Víctor Julio Buitrago Sandoval, José Luís Valverde Ramírez, Faud Alberto Giacamán Hasbún y Reinaldo Escobar de la Hoz; consideran que la Delegada de la Fiscalía, vulneró el debido proceso y en especial el derecho de defensa, en la medida que mediante auto del 6 de mayo de 2016, decidió cambiar la calificación jurídica; decisión contra la cual se interpuso el recurso de reposición y el de apelación; recursos que fueron confirmados.

¹ Decreto 356 de 1994, autorizó la creación de las Cooperativas de Servicios Comunitarios de Seguridad, cuyo propósito era colaborar con la Fuerza Pública y organizar las comunidades de a través de cooperativas, juntas de acción comunal o empresas comunitarias para la vigilancia y la seguridad de sus miembros o asociados.

Argumentan estos defensores que mediante la providencia antes referida, la encargada del ente Fiscal, varió el delito que se le había atribuido a sus representados en la diligencia de indagatoria, toda vez que en dicha diligencia se les atribuyó el delito de concierto para delinquir agravado, previsto en el inciso 2 del artículo 340 del C.P., y posteriormente se le varió por el delito de concierto para delinquir agravado, tipificado en los incisos 2 y 3 del artículo 340 del estatuto penal; salvo para el señor Charles Kaiser que se le atribuyó mediante el auto en mención el delito contenido en los incisos 3 y 4 del artículo 186 del Código Penal de 1980.

Refieren los profesionales del derecho que les fue notificado la variación de la calificación jurídica, contra la cual no procedió ningún derecho, por lo que solicitaron la nulidad de la misma; solicitud que fue resuelta mediante la providencia del 13 de julio de 2016, a través de la cual, la Delegada del ente Fiscal, sostuvo que se podía variar la imputación jurídica en la medida en que el proceso se encontraba en la etapa de investigación, misma que se caracteriza por el principio de progresividad; argumentación en la que no tuvo en cuenta las consideraciones expuestas por la defensa; por tal motivo, se interpuso el recurso de alzada, mismo que fue resuelto por el Vicefiscal, a través de la cual, decidió confirmar la decisión impugnada, bajo el sustento de que la variación de la imputación, no significó la variación de la situación fáctica; ocupándose igualmente, como lo hizo la Delegada de la Fiscalía del principio de congruencia.

Indican que la segunda instancia, reconoció la importancia de seguir las formas procesales definidas por las normas, en aras del respeto de los derechos y garantías del procesado, tal y como lo ha exigido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Igualmente reparó la naturaleza del acto mediante el cual se modificó la calificación jurídica, indicando que la Fiscal debió llamar para el efecto a una ampliación de la indagatoria; sin embargo y al haber advertido que la primera instancia incurrió en yerros, sostuvo que los mismos no vulneraron derechos y garantías fundamentales; por lo que no resultaba necesario decretar la nulidad y en su lugar, se confirmó la decisión recurrida.

Consideran los profesionales del derecho, que la decisión de segunda instancia, resulta contradictoria, en la medida en que reconoce que la modificación de la calificación jurídica se debe realizar en ampliación de indagatoria, pero concluye que a pesar de ese error, por haberse omitido la diligencia propuesta para ello, ese acto no trasgredió el debido proceso y el derecho de defensa, por lo que no ordenó la nulidad.

Por último, advierten los defensores que el Fiscal se apartó de manera deliberada de las reglas previstas por el legislador del 2000, toda vez que modificó la imputación jurídica, para atribuir uno que comporta mayor pena y supone la comisión de una conducta distinta.

Consideran la vulneración del debido proceso y el derecho de defensa, en cuanto la modificación de los cargos endilgados, se realizó sin el cumplimiento de las formalidades previstas en el artículo 342 de la Ley 600 de 2000.

En cuanto a los requisitos de cara a que prospere la nulidad solicitada, indican los profesionales del derecho que el acto identificado de irregular, no ha cumplido

su finalidad, pues advierten que no se ha iniciado la audiencia de juicio oral, estadio procesal donde el juez evaluará las pruebas específicas y resolverá en punto del mismo; igualmente que la decisión objeto de reproche supone una evidente trasgresión de las formas procesales establecidas por el legislador y en esa medida, se vulnera el derecho al debido proceso, establecido en el artículo 29 constitucional, derecho que encuentra una correspondencia con el derecho de defensa, bajo el entendido de que se le endilgó una conducta punible que no le fue informada en la diligencia de indagatoria o en ampliación a la misma, derivándose de ello, la nulidad de la actuación.

Arguyen los apoderados judiciales que no apoyaron la producción del acto irregular, al punto de que en la oportunidad pertinente se pronunciaron respecto al mismo, demandado del ente acusador dar cumplimiento a los presupuestos legales para realizar en debida forma, la adecuación de la conducta típica; en esa medida, concluyen solicitando la nulidad de la resolución de acusación a fin de que la Fiscalía realice la modificación de la calificación jurídica en ampliación de indagatoria, dando cumplimiento a las exigencias legales.

Por su parte, el abogado Jaime Lombana Villalba, apoderado judicial del señor Jorge Alberto Cadavid Marín, considera que la actuación del Delegado de la Fiscalía de variar la calificación jurídica a través de un auto, vulnera el derecho de defensa. Advirtió la defensa que a su prohijado, en principio fue llamado a responder por el delito de Concierto para Delinquir Agravado, conforme al artículo 340 inciso 2 del C.P., sin embargo, el 6 de mayo de 2016, mediante resolución de sustanciación, la Delegada de la Fiscalía, varió la imputación jurídica, atribuyéndole no solo el agravante contenido en el artículo 2º sino también el 3º, variación que resulta ser irregular y por lo tanto, se debe anular la actuación.

Considera el defensor que la ampliación de la indagatoria es el escenario propio para la variación de la calificación jurídica, como lo ordena el artículo 342 de la Ley 600 de 2000, en el cual se permite que el procesado se pronuncie y se defienda respecto a la nueva calificación jurídica; no obstante, el medio por el cual, la encargada del ente fiscal, varió la calificación jurídica, no permitió ni que el procesado ni su defensa, ejercieran ningún tipo de manifestación o control sobre la variación realizada, disminuyendo así injustificadamente el derecho al procesado le asiste de controvertir la imputación de cargos.

Advierte que conforme a la jurisprudencia constitucional el derecho de defensa, comprende la facultad de ser oído y refutar las alegaciones que se tienen en contra; consideraciones que no se tuvieron en cuenta por parte de la Fiscalía, toda vez que el medio utilizado para la variación de la calificación jurídica frustró la oportunidad de procesado de pronunciarse respecto de la mencionada variación; a pesar de que la misma jurisprudencia ha establecido la importancia de la indagatoria, reiterando la defensa, la vulneración del derecho de defensa y del debido proceso.

Recuerda el profesional del derecho que la Fiscalía, consideró que si bien la variación debe hacerse en la diligencia de indagatoria, advirtió que se trataba de un acto de comunicación; argumentación que se encuentra falaz, toda vez que el artículo 342 de la Ley 600 de 2000, exige que la variación debe realizarse en indagatoria, siendo una norma

clara y no se puede asemejar, como lo hizo la encargada del ente fiscal, con la resolución de apertura o la declaratoria de persona ausente, como tampoco se puede igualar a la imputación realizada dentro de la Ley 906 de 2004.

Itera al igual que sus colegas, que solicitó la nulidad de dicho acto, el cual fue negado, por lo que interpuso el recurso de alzada y si bien, el superior de la Fiscal, confirmó la decisión recurrida, reconoció que la primera instancia incurrió en un error; sin embargo, de acuerdo a la segunda instancia, ese error fue intrascendental; argumentación que no es compartida por el defensor, pues considera que ese yerro, frustró la posibilidad de controvertir la nueva calificación jurídica de la conducta investigada.

De otro lado, el abogado Juan David Riveros Barragán, quien funge como apoderado judicial del señor Víctor Manuel Henríquez Velásquez, consideró que al haberse emitido la resolución del 6 de mayo de 2016, a través de la cual se modificó la calificación jurídica, vulnera la garantía fundamental del debido proceso. Refiere que la Fiscal, pretendió endilgarle un mandato de legalidad a la modificación de la calificación jurídica que desarrolló; sin embargo, dicho acto se desarrollo a través de un trámite no contemplado en la ley; en esa medida, la bancada de la defensa, solicitó la nulidad, la cual fue rechazada por la delegada fiscal y confirmada por Vicefiscal General de la Nación, el 18 de noviembre de 2016.

Sostiene la defensa que el Vicefiscal advirtió la existencia del error, pero sostuvo que a pesar de ello, no tuvo la potencialidad de afectar los derechos fundamentales del procesado, toda vez que el proceso penal es progresivo y por ello, es posible la variación de la calificación jurídica. Considera el profesional del derecho, que esta actuación constituye una vulneración al debido proceso y el derecho de defensa, pues la ley 600 establece diferentes escenarios para modificar la calificación jurídica, la primera en la resolución de apertura (art. 331), en la diligencia de indagatoria (art. 338) en la que es necesario incluir la imputación jurídica, en la vinculación de persona ausente (art. 334), en la providencia de auto de detención (art. 357), en la decisión sobre la legalidad de la medida de aseguramiento (art. 392), la resolución a través de la cual se decide afectar bienes con fines indemnizatorios (art. 60), resolución de acusación (art. 398), declaratoria de nulidad por incompetencia del juez (art. 402), pronunciamiento sobre la modificación en la etapa de juzgamiento (art. 404), prórroga de la competencia (art. 405), decisiones diferidas durante el juicio (art. 410), sentencia anticipada (art. 40), cancelación de registros (art. 66), beneficios por colaboración (art. 413), audiencia preparatoria (art. 401) y en la ampliación de la indagatoria (art. 342).

Reseña el defensor que la calificación jurídica durante el proceso es provisional, por lo que se puede modificar hasta antes de culminar la audiencia pública, lo que indica que la calificación puede ser modificada a lo largo de las diferentes etapas procesales; sin embargo, la misma ley establece 17 actos procesales en los que la fiscalía puede variar la calificación jurídica y en ninguno de ellos fue utilizado por la Delegada de la Fiscalía para realizar la variación, desconociendo con ello, la estructura del proceso y la finalidad de los actos procesales establecidos para el desarrollo del mismo.

Advierte el profesional del derecho la importancia de la diligencia de indagatoria, considerada como el cimiento del sistema procesal, la cual implica no solo la

formulación de cargos sino también como una forma de vinculación al proceso y un medio de defensa a través de la cual, el implicado puede suministrar explicaciones que a bien tenga; en esa medida, el interrogatorio debe estar dirigido para que pueda conocer los hechos que se le imputan que deben tener relevancia jurídica y como medio de prueba sujeta a la controversia y valoración.

Aclara que si bien, la diligencia de indagatoria podía ser solicitada por la defensa, en este caso, le correspondía a la fiscalía realizar la variación de la calificación jurídica a través de este específico acto procesal, la potestad de modificar la calificación jurídica es potestad absoluta y reservada del ente acusador; no obstante, para su realización se deben observar y cumplir los parámetros legales.

Para la Defensa, la Fiscalía desconoció el debido proceso y el derecho de defensa, por lo que debe anular la actuación.

Por último, el doctor Alfonso Cadavid Quintero, apoderado judicial del señor Javier Ochoa Velásquez, sostuvo que a su prohijado en diligencia de indagatoria, llevada a cabo el 6 de noviembre de 2008, se le endilgó el delito de concierto para delinquir agravado, conducta descrita en el artículo 340 inciso 2 del C.P.; posteriormente, el 6 de mayo de 2016, la delegada de la Fiscalía mediante resolución, modificó la calificación jurídica, adicionando el agravante contenido en el inciso 3 del mencionado precepto normativo; decisión frente a la cual, se solicitó la nulidad; sin embargo, la Delegada de la Fiscalía negó la misma y al resolverse la impugnación, el Vicefiscal confirmó la decisión.

Considera el profesional del derecho que la actuación por parte de la Fiscalía constituye una vulneración al debido proceso y al derecho de defensa; por lo que se hace necesario un control judicial. Agrega que la Ley 600 de 2000 estableció a la diligencia de indagatoria un papel trascendental en la estructura del proceso penal, pues por medio de ella se vincula formalmente al proceso a una persona, pero además es un momento fundamental para que el procesado ejerza su derecho de defensa; sin que la ley 600 establezca un medio que sustituya esa posibilidad. Sostiene que esa imputación jurídica es la que permite la delimitación del marco de la acusación y se estructure la defensa; en esa medida, cuando la indagatoria se concreta en una providencia y no en la indagatoria o en la ampliación a la misma, se le está privando al procesado a pronunciarse sobre ella, sin que se le pueda imponer la carga de solicitar una ampliación de la diligencia para pronunciarse sobre la variación de la calificación jurídica.

Indica el profesional del derecho, que se viola el derecho de defensa al procesado, al privársele la oportunidad de escuchar sus descargos sobre la manera en la que se está calificando los hechos y sobre los nuevos hechos que pudieran haber dado lugar a una variación en la calificación jurídica. Refiere que aunque la calificación jurídica es provisional, ello no faculta a la Fiscalía a que la pueda variar sin respetar el debido proceso y el derecho de defensa del acusado; desconociendo el contenido del artículo 342 de la Ley 600 de 2000 y la jurisprudencia constitucional y penal, que exigen la ampliación de la indagatoria en caso de que se requiera modificar la variación de la calificación jurídica; en esa medida solicita se decrete la nulidad de la resolución mediante la cual, la Fiscal varió la calificación jurídica.

2. Calificación del delito como crimen de lesa humanidad

Los abogados Juan Carlos Prias Bernal, Paula Cadavid Londoño y Viviana Gómez Barbosa; consideran que la Delegada de la Fiscalía, vulneró el debido proceso al haber calificado en la resolución de acusación, como delito de lesa humanidad, el delito de concierto para delinquir.

Sostienen los apoderados que la Delegada de la Fiscalía para calificar el delito imputado a sus representados, acudió a consideraciones que permiten calificar una conducta como crimen de guerra; cuando se tratan de estructuras diferentes, rodeadas de diversas características y elementos integradores; por lo que se observa una evidente confusión del despacho fiscal. Advierten los profesionales del derecho que los crímenes de lesa humanidad no tienen relación alguna con el conflicto armado; lo que hace que una conducta adquiera esta calificación, es por que debe contener dos elementos previstos en la normatividad internacional (i) encontrarse en la lista de conductas que puedan adquirir tal calificación y (ii) ser cometidos de manera sistemática o generalizada contra la población civil.

Advierten los defensores que ninguna conducta que pueda ser considerada de lesa humanidad, ha sido endilgada a sus prohijados y en este escenario, la conducta de concierto para delinquir es un delito autónomo, no relacionada con los delitos cometidos por el grupo armado en cuestión, de donde resulta absurdo plantear que la suerte de los tipos específicos se traslada al delito que supuso actos de preparación de aquellos, en la medida que aquellos, no fueron objeto de acusación.

Refieren que la decisión fue objeto de reproche, al interponerse el recurso de apelación en contra de la resolución de acusación; sin embargo, la misma fue confirmada en segunda instancia; señalando el a quem que no le asistía derecho a los defensores; consideración que supone la vulneración del derecho sustancial del debido proceso, teniendo en cuenta que el delito que se le atribuyó a sus prohijados no obstante la calidad de lesa humanidad, calificación que trae consecuencias sustanciales y procesales.

Frente a los requisitos para la procedencia de la nulidad, indicaron los abogados que no se ha cumplido la finalidad del acto procesal, en la medida que no se ha producido la sentencia condenatoria que se pretende a través de la resolución acusatoria, por lo tanto, le corresponde al juzgador corregir el error sustancial derivada de la indebida decisión del encargado de la Fiscalía, toda vez que vulnera garantías fundamentales de los encartados, en la medida en que el delito atribuido será considerado en imprescriptible; así mismo porque adquiere un especial nivel de intensidad del injusto, que se traduce en la privación de la libertad; igualmente considera los apoderados judiciales que se vulnera el derecho de legalidad; en la medida en que de acuerdo al artículo 29 de la Constitución Política, supone que la actuación se adelante en estricta observancia de las normas que rigen el asunto, tanto en lo que respecta a la perspectiva del derecho penal general, como especial y procesal.

Sostienen que el delito de concierto para delinquir no se encuentra en la lista alternativa de conductas que pueden ser calificadas como crímenes de lesa humanidad, artículo 8 del Estatuto de Roma, además a sus prohijados no se endilgó ninguna conducta que correspondan a la categoría de lesa humanidad; en esa medida, se verifica una irregularidad parcial en la resolución de acusación, que quebranta el principio de legalidad.

Consideran los defensores que se debe decretar la nulidad con la finalidad de subsanar la irregularidad, lo que conlleva a salvaguardar los derechos fundamentales de los procesados.

Por su parte, el abogado Jaime Lombana Villalba sostiene que la Fiscalía calificó indebidamente el delito atribuido a su prohijado, como de lesa humanidad, estructurándose una vulneración al debido proceso pues se ha privado injustamente el derecho a la prescripción. Advierte que la Fiscalía ha desconocido los postulados establecidos por la Corte Suprema de Justicia, por lo tanto, el mecanismo utilizado, se realizó con el fin de evadir el fenómeno de la prescripción; por lo que solicita se decrete la nulidad de la resolución acusatoria.

Indica que el delito de concierto para delinquir agravado, no hace parte de los descritos en el Estatuto de Roma; sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que existen delitos conexos a los crímenes de lesa humanidad y que son merecedores del mismo trato. Igualmente sostuvo que la jurisprudencia penal ha establecido los requisitos para calificar el delito de concierto para delinquir como un delito conexo a uno de lesa humanidad; por lo que en el caso en concreto y atendiendo los requisitos jurisprudenciales, la Fiscal, debía haber probado que su prohijado Jorge Cadavid Marín, obraba con la finalidad de cometer los delitos de lesa humanidad endilgados al grupo paramilitar; no obstante, no se observa en la declaratoria realizada por el ente investigador.

Refiere que la Fiscalía no acreditó en debida forma que su prohijado como los demás procesados, se hayan concertado con la AUC para cometer las atrocidades narradas por el ente instructor y en esa medida; caso contrario, se observa que la encargada del ente fiscal, no ha hecho alusión a ninguna prueba en concreto, de donde se desprende la falta de conocimiento de las directrices trazadas por la Corte Suprema de Justicia; igualmente indica que la Fiscalía no ha individualizado ningún hecho concreto y específico, que cumpla los requisitos para ser crimen de lesa humanidad; así mismo, tal y como lo afirmó la segunda instancia al revocar la decisión de preclusión, acá se investiga los aportes realizados a las Convivir y no a los hechos perpetrados por las AUC.

Considera la defensa que la Fiscalía al calificar el delito de concierto para delinquir como de lesa humanidad, desconoce que la responsabilidad penal es individual, así como todo lo que ello implica, es decir, la prescripción y la privación de la libertad; y en esa medida, no describió las pruebas que tenía en contra de cada uno de los involucrados; simplemente se refería a los mismos como los “*empresarios bananeros*”; en esa medida, se ve afectada la garantía del debido proceso; así mismo sostuvo que para que se le prive a una persona del derecho de ser juzgado en un tiempo razonable, es necesario que por

parte de la Fiscalía se realice una carga argumentativa; caso que no se ha dado en el presente caso.

De otro lado, el abogado Juan David Rivero Barragán, sostuvo que la Fiscalía calificó el delito de concierto para delinquir agravado, como un delito de lesa humanidad como una estrategia para la prevención de la prescripción de la conducta endilgada, aspecto que transgrede de forma grave el contenido democrático del principio de legalidad y de las garantías de los procesados.

Al igual que las intervenciones de los demás abogados, refiere la defensa del señor Víctor Manuel Henríquez, el que el delito de Concierto para Delinquir Agravado no hace parte de las conductas descritas en el artículo 7 del Estatuto de Roma; sin embargo, la Fiscalía en la Directiva 003 del 27 de marzo de 2016, establece la teoría de los delitos conexos a los crímenes de lesa humanidad y la imprescriptibilidad de estos, como es el caso, del concierto para delinquir, cuando los delitos se cometan en desarrollo de la asociación ilícita comprendan ataques generalizados o sistemáticos a la población civil. Advierte que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y los pronunciamientos internacionales, para establecer el concierto para delinquir como de lesa humanidad, se debe determinar en el presunto acuerdo, las funciones que la persona desarrolló, su relación con el resultado y además la concurrencia de *mens rea* y *actus reus*, en la producción del mismo; en la medida que resulta contrario al debido proceso y al derecho de defensa, endilgar una conducta punible a quien no desplegó su comportamiento con la intención y conocimiento del resultado.

Reitera la Defensa que el delito de Concierto para Delinquir, no se encuentra en el contenido de los delitos de lesa humanidad ni de manera directa ni por conexidad, por lo que la Fiscalía acudió a este recurso con la finalidad de evitar el fenómeno prescriptivo de la acción penal, vulnerándose flagrantemente el derecho al debido proceso y el principio de legalidad.

Igualmente, el abogado Alfonso Cadavid Quintero, solicita la nulidad de la actuación a partir de la resolución de acusación, en la medida, en que la Fiscalía calificó la conducta de concierto para delinquir como crimen de lesa humanidad, en la medida, que se vulneró el derecho al debido proceso, toda vez que no se les atribuyó ni a su prohijado ni a los demás procesados, la vinculación de alguna conducta punible establecida en el artículo 7 del Estatuto de Roma, sino que le investiga por haber representado a una empresa en la que se había producido una concertación para el pago a una asociación de vigilancia privada, la cual sirvió para captar recursos para las AUC, así como tampoco la Delegada de la Fiscalía determinó el actuar de cada procesado y si las mismas, estaban relacionados con delitos de lesa humanidad, olvidando con ello que la responsabilidad penal es individual, tal y como lo establece el artículo 25 del Estatuto de Roma.

Refiere que la Fiscalía en ningún momento analizó, de cara a estructurar el crimen de lesa humanidad la intervención de ninguno de los procesados, sino que durante toda su intervención se limitó a hablar, conjunto, de los empresarios bananeros, como si todos fueran una unidad; lo que afecta el debido proceso de su prohijado, para burlar el fenómeno de la prescripción, por lo anterior, solicita la nulidad de la actuación desde la resolución de acusación.

3. Indebida valoración probatoria

El doctor Jaime Lombana Villalba, solicita la nulidad de la resolución de acusación, al considerar que el delegado de la Fiscalía desconoció el principio de *“in dubio pro reo”*, al proferir la resolución de acusación, a pesar de que no existen pruebas de la responsabilidad penal de su prohijado; en esa medida, indica que se vulneró el derecho al debido proceso y por lo tanto, existe una irregularidad que afecta el debido proceso.

Refiere la defensa que dentro del plenario no existe ninguna prueba que vincule a su prohijado, Jorge Cadavid Marín, con la comisión del delito de concierto para delinquir agravado por financiar la estructura de las Autodefensas Unidas de Colombia AUC; sin embargo, la Fiscalía en claro desconocimiento de los principios rectores de investigación integral e imparcialidad en la investigación, profirió resolución de acusación en su contra, desconociendo con ello, el contenido del artículo 397 de la Ley 600 de 2000.

Recuerda que a través de la resolución del 6 de marzo de 2012, la Fiscalía precluyó la investigación a favor de su prohijado, al considerar de que las pruebas aportadas al plenario, demostraban que no existió acuerdo de voluntades por parte del grupo al margen de la ley y los empresarios bananeros para financiarlos económicamente sino que lo que se demostró, fue el pago de unas exigencias extorsivas y en esa medida, se daba una causal de ausencia de responsabilidad; igualmente se logró determinar que el pago realizadas por las empresas bananeras a las Convivir fueron legales, no lográndose determinar que los dineros pagados tuvieran como destino final las arcas del grupo armado; en esa medida, se determinó que la conducta desplegada por su representado fue atípica y por lo tanto, se precluyó la investigación; empero tras ser recurrida la mencionada resolución, el Vicefiscal de la Nación, sostuvo que sí existían pruebas de las erogaciones a los grupos ilegales y en esa medida, el acuerdo de voluntades con las AUC; por lo tanto, revocó la decisión impugnada y ordenó la práctica probatoria.

Refiere que el pilar fundamental que estructura la investigación en contra de su prohijado, es el testimonio del señor Raúl Emilio Hasbún Mendoza, sin embargo, los dichos de este testigo, no resultan veraces, toda vez se encuentra plagado de contradicciones, cambios abruptos en sus múltiples declaraciones, lo que le hace perder el valor suasorio; en esa medida, le correspondía a la Fiscal, ponderar ese testimonio con los demás elementos materiales probatorios, lo que conllevaban a la preclusión de la investigación; sin embargo, ello no sucedió. Advierte que la Fiscalía le ha dado credibilidad al testimonio del señor Raúl Emilio Hasbún Mendoza, declaración que se encuentra permeada de sus propios intereses con la finalidad de conseguir beneficios en el proceso de justicia transicional; igualmente sostiene que el testigo, en sus diferentes manifestaciones, nunca ha mencionado conocer a su representado, de donde se desprende, que ni siquiera la prueba reina, vincula a su prohijado con la conducta punible endilgada.

Sostiene que tampoco se puede tener como cierto la declaración de la señora Ludys del Carmen Palencia Borrero y de la cual se desprende que era un hecho notorio la relación AUC – Convivir, y que los bananeros consientes de eso aportaban recursos para financiar la organización criminal; pues tal afirmación no cuenta con un sustento

probatorio; igualmente advierte que los demás testigos, en especial los habitantes de la zona, manifestaron no conocer al señor Jorge Cadavid Marín, su representado.

De otro lado, refiere la Fiscalía que su prohijado era el encargado de hacer el pago de la Convivir Papagayo, toda vez que se desempeñaba como Vicepresidente financiero de la C.I. Banacol, no obstante, sostiene la defensa que su prohijado desempeñaba el cargo de financiero, sin que ello lo vincule con los directivos o con los asuntos de seguridad, pues esos roles se encontraban en cabeza de otros funcionarios; igualmente su representado ostentó la representación de otras filiales, situación que no le otorga el dominio del hecho sobre los aportes que se hicieran, pues Banacol como grupo empresarial, estaba supeditada a las decisiones de la matriz. Agrega que si bien su prohijado participó en la adquisición de Banadex, sus funciones se encontraban dirigidas a dirigir el proyecto y a conseguir los recursos para esto, pero no estuvo involucrado en los por menores de la negociación, como tampoco estuvo presente en la reunión realizada el 4 de abril en Panamá, donde se indicó que la Chiquita estaba siendo investigada por la justicia norteamericana, más sin embargo, nunca se indicó que la Chiquita estaba siendo investigada por pago a las AUC, a través de las Convivir. Igualmente indica que su prohijado solo fue mencionado en la indagatoria del señor Edgar Gutiérrez, quien sostuvo que Jorge Cadavid podría explicar cómo se llegó al acuerdo de la contribución, afirmación que no indica que haya sido el determinador.

Concluye la defensa indicando que no existe prueba, que, valorada correctamente e imparcial, ofrezca motivos serios de la responsabilidad penal de su prohijado; por lo que se observa que la Fiscalía de manera caprichosa y amañada, valoró las mismas y por lo tanto, propone una forzada conclusión acerca la responsabilidad penal de su representado; por lo que verifica una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso.

Refiere que era deber de la Delegada Fiscal, al haberse vencido el término para la instrucción, dar aplicación al contenido del artículo 399 de la Ley 600 de 2000; adicionalmente porque las pruebas practicadas, no ofrecen mérito para acusar y ante la duda sobre la existencia de la responsabilidad penal del procesado, lo correcto era aplicar el principio de *"in dubio pro reo"*.

Por su parte, el doctor Juan David Rivero Barragán, sostuvo igualmente que durante la investigación, la Delegada de la Fiscalía ha indicado que todos los empresarios bananeros conocían de la alianza entre las AUC y Convivir, y que los empresarios han estructurado desde el principio el funcionamiento de estas organizaciones; sin embargo, el 6 de marzo de 2012, en la medida de que no existían pruebas que permitiera vincular a su prohijado, procedió con la preclusión de la investigación; decisión que fue apelada por el representante de la parte civil, por lo que el Vicefiscal General de la Nación, consideró que existía evidencia de los pagos realizados por los empresarios a la AUC a través de las Convivir; sin embargo, durante la argumentación se evidencia el desconocimiento del principio de investigación integral y una indebida valoración probatoria.

Indica la defensa que, al resolver la apelación, el Fiscal a pesar de no contar con elementos que denoten que los empresarios sabían de los pagos realizados a las

Convivir tenían como finalidad las AUC, resolvió la apelación presumiendo el dolo de los pagos, estableciendo así la responsabilidad objetiva de los sindicatos.

Refiere el apoderado judicial, que la Fiscalía cimienta su acusación, en especial, de la declaración del señor Raúl Emilio Hasbún Mendoza, a pesar de las serias contradicciones de sus dichos, en los que indica de un lado que los empresarios bananeros no conocía su condición de paramilitar y por lo tanto, no sabían a donde iban a parar los dineros pagados a las Convivir y de otro lado, indicaba que los empresarios si tenían conocimiento de la situación antes referida; sin embargo y a pesar de las contradicciones en las declaraciones, se procedió a proferir la resolución de acusación; apartándose del mandato contenido en el artículo 234 de la Ley 600 de 2000 (principio de imparcialidad).

Igualmente, la Fiscalía consideró la declaración de la señora Ludys del Carmen Palencia Cabrales, en la que indicó *“yo no tengo como probar, pero todo el mundo sabíamos que los bananeros hacían un aporte, eso era de público conocimiento”*, afirmación que de acuerdo a lo indicado por la defensa, no cuenta con otro elemento material probatorio que así lo corrobore. De otro lado, sostiene que si bien hubo una reunión en Montecasino a la cual asistieron los funcionarios de la Chiquita Brands, no se puede afirmar que todos los empresarios debían saber de la relación entre las Convivir y las AUC; como tampoco dicho conocimiento se desprende de la culpabilidad que manifestó la Chiquita ante el Departamento de Justicia de los Estados Unidos; pues la Chiquita no representaba a todos los empresarios. Sostiene igualmente que la Fiscalía advierte que tiene varias pruebas en contra de su prohijado, entre ellas, las declaraciones de paramilitares y habitantes de la región; así como la declaración de Hasbún, quien indicó que se reunió en varias oportunidades con su prohijado y sus familiares; sin precisar ni fechas, ni fechas ni lugares exactos.

Considera la Defensa que el principio de investigación integral no conlleva solamente a recolectar pruebas favorables como desfavorables, sino que también se extiende a la valoración de estas; valoración que en la Ley 600, se realiza en la instrucción y en la etapa de juzgamiento, la cual inicia con la resolución de acusación y no puede proferirse hasta que no exista total certeza de la ocurrencia de un hecho delictivo que comprometa la responsabilidad del implicado; sin embargo, en el caso en concreto, la Fiscalía advirtió la existencia de dudas sobre la ocurrencia de los hechos objeto de investigación; en esa medida, se debía aplicar el principio *in dubio pro reo*.

Concluye la Defensa indicando que la Fiscalía desconoció el principio de investigación integral en lo que en la valoración probatoria se refiere, ya que omitió el deber legar de buscar la verdad y se limitó a valorar positivamente los cuestionados testimonios de Hasbún y los de los pobladores de la región; en esta medida, se verifica irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso.

4. Vencimiento del término de la instrucción y la afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

El doctor Jaime Lombana Villalba, sostiene que existe una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, en la medida en que se profirió la resolución de acusación, cuando se encontraba vencido el término de la instrucción; tal y como lo

reconoció el encargado del ente instructor a través de la Resolución del 2012, a través de la cual, se precluyó la investigación.

Advierte la Defensa que el término razonable para la investigación, fue desconocido por el Vicefiscal General de la Nación, al revocar la decisión de preclusión, olvidando dar aplicación al contenido del artículo 399 de la Ley 600 de 2000; por lo que se continuó investigando, desconociendo igualmente el artículo 329 ibidem; en esa medida, solicita se nulite lo actuado desde que se venció el término de la instrucción.

Por su parte, el abogado Juan David Rivero Barragán, sostuvo que desde la resolución del 6 de marzo de 2012, la Fiscalía precluyó la investigación al no demostrarse que los sindicatos se hubieran concertado, pactado o convenido con miembros de las autodefensas de la zona de Urabá para cometer delitos o para financiarlos; igualmente advirtió que el término de la instrucción se encontraba más que vencido.

Advierte que en el presente caso se debía haber aplicado el artículo 399 de la Ley 600 de 2000, como quiera que el cierre de la investigación tuvo como consecuencia, el vencimiento del término de la instrucción.

5. Vulneración al debido proceso por la doble incriminación en la resolución de sustanciación y en la resolución acusatoria

El abogado Jaime Lombana Villalba, advierte una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso; en la medida que desde el momento en que se varió la calificación jurídica de la conducta punible por la cual fue llamado a responder su prohijado, afecta gravemente, el principio constitucional del “*non bis in ídem*”, toda vez que la conducta típica fue agravada tanto por el numeral 2 como por el numeral 3 del artículo 340 del C.P., agravantes que comportan un idéntico desvalor.

Advierte la defensa que la conducta punible fue agravada dos veces, agravantes que no pueden coexistir, so pena de violentar la prohibición de doble incriminación; indica que para el momento de los hechos no se encontraba vigente la Ley 1121 de 2006, en la medida en que la situación fáctica data del año 2004. Agrega que de acuerdo al contenido del artículo 340 del estatuto penal, en el inciso 2º y 3º, presentan una identidad de reproche por parte del legislador, pues se desvalora en dos momentos el mismo hecho, el cual consiste en fungir como financiador del concierto para delinquir.

Narra que la jurisprudencia penal admitió que el legislador – antes de la entrega en vigencia de la Ley 1126 de 2006 - había permitido la doble agravante por el mismo hecho, olvidando que dicha facultad le está vedada por mandato expreso de la Constitución; situación que fue desconocida por la Delegada Fiscal y procedió a variar la calificación jurídica contra su representado y acusarlo por la misma.

Considera la existencia de una irregularidad que afecta el debido proceso y en especial, por la vulneración del principio del “*in dubio pro reo*”, garantía que se encuentra establecida en el artículo 29 de la Constitución Nacional, al igual que se encuentra definida por la Corte Constitucional, al indicar que se quebranta este principio, cuando hay identidad de la persona, identidad del objeto e identidad de causa, por lo que

en el caso en concreto, se trata del señor Jorge Cadavid Marín, a quien se le ha agravado dos veces la misma conducta; sin que la Fiscalía haya aducido un hecho nuevo o diferente para justificar la adición del inciso 3; y respecto al último requisito, el motivo de ambos reproches es idéntico, pues ambos se fundamentan en el mismo proceso penal y busca la sanción de la misma naturaleza como es la sanción penal.

Concluye solicitando la nulidad de lo actuado desde el 16 de mayo de 2016, fecha en la cual se modificó la calificación jurídica de la imputación con una notable afectación del debido proceso.

Por su parte, el doctor Juan David Rivero, sostuvo que la Fiscalía vulneró el derecho del *“non bis in idem”* al haberle agravado la conducta a su prohijado, por el numeral 3 del artículo 340 del C.P., por lo que se verifica una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso. Sostiene la defensa que es diferente acordar la financiación de grupos ilegales a la efectiva financiación de los mismos, ya que la última incluye implícitamente la primera conducta, razón por la cual, no es posible agravar dos veces el mismo comportamiento en detrimento del principio de legalidad y de las garantías.

Refiere que al haber resuelto la apelación respecto a la nulidad invocada, el Vicefiscal General de la Nación, aseguró que la financiación de grupos militares ha sido el tema central de la actuación desde su inicio, sin definir el objeto de persecución penal es el acuerdo de voluntades para financiar o la efectiva financiación y en esa medida, confirmó la decisión mediante la cual se le imputa el delito de concierto para delinquir agravado por los incisos 2 y 3 del C.P.

Indica la defensa que la jurisprudencia constitucional, estableció los requisitos para establecer la vulneración del *“non bis in idem”*, los cuales son (i) identidad de partes, (ii) identidad de objeto y (iii) identidad de causa; respecto al primer requisito, sostuvo que se trata del señor Víctor Manuel Henríquez Velásquez, a quien la Fiscalía le atribuye un doble desvalor por la misma conducta; el segundo requisito establece que se trata de los mismos hechos, por los cuales la fiscalía aplique los presupuestos contenidos en los numerales 2 y 3 del artículo 340 del C.P., sin aclarar ni especificar si el reproche es por acordar la financiación de grupos armados o la efectiva financiación de los mismos; ya que esta última, reitera, incluye implícitamente la primera conducta y por último, existe identidad de causa, ya que es el mismo proceso penal.

Concluye la defensa, que se ha vulnerado el principio de *“non bis in idem”*, en detrimento de los derechos y garantías del procesado, razón por la cual, solicita, se decrete la nulidad de lo actuado, desde el momento en que se generó la mencionada trasgresión.

Por último, el doctor Alfonso Cadavid Quintero, al igual que los demás defensores, considera que la Delegada de la Fiscalía al imputar los agravantes contenidos en el inciso 2 y 3 del artículo 340 del C.P., vulnera el principio de *“non bis in idem”*, toda vez que de la lectura textual del artículo se desvalora doblemente la conducta de quienes financien grupos armados al margen de la ley en concierto con otras personas; agrega que en la resolución mediante la cual se varía la calificación jurídica, la encargada del ente

fiscal no delimita las diferencias entre la agravación que endilga en el inciso 2 y aquella que reprocha en el inciso 3.

Refiere que el inciso 2 y 3, desvaloran la misma conducta, es decir, aquella consistente en organizar, promover, armar o financiar grupos armados a la margen de la Ley; así lo ha advertido la Corte Suprema de Justicia, al indicar que la Ley 1121 de 2006, (norma que no es aplicable al caso en concreto), fue expedida, para corregir este error, pues había un claro supuesto del *non bis in ídem*. En esa medida, considera a defensa, que el *non bis in ídem*, hace parte fundamental al debido proceso, contenido en el artículo 29 constitucional.

Reitera que es claro que se acusa a su prohiado por las agravantes contenidas en los incisos 2 y 3 del artículo 340 del C.P., por lo que se materializa la misma conducta en el mismo sujeto; encontrándose satisfecha la exigencia de la identificada de persona; en cuanto a la identidad de objeto, refiere se trata del mismo hecho en ambas agravantes y respecto a la identidad de causa, indica que se trata de la misma agravante, pues ahí diferencia entre la 2 y la 3, se afecta el mismo bien jurídico tutelado y es la misma, jurisdicción la que sanciona; concluye que la actuación de la Fiscalía vulneró el *non bis in ídem*, de su prohiado, al haber agravado en dos oportunidades la misma conducta.

CONSIDERACIONES

Competencia

Este Despacho es competente para conocer del asunto sometido a su consideración tanto por la naturaleza como por el factor territorial, conforme a lo establecido en los artículos 5 y 6 transitorios de la Ley 600 de 2000, en concordancia con el artículo 46 de la Ley 1142 de 2007 y el artículo 14 de la Ley 733 de 2002.

Problema Jurídico

La cuestión jurídica a resolver, consiste en establecer si existe o no una irregularidad sustancial que afecte el debido proceso, cuya configuración inexorablemente daría lugar a declarar la nulidad de lo actuado o parte del trámite procesal.

La Ley 600 de 2000, trámite aplicable al presente caso, dispone los motivos por los cuales se puede invocar la nulidad; (i) por falta de competencia del funcionario judicial; (ii) comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y (iii) violación al derecho de defensa. Igualmente, reglamenta la oportunidad para proponerlas, los aspectos formales y los principios que la rigen.

La jurisprudencia tanto constitucional como penal, haciendo eco del artículo 310 de la Ley 600 de 2000, han recogido de manera recurrente los principios que rigen las nulidades, entre ellos: (i) *taxatividad*, (ii) *acreditación*, (iii) *protección*, (iv) *convalidación*, (v) *instrumentalidad*, (vi) *trascendencia* y (vii) *residualidad*². Estos principios

² Ver entre otras, Corte Constitucional Sentencia T- 1055 de 2006 y Corte Suprema de Justicia radicado 48.965 del 18 de abril de 2017.

han sido definidos por la jurisprudencia penal de la siguiente manera: *taxatividad* indica que la nulidad se puede solicitar por los motivos expresamente previstos en la ley; *acreditación* quien la alega debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya; *protección* la nulidad no puede ser invocada por quien ha coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular; *convalidación*: la nulidad puede enmendarse por el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado; *instrumentalidad*: la nulidad no procede cuando el acto irregular ha cumplido la finalidad para la cual estaba destinado; *trascendencia*: quien la alega debe demostrar que afectó una garantía fundamental o desconoció las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento; *residualidad*: solo procede cuando no existe otro medio procesal para subsanar el acto irregular³.

En el caso objeto de análisis por parte de esta judicatura, se observa que los defensores de los enjuiciados, invocan como causal de nulidad, la contenida en los numerales 2 *“La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso”* y 3 *“La violación del derecho a la defensa”* del artículo 306 de la Ley 600 de 2000.

Frente al debido proceso, el máximo órgano de la jurisdicción penal, ha indicado que analizado el artículo 29 constitucional, se permite considerar esta garantía desde dos perspectivas; de un lado, en sentido general, cuya violación daría lugar a la nulidad de la actuación y de otra, en particular, como debido proceso probatorio, cuya transgresión generaría una nulidad de pleno derecho inexistencia; al respecto, ha indicado la jurisprudencia pena que:

“El análisis completo del texto y el sentido del artículo 29 constitucional, a la luz de la teoría del Derecho y del proceso, permite considerar el debido proceso desde dos perspectivas diferentes, en atención a sus consecuencias: por un lado, el debido proceso en sentido general, cuya violación daría lugar a la nulidad; y por el otro, la que se refiere exclusivamente a las pruebas, caso en el cual la transgresión produciría una nulidad de pleno derecho o inexistencia.

El debido proceso, como traducción del principio lógico antecedente-consecuente, se relaciona con una sucesión integrada, gradual y progresiva de actos regulados en la ley, cuyo objeto es la verificación de un delito y la consecuente responsabilidad del imputado, orientados al fin de obtener una decisión válida y definitiva sobre los mismos temas. De este modo, el debido proceso se afecta cuando una persona es oída en indagatoria sin haber abierto formalmente la investigación; o se le resuelve situación jurídica sin haberla vinculado legalmente (indagatoria o declaración de persona ausente); o se califica el mérito de la instrucción sin haberla cerrado previamente y otorgado la oportunidad a las partes para alegar previamente; o se inicia el juzgamiento sin que exista una resolución acusatoria ejecutoriada; o se dicta sentencia sin haber realizado la audiencia pública.

En cambio, el debido proceso probatorio atañe al conjunto de requisitos y formalidades previstas en la ley para la formación, validez y eficacia de la prueba, siendo que, entre los primeros, cuenta el respeto a las garantías fundamentales. Así que ésta debe sujetarse a los principios de ordenación, aducción, aportación, práctica y apreciación.

Así pues, la transgresión del debido proceso, por cuanto significa pretermitir un momento procesal expresamente requerido por la ley para la validez del que sigue, o la construcción de un acto procesal sin apego a las previsiones legales que lo regulan, conduce a la

³ CSJ SP, 25 mayo 2000, rad. 12781; AP, 9 jun. 2008, rad. 29092 y; SP, 3 feb. 2016, rad. 43356; entre otras.

declaratoria de nulidad, conforme con disposición expresa del artículo 306-2 del Código de Procedimiento Penal.

Sin embargo, en el caso de los actos de prueba, la vulneración de las reglas para su percepción, formación o eficacia no genera invalidez sino “nulidad de pleno derecho”, expresión que la doctrina equipara a la de inexistencia del acto, de modo tal que la pretensión frente a un medio de prueba deformado debe ser la de su desestimación en la respectiva decisión judicial, no la de nulidad⁴”.

En esa medida, el derecho al debido proceso constituye un conjunto de garantías destinadas a la protección del ciudadano vinculado o eventualmente sujeto a una actuación judicial o administrativa; para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio; en esa medida, implica para quien asume la dirección del proceso, la obligación de observar en todos sus actos, la plenitud de las formas propias establecidas en la ley; derecho que cobija la garantía fundamental de la defensa, derecho que supone emplear todos los medios legítimos para ser oído y pretender una decisión favorable, presentar pruebas y controvertir las que existen en su contra, a un proceso público, en un tiempo razonable sin dilaciones injustificadas, contar con un tiempo razonable para preparar su estrategia defensiva, formular peticiones, alegaciones e impugnar las decisiones que se adopten.

Ahora bien, procede el despacho a analizar cada una de las solicitudes de nulidad presentadas por los defensores de los procesados.

1. Nulidad por haberse variado la calificación jurídica provisional a través de un medio no establecido para ello

Solicitan los apoderados judiciales, la nulidad de la resolución de sustanciación emitida por la Fiscalía el 6 de mayo de 2016, mediante la cual, se modificó la calificación jurídica provisional; sin haberse dado cumplimiento al contenido del artículo 342 de la Ley 600 de 2000; es decir, sin haberse llamado a cada uno de los procesados a ampliación de indagatoria, escenario propio para la variación de la calificación jurídica; señalan los profesionales del derecho que la actuación por parte de la Fiscalía, vulnera el debido proceso, al no seguirse las formas propias del proceso penal y constituye igualmente una vulneración al derecho de defensa, en la medida en que no se les permitió a cada procesado, controvertir la nueva imputación.

Ahora bien, conforme a lo indicado por los defensores, el espacio propicio para variar la calificación jurídica provisional, es la ampliación de indagatoria; tal y como lo establece el artículo 342 de la Ley 600 de 2000; el cual preceptúa que:

“Se podrá ampliar la indagatoria, de oficio o a petición del sindicado o de su defensor, cuando se considere conveniente y sin necesidad de motivación alguna. Aquella se recibirá dentro del menor tiempo posible y observando los requisitos pertinentes.

También se ampliará la indagatoria cuando aparezcan fundamentos para modificar la imputación jurídica provisional.”

⁴ Corte Suprema de Justicia AP, radicado 17919 del 18 de diciembre de 2001.

De otro lado, en la resolución de acusación, también le ésta permitido al Delegado Fiscal variar de calificación jurídica del delito; respetando la situación fáctica que dio a la investigación; ello en garantía a que la calificación jurídica no es definitiva, ya que por su naturaleza de ser provisional, está sujeta a la posterior decisión del juez; pues recuérdese que durante la investigación se sostiene la presunción de inocencia de los procesados, únicamente desvirtuable en la sentencia definitiva.

No olvida esta judicatura la importancia de la indagatoria, a partir de la cual, el procesado empieza a estructurar su tesis defensiva, pues en la misma, se le da a conocer la conducta punible que se le atribuye y las pruebas que se tienen en su contra, dándosele la oportunidad de controvertir las mismas; así mismo, la diligencia de indagatoria constituye parte fundamental del debido proceso; por lo anterior, el legislador previó, tal y como se refirió con antelación, que en caso de requerirse la variación de la calificación jurídica, se debe citar al procesado, a la ampliación de la indagatoria; en garantía del debido proceso y de publicidad de las decisiones.

Se le atribuye a la Delegada Fiscal, haber variado la calificación jurídica provisional, a través de un acto administrativo que no fue dispuesto para ello, olvidando dar cumplimiento al contenido del artículo 342 de la Ley 600 de 2000 y en esa medida, constituyó una vulneración flagrante al debido proceso y en especial, al derecho de defensa.

Advierte esta Judicatura que si bien la Delegada de la Fiscalía incurrió en un error, al no haber llamado a los acá procesados a la ampliación de indagatoria, para atribuirle una circunstancia de agravante adicional a la endilgada en la audiencia de indagatoria; la misma no constituye una afectación grave que afecte el debido proceso y por lo tanto, deba ser subsanada a través de la nulidad, en la medida en que la mencionada resolución fue notificada a las partes y por lo tanto, se les permitió ejercer su derecho de defensa respecto a la nueva imputación.

Verificado el caso en concreto, la variación de la calificación jurídica consistió en endilgarle a los procesados el agravante contenido en el inciso 3 del artículo 340 del C.P., cargos que igualmente fueron imputados en la correspondiente resolución de acusación; en esa medida, la nulidad solicitada pierde su razón de ser, toda vez que el acto que se considera irregular, cumplió con la finalidad para el cual estaba destinado (*instrumentalidad*), y cuenta con otro medio procesal para ser subsanado (*residualidad*); ello en la medida, en que la delegada fiscal, también atribuyó la agravante mencionada, como se refirió con antelación, en la resolución de acusación, por lo que, se subsanó tal error.

A juicio de esta judicatura, es irrazonable sostener que la variación de la calificación jurídica, tal y como se realizó por parte de la encargada de la Fiscalía, vulnera el derecho de defensa de los procesados, ello teniendo en cuenta que desde la diligencia de indagatoria, los mismos conocían los hechos que se les atribuía, así como se les dio a conocer la variación alegada; permitiéndoseles de esta manera, ejercer su derecho de

defensa; sin que se les haya impedido por parte del ente instructor, allegar pruebas y controvertir las que tenían en su contra.

Se reitera que la calificación jurídica es provisional y por lo tanto, la misma puede ser variada, hasta por el juez de conocimiento al momento de proferir la sentencia correspondiente, respetando siempre las circunstancias fácticas.

Por lo anterior, para esta judicatura la nulidad solicitada no está llamada a prosperar.

2. Nulidad de la Resolución de Acusación al calificarse el delito de concierto para delinquir como un crimen de lesa humanidad

Solicitan los defensores, la nulidad de la resolución de acusación en la medida en que la Delegada de la Fiscalía, calificó como crimen de lesa humanidad, el delito de concierto para delinquir agravado, a pesar de que el mismo no hace parte del contenido del artículo 7 del Estatuto de Roma; igualmente, por que la Fiscalía no le imputó a los acá procesados otro delito que sea considerado de lesa humanidad; por lo que a consideración de los abogados, la Fiscalía no les puede endilgar los crímenes atroces cometidos por las Autodefensas, sin individualizar la participación de cada uno de los acá enjuiciados y las actividades realizadas por estos. En esa medida, indican que el delito de concierto para delinquir es autónomo y, por lo tanto, solo se está investigando la posible financiación realizada a grupos armados; verificándose con la actuación de la Fiscalía que solo es un artificio para que la conducta punible sea imprescriptible y por lo tanto, se da una irregularidad sustancial que vulnera el debido proceso.

Teniendo en cuenta lo anterior se debe indicar que la jurisprudencia penal, ha reconocido la posibilidad de que el delito de concierto para delinquir agravado, sea considerado como crimen de lesa humanidad; siempre y cuando, en el contexto, se hayan cometido conductas delictivas de las que se encuentran enlistadas en el artículo 7 del Estatuto de Roma; igualmente se requiere, que los integrantes hayan ingresado voluntariamente al grupo armado, con la finalidad de realizar delitos de gran envergadura y que afecte el derecho internacional humanitario. En ese sentido, se ha indicado por la jurisprudencia que:

“Teniendo en cuenta que los reatos ejecutados por los postulados se refieren a desapariciones forzadas, desplazamiento forzado, torturas, homicidios por razones políticas, etc., y como dichos punibles se entienden comprendidos dentro de la calificación de delitos de lesa humanidad, tal valoración se debe extender al denominado concierto para delinquir agravado en tanto el acuerdo criminal se perfeccionó con tales propósitos.

Destaca la Sala que el Estatuto de Roma que dio origen a la Corte Penal Internacional ha tenido en cuenta no sólo la conducta del autor o de los partícipes sino que también ha considerado en especial la existencia de propósitos dirigidos a cometer delitos de lesa humanidad, lo cual significa que también deben ser castigadas en igual medida aquellas conductas preparatorias para la comisión de los delitos que incluyen tanto el acuerdo como el tomar parte en una actividad dirigida a ese fin, como ocurre con el concierto para delinquir agravado.

Para llegar a considerar a los responsables de concierto para delinquir como autores de delitos de lesa humanidad deben estar presentes los siguientes elementos:

(i) Que las actividades públicas de la organización incluyan algunos de los crímenes contra la humanidad;

(ii) Que sus integrantes sean voluntarios; y

(iii) Que la mayoría de los miembros de la organización debieron haber tenido conocimiento o ser concientes de la naturaleza criminal de la actividad de la organización,

Bases a partir de las cuales varios tribunales internacionales y nacionales consideran que el concierto para cometer delitos de lesa humanidad también debe ser calificado como punible de la misma naturaleza, como lo determina la Corte en este momento para el caso colombiano y con todas las consecuencias que ello implica.

Ha de agregarse que al ordenamiento jurídico nacional han sido incorporados diferentes tratados y convenciones, bien por anexión expresa o por vía del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución Política), que permiten constatar que el concierto para delinquir sí hace parte de los crímenes de lesa humanidad. (CSJ AP, 10 abr. 2008, rad. 29.472)⁵

Igualmente, la jurisprudencia penal, sostuvo que es necesario analizar el designio o finalidad criminal de la asociación ilícita, lo cual supone el estudio de las circunstancias de cada caso en concreto; en esa medida, concluye que el delito de concierto para delinquir agravado, será considerado de lesa humanidad, cuando los hechos punibles que se comentan por motivo o con ocasión de la ilícita asociación, comprendan ataques generalizados o sistemáticos a la población civil.

En el caso en concreto, la Fiscalía Especializada, consideró el delito atribuido a los acá procesados, como de lesa humanidad, atendiendo que los hechos investigados, ocurrieron dentro del marco del conflicto armado y que las Autodefensas, manipularon a las Asociaciones o Cooperativas Rural de Vigilancia “Convivir”, para recibir dineros que le eran descontados por las comercializadoras de banano, para efectos de su seguridad; dinero que llevaron a las arcas del grupo armado y que permitió el fortalecimiento de las AUC, para compra de armas y el empoderamiento en su plan de combatir a los guerrilleros y demás desmanes; para la Fiscalía, es claro que los directivos de Chiquita Brands y sus filiales, aportaron financieramente al grupo margen de la ley, para que alcanzará sus fines destructores, con actos de barbarie y arbitrarios cometidos contra la población civil (homicidios selectivos, desplazamiento de la población, torturas y desapariciones especialmente de trabajadores sindicalizados).

Ahora bien, los defensores de los acá procesados, manifiestan que ante la calificación de lesa humanidad el delito de concierto para delinquir agravado, que le fuera formulado a sus prohijados, se vulnera del debido proceso; toda vez que se torna en

⁵ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, sentencia del 18 de marzo de 2015, radicado 36.828. M.P. Eyder Patiño Cabrera

imprescriptible del delito atribuido y en esa medida, no gozan de un término razonable para la investigación.

Para esta Judicatura, no es de recibo la argumentación esbozada por los defensores, toda vez que en reciente jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia haciendo eco de la sentencia 45.795 del 2015, advirtió que el carácter de imprescriptible, se refiere cuando el sujeto activo de la infracción no se haya podido identificar o individualizar y efectivamente vincular a la investigación; en esa medida, cuando ya se haya individualizado y vinculado a los responsables de la conductas, los periodos de prescripción operan normalmente. Al respecto sostuvo la jurisprudencia penal.

«Ahora, respecto a la forma en que se debe entender la cláusula de imprescriptibilidad, la Corte Constitucional al ejercer el control abstracto de constitucionalidad respecto de la Ley 707 de 2001, aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas -sentencia CC C-580 de 2002- definió que, si bien el enjuiciamiento de los delitos de lesa humanidad se admite en cualquier tiempo, para garantizar que conductas de altísima gravedad contra el género humano no queden en la impunidad, la vigencia de un orden justo, garante del proceso como es debido, obliga a matizar el alcance de tal figura.

Así, dicha Corporación, frente al delito de desaparición forzada, sostuvo que la pena es prescriptible conforme a los términos fijados en la ley, pero, la acción penal es categóricamente imprescriptible siempre que el sujeto activo de la infracción no haya logrado ser identificado o individualizado y efectivamente vinculado a la investigación correspondiente, pues, una vez cumplido este último acto, los periodos prescriptivos, tanto en la fase instructiva como de juzgamiento, operan normalmente, es decir, al tenor de lo prescrito en la ley sustancial.

Ese entendimiento, le ha servido a la Sala de Casación Penal para predicar la imprescriptibilidad de algunos delitos de lesa humanidad, bajo el supuesto de reiniciar el conteo prescriptivo ordinario desde la efectiva vinculación del sujeto activo de la infracción penal a una investigación, efecto de salvaguardar garantías mínimas del procesado».

Frente al mismo tema, esta Sala y Corporación ha señalado:

«ii) Es perfectamente factible que algunos delitos, particularmente los de lesa humanidad, gocen de la posibilidad de que su investigación sea imprescriptible. iii) Empero, cuando respecto de esos hechos ya existe una persona individualizada y formalmente vinculada al proceso (no basta con el cumplimiento de una sola condición, vale decir, se tienen que conjugar la individualización y la formal vinculación, para que se repute existente el derecho del procesado), respecto de ella no opera la imprescriptibilidad.

Es factible, entonces, que un delito de lesa humanidad reporte como tal la condición de imprescriptibilidad en su investigación, pero acerca de personas determinadas - individualizadas y formalmente vinculadas- exija el cumplimiento de los términos de investigación y juzgamiento».^{6,7}

Atendiendo lo anterior, en el caso en concreto, la Fiscalía General de la Nación, consideró como crimen de lesa humanidad, los hechos acá investigados, con la finalidad de que no prescriba el término de investigación respecto a otros autores o

⁶ CSJ SP, 01 de septiembre de 2009, Rad. 32022. Criterio reiterado en la sentencia SP2546-2018. Rad. 52747 de 4 de julio de 2018.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 55.649 del 4 de noviembre de 2020. M.P. Hugo Quintero Bernate

partícipes que puedan resultar involucrados; si bien, sostuvo la encargada del ente fiscal que la también se considera en imprescriptible, el delito para los acá procesados, lo cual es un error en la que incurrió, ello no es óbice para que en el evento en que se verifique que se ha configurado el término de prescripción, la misma se pueda decretar.

Para esta Agencia Judicial, no se configura una violación al debido proceso el actuar de la Fiscal Delegada, en la medida, en que el delito de Concierto para Delinquir Agravado, puede ser catalogado como de lesa humanidad, conforme a lo indicado con antelación y respecto a la figura de la prescripción que aluden los defensores, se indica que de acuerdo a la jurisprudencia antes transcrita, cuando ya se han individualizado los autores o partícipes de la conducta punible, es necesario dar cumplimiento con los términos de investigación y de juzgamiento.

Cabe advertir que, en la sentencia penal antes referida, la Corte Suprema de Justicia, llamó la atención a la Fiscalía General de la Nación, para que realicen una ponderación juiciosa y cuidados al momento de declarar una conducta como crimen de lesa humanidad.

Así las cosas, no advierte esta Judicatura la necesidad de nulitar la resolución de acusación, bajo el entendido que existe otro recurso para subsanar el acto irregular, que, en el presente caso, se constituye en el carácter de imprescriptible de la conducta punible; dado que en caso de que se configure el fenómeno de la prescripción, en cualquier etapa procesal, la misma se puede declarar.

3. Indebida valoración probatoria

Los abogados Jaime Lombana Villalba y Juan David Rivero Barragán, apoderados de los señores Jorge Alberto Cadavid Marín y Víctor Manuel Henríquez Velásquez, respectivamente, solicitan la nulidad de la resolución de acusación, al verificarse una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso; en la medida en que consideran que de las pruebas practicadas por la Fiscalía, no se desprende la participación de sus representados en la conducta punible endilgada ni la responsabilidad penal en la misma; igualmente indican que la prueba reina, la declaración de Raúl Emilio Hasbún Mendoza, presenta varias contradicciones, por lo que no puede agregársele un valor suasorio para endilgar responsabilidad, pues las declaraciones son amañadas y solo buscan beneficios ante la justicia especial para la paz; en esa medida, lo correcto era declarar la preclusión de la investigación, tal y como lo hizo la Fiscal, en resolución del año 2012, al considerar que efectivamente no habían pruebas en contra de los procesados; sin embargo, en aquella oportunidad el Vicefiscal General de la Nación, decretó la nulidad de la actuación y ordenó continuar con la investigación.

Considera este Despacho Judicial que el cuestionamiento impetrado por la defensa, ante el incumplimiento de los requisitos legales de conocimiento para proferir la acusación, no constituye motivo de nulidad, en la medida en que le corresponde al Juzgador, al momento de proferir la sentencia, determinar si efectivamente, la Fiscalía logró demostrar con grado de certeza la existencia de la conducta punible y la responsabilidad penal de los procesados.

En esa medida, en este estadio procesal solo se puede verificar que la resolución de acusación cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 398 de la Ley 600 de 2000; es decir, “1. La narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la especifiquen; 2. La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación; 3. La calificación jurídica provisional; 4. Las razones por las cuales comparte o no, los alegatos de los sujetos procesales.”

En el caso bajo estudio, revisada la resolución de acusación dictada por la Fiscalía 68 Especializada de la Unidad contra Violaciones a los Derechos Humanos, se observa que se estableció un recuento detallado de los hechos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, la relación de las pruebas recaudadas con ilustración de su contenido; la calificación jurídica provisional, la indicación de la prueba y su valoración, así como las respuestas a las alegaciones; igualmente se incorporó las valoraciones respecto a considerar la conducta punible como de lesa humanidad y lo atinente a la medida de aseguramiento.

Recuérdese que bajo la Ley 600 de 2000, el término de la instrucción no tiene por objeto la realización completa del proceso penal, sino solamente la calificación del sumario, ya sea emitiendo resolución de acusación o preclusión de la investigación; no siendo necesario, obtener plena prueba de la comisión de la conducta, sino la ocurrencia del hecho, así como elementos que den credibilidad u ofrezcan indicios, sobre la responsabilidad del implicado.

Por lo anterior, considera esta Judicatura que no se evidencia la ausencia de los requisitos formales establecidos en el artículo 398 de la Ley 600 de 2000, que amerite la nulidad de la resolución de acusación; y los cuestionamientos esgrimidos por los defensores, serán valorados en la sentencia correspondiente; aclarándose que en la Ley 600 de 2000, rige el principio de permanencia de la prueba, por lo tanto, la prueba practicada en la etapa de instrucción, permanece durante la fase del juzgamiento y en esa medida, deberá ser valorada al momento de emitirse la decisión de fondo.

4. Vencimiento del término para la instrucción y afectación del plazo razonable para la investigación

Los abogados Jaime Lombana Villalba y Juan David Rivero Barragán, consideran que existe una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y por lo tanto, se debe decretar la nulidad de la Resolución de Acusación, con la finalidad de subsanar la misma; atendiendo a que los términos en la etapa de instrucción se encontraban vencidos y sin embargo, la Fiscalía continuo investigando; cuando era su deber dar aplicación al inciso 2 del artículo 399 de la Ley 600 de 2000.

Advierten los defensores que la Fiscal, era consciente de que el término de la instrucción se encontraba vencido, y así lo admitió en la resolución mediante la cual se precluyó la investigación a favor de los procesados; sin embargo, al resolverse la segunda instancia, el Vicefiscal General de la Nación, revocó dicha decisión, ordenando continuar la investigación, bajo el argumento de que se debía considerar la naturaleza del asunto y el número de procesados y por lo tanto, amplió el mencionado tiempo.

Ahora bien, la garantía del debido proceso, como ya se indicó, impone a quien asume la dirección de una actuación, el deber de observar en todos sus actos, el procedimiento previamente fijado en la ley, con la finalidad de garantizar derechos y obligaciones de quienes se encuentren incurso en el proceso; en esa medida, hacen parte de las garantías del debido proceso, el juez natural, el derecho a ser juzgado con la plenitud de las formas propias de cada juicio, el derecho a la defensa, el derecho a obtener decisiones ceñidas exclusivamente al ordenamiento jurídico y el derecho a que las decisiones se adopten en un término razonable.

La jurisprudencia constitucional, ha referido que la inobservancia de los términos, constituye una vulneración al debido proceso; bajo el entendido de:

"La inobservancia de los términos judiciales -como lo ha sostenido la Corte Constitucional en varias oportunidades-, constituye una vulneración del derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución. El principio de celeridad que es base fundamental de la administración de justicia debe caracterizar los procesos penales. Ni el procesado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado profiera una sentencia condenatoria o absolutoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad.(...) Luego es esencial la aplicación del principio de celeridad en la administración de justicia. Ello se desprende directamente del artículo 228 de la Constitución, e indirectamente del artículo 209, cuando sostiene que el principio de celeridad debe caracterizar la actuación administrativa. Fue pues voluntad manifiesta del constituyente consagrar la celeridad como principio general de los procesos judiciales. Ahora una dilación por una causa imputable al Estado no podría justificar una demora en un proceso penal. Todo lo anterior nos lleva a concluir que frente al desarrollo del proceso penal, se deben aplicar las disposiciones sobre fijación de términos en desarrollo del principio de respeto a la dignidad de la persona, como límite a la actividad sancionadora del Estado".⁸

Igualmente la jurisprudencia constitucional ha advertido la importancia de agotar las etapas procesales dentro de los términos establecidos por el legislador, pues ello constituye la efectividad del procesado a que no ocurran durante el adelantamiento del proceso, dilaciones injustificadas o prolongación indefinida de los mismos.

En el caso bajo estudio, el artículo 329 de la Ley 600 de 2000, estableció los términos para adelantar la etapa de la instrucción, así:

"El funcionario judicial que haya dirigido o realizado la investigación previa, si fuere competente, será el mismo que abra y adelante la instrucción, salvo que se haya dispuesto su desplazamiento.

El término de instrucción no podrá exceder de dieciocho (18) meses, contados a partir de la fecha de su iniciación.

No obstante, si se tratare de tres (3) o más sindicados o delitos, el término máximo será de veinticuatro (24) meses.

Vencido el término de instrucción, la única actuación procedente será la calificación.

⁸ Sentencia T – 647 del 16 de septiembre de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Por su parte, el inciso 2 del artículo 399 de la Ley 600 de 2000, establece que en caso de que el cierre de la instrucción se haya producido por vencimiento del término de instrucción o por la imposibilidad de recaudar o practicar pruebas, la duda se resolverá a favor del procesado.

Conforme a lo anterior, es claro que el legislador estableció unos términos para adelantar el proceso penal, que para el caso en concreto, la fiscalía debía adelantar la fase de la instrucción en el término de 24 meses; término que no fue observado en el presente caso, en la medida en que la Fiscalía mediante providencia del 11 de noviembre de 2006, se dio apertura a la instrucción; posteriormente, el 6 de marzo de 2012, se precluyó la investigación a favor de los acá procesados y los cuales fueron vinculados a la investigación debido a las declaraciones vertidas por Raúl Emilio Hasbún; sin embargo, dicha decisión fue revocada por el Vicefiscal General de la Nación, quien ordenó continuar con la investigación; investigación que para el 31 de agosto de 2018, se profiriera la resolución acusatoria en contra de los enjuiciados.

Así las cosas, es claro que la encargada de la Fiscalía desconoció los términos previstos en el artículo 329 de la Ley 600 de 2000, al no haber proferido a resolución de acusación o de preclusión dentro del término fijado para ello; pero también es cierto que a la fecha, se subsanó tal error, al haberse proferido la resolución de acusación el 31 de agosto de 2018.

Obsérvese que el artículo 329 de la Ley 600 de 2000, es claro en establecer que vencido el término de instrucción, la única actuación procedente será la calificación, ya sea de acusación o de preclusión; adicional a ello, el artículo 399 de la misma normatividad refiere que cuando el cierre de la investigación se hubiere realizado por el vencimiento del término de la instrucción o por la imposibilidad de recaudar o practicar pruebas, la duda se resolverá a favor del procesado; sin embargo, en el presente caso, el cierre de la investigación no se efectuó por las dos últimas circunstancias referidas y al momento de cerrarse la investigación, la fiscalía contaba con elementos suficientes para proferir la resolución de acusación.

Es claro que la vulneración al debido proceso y en especial, a la garantía de llevarse a cabo la etapa de la instrucción dentro de un plazo razonable, cesó, al haberse emitido la respectiva resolución de acusación; así lo advirtió la jurisprudencia constitucional en sede de tutela, al establecer que:

“En conclusión, para esta Corporación se encuentra demostrado que se configuró una dilación injustificada en el proceso penal en contra del señor Guillermo Gaviria Echeverri. Sin embargo, durante el curso del proceso de tutela se cerró la investigación el diecinueve (19) de abril de 2013 y se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación el cinco (5) de junio del mismo año, por lo cual para la fecha en la cual el proceso fue repartido a este despacho (16 de julio de 2013), la solicitud del accionante ya había sido cumplida, en virtud de lo cual existe una carencia actual de objeto por hecho superado respecto de los hechos relatados por el señor Guillermo Gaviria Echeverri.

En este sentido, la tutela de los derechos del accionante ordenando el cierre de la investigación y la consecuente calificación del mérito del sumario no surtiría ningún efecto; esto es, “caería en el vacío”^[44], pues éstas decisiones ya se han adoptado en el proceso penal, por lo cual la Corte declarará en el presente caso, la carencia actual de objeto por hecho superado.

Rdo. Único: 05000 31 07 002 2020 00005
Procesado: Reinaldo Elías Escobar de la Hoz y otros
Delitos: Concierto para Delinquir Agravado
Asunto: Niega nulidad

Sin embargo, esta Corte prevendrá a la Fiscalía General de la Nación para que respete los términos de instrucción en todos sus procesos, independientemente de la existencia de cambios de radicación o de asignación, pues éstas son circunstancias que dependen del ente investigador y por ello sus consecuencias no pueden trasladarse a los sindicados.⁹

Reitera esta Judicatura que, si bien la delegada de la Fiscalía no atendió los términos establecidos para adelantar la etapa de la instrucción, la vulneración del derecho al debido proceso, ya se corrigió al haberse presentado la resolución de acusación; adicional a ello, se debe advertir que la sanción a la tardanza, no obedece a que inexorablemente, se debe proferir una resolución de preclusión.

Por último, se advierte que si bien, los defensores, manifestaron que se vulneró el derecho de defensa, no indican de qué manera se afectó esta garantía fundamental, pues solo se indica que al no haberse adelantado la instrucción dentro del término se debe dar aplicación al artículo 399 del C.P.P (Ley 600 de 2000), es decir, precluir la investigación.

Por lo anterior, esta solicitud de nulidad no está llamada a prosperar en la medida de que el acto irregular cumplió con la finalidad, esto es, de manera tardía se presentó la resolución de acusación, lo que subsanó el actuar dilatorio de la Fiscalía, por lo que no se cumple el requisito de la instrumentalidad, establecido por la jurisprudencia penal.

5. Vulneración del “*non bis in ídem*” al agravarse la conducta punible de concierto para delinquir tanto por el numeral 2 y el numeral 3

Los abogados Jaime Lombana Villalba, Juan David Rivero Barragán y Alfonso Cadavid Quintero, demanda la nulidad de la resolución de acusación, en la medida que resulta violatoria del debido proceso, toda vez que la Fiscalía desde la resolución de sustanciación del 6 de mayo de 2016 y la resolución acusatoria del 31 de agosto de 2018, modificó la calificación jurídica provisional, adicionando la agravante establecida en el numeral 3 del artículo 340 del C.P., decisión que fue confirmada por el Vicefiscal General de la Nación; consideran los defensores que al agravarse la conducta punible tanto por el numeral 2 como por el numeral 3, se quebranta la garantía del *non bis in ídem*; pues la agravante contenida en el numeral 3 subsume la del numeral 2; en la medida, en que se guarda identidad de persona, objeto y causa; es decir, se agravó dos veces la misma conducta.

De acuerdo a la jurisprudencia penal, el principio de *non bis in ídem*, es la prohibición de juzgarse dos veces por la misma causa; en esa medida, no es viable investigar, enjuiciar o castigar a una persona más de una ocasión por el mismo motivo; pues ello atentaría contra el principio de proporcionalidad, habida cuenta que la imposición de una doble sanción reprochada, conduciría a reprochar un hecho, excediendo el ámbito de retribución legal¹⁰. Igualmente, la jurisprudencia del máximo órgano penal, ha indicado que con el propósito de salvaguardar este principio, se ha establecido la figura de la cosa juzgada, que a su vez emana del principio de legalidad y del

⁹ Sentencia T – 647 del 16 de septiembre de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 36.828 del 18 de marzo de 2018

debido proceso, la cual fija frente a unos específicos supuestos hechos, una consecuencia jurídica permanente, invariable, oponible, lo que impide volver a abrir idéntico debate; en esa medida, la cosa juzgada, se establece a fin extinguir el derecho al eventual ejercicio de la acción judicial respecto a idénticos hechos y pretensiones.

La garantía del principio del *non bis in ídem*, se encuentra establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, consagrado el derecho a “no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”, así mismo, encuentra su sustento legal en el artículo 8 del estatuto penal.

Ahora bien, en el caso en concreto, la Delegada de la Fiscalía, llamó a responder a los señores REINALDO ELIAS ESCOBAR DE LA HOZ, JAVIER OCHOA VELASQUEZ, VICTOR MANUL HENRIQUEZ VELAQUEZ, JORGE ALBERTO CADAVID MARIN, JOSE LUIS VALVERDE RAMIREZ, VICTOR JULIO BUITRAGO SANDOVAL, FAUD ALBERTO GAICOMAN HASBUN, ALVARO ACEVEDO GONZALEZ y JOHN PAUL OLIVO, por el delito de Concierto para Delinquir Agravado contenido en el artículo 340 Inciso 2 y 3 de C.P., por promocionar y financiar grupos armados al margen de la ley y al señor CHARLES DENNIS KEISER, por el delito de Concierto para Delinquir Agravado, tipificado en el artículo 186 de la Ley 100 de 1980 en sus incisos 3 y 4.

Es claro igualmente, tal y como lo manifestaron los intervinientes que las agravantes contenidas en el inciso 2 y en el inciso 3 del artículo 340 de C.P., gozan de unicidad, al tratarse de la misma agravante por organizar, promover o financiar grupos armados al margen de la ley, y así ha sido advertido por la jurisprudencia penal; por lo tanto con la expedición de la Ley 1126 de 2006, se eliminó la mencionada agravante del inciso 2 del C.P.¹¹, toda vez que resultaba vulneratorio del principio del *non bis in ídem*.

Ahora bien, si bien es cierto, la resolución de acusación expedida por la Delegada de la Fiscalía, presenta un error, al establecer dos agravantes a una misma conducta punible; el escenario propicio para verificación la afectación al principio del *non bis in ídem*, es la sentencia correspondiente; pues recuérdese que la calificación jurídica es provisional y por lo tanto, la resolución de acusación no es definitiva, en la medida de que el proceso penal, no finaliza en la etapa de la instrucción; de modo que en la etapa del juzgamiento, el juez de conocimiento, puede modificarla, luego de realizar un análisis del acervo probatorio, ello en garantía al debido proceso.

En el caso en concreto, no se verifica por parte de esta judicatura, la vulneración del derecho de debido proceso, al haberse afectado el principio del *non bis in ídem*, en la resolución de acusación; pues se itera por parte de esta judicatura que ello será objeto de pronunciamiento al momento de proferirse la sentencia, correspondiéndole al juez de conocimiento, respetar todos los derechos de los procesados y aplicar las normas favorables al caso; en esa medida, no considera necesario este Despacho Judicial, nulitar la resolución de acusación, pues como se indicó con antelación, la misma no tiene un carácter definitivo.

¹¹ Op cit

Rdo. Único: 05000 31 07 002 2020 00005
Procesado: Reinaldo Elías Escobar de la Hoz y otros
Delitos: Concierto para Delinquir Agravado
Asunto: Niega nulidad

En esa medida, la solicitud de nulidad no está llamada a prosperar en la medida que cuenta con otro medio procesal para subsanarse el acto irregular; por lo que no se verifica uno de los principios de las nulidades, cual es, la residualidad.

En razón y mérito de lo expuesto el **JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA**, en nombre de la república y por autoridad de la Ley;

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las nulidades solicitadas por los defensores de los procesados, conforme con las consideraciones expuestas en el cuerpo de esta decisión.

SEGUNDO: Notifíquese la presente decisión a los sujetos procesales, indicándoseles que contra la misma, procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo conforme a lo establecido en los artículos 191 y 193 de la Ley 600 de 2000.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

YESID FERNEY ROJAS DUQUE
JUEZ

Firmado Por:

YESID FERNEY ROJAS DUQUE
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 05 DE CIRCUITO PENAL ESPECIALIZADO DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
07905983d46f1fbd4b756fb8ed8dcf67a7dc5efd8c2af38789bdeae42363fa63

Rdo. Único: 05000 31 07 002 2020 00005

Procesado: Reinaldo Elías Escobar de la Hoz y otros

Delitos: Concierto para Delinquir Agravado

Asunto: Niega nulidad

Documento generado en 27/05/2021 10:12:22 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>