



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín treinta (30) de septiembre dos mil veintiuno

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 128 de la fecha

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Procesado
Tema	Nulidad
Radicado	05000 31 07 002 2020 00005 (N.I. TSA 2021-1128-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los abogados defensores de JOHN PAUL OLIVO, CHARLES DENNIS KEISER, REINALDO ELÍAS ESCOBAR DE LA HOZ, VICTOR JULIO BUITRAGO SANDOVAL, ÁLVARO ACEVEDO GONZÁLEZ, JOSÉ LUIS VALVERDE RAMÍREZ, FUAD ALBERTO GIACOMAN HASBÚN, JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN, VICTOR MANUEL HENRIQUEZ VELASQUEZ y JAVIER OCHOA VELASQUEZ, en contra del auto del 26 de mayo de 2021 que negó las solicitudes de nulidad propuestas, en

decisión proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Es competente el Tribunal Superior en atención a lo previsto en el numeral 1° del artículo 76 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos fueron fijados por la primera instancia, en los siguientes términos:

“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 Convivir, 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 Unidas de Colombia se desmovilizaron, pero se tiene que incluso una de las comercializadoras pago por varios años más.”

Dentro del traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, los defensores de los procesados solicitaron nulidad del proceso. Alegan la existencia de irregularidades que afectarían derechos fundamentales de sus prohijados. Se sintetizan las solicitudes de nulidad en cinco puntos:

1. Solicitud de nulidad por la calificación jurídica provisional a través de un instrumento no avalado para ello

Solicitan la nulidad de la resolución de sustanciación emitida por la fiscalía el 6 de mayo de 2016 que modificó la calificación jurídica provisional sin cumplir el contenido del artículo 342 de la Ley 600 de 2000. Es decir, sin citar a los procesados a ampliación de indagatoria escenario propio para a variación de la calificación jurídica. Señalan que la actuación de la Fiscalía,

vulneró el debido proceso, al no seguir las formas propias del proceso penal y constituiría vulneración al derecho de defensa, en la medida en que no se les permitió controvertir la nueva imputación.

2. Solicitud de nulidad por calificación del delito como crimen de lesa humanidad

Solicitan la nulidad de la resolución de acusación en la medida en que la fiscalía, calificó como crimen de lesa humanidad el delito de concierto para delinquir agravado, a pesar de que no hace parte del contenido del artículo 7º del Estatuto de Roma. Igualmente, porque la fiscalía no les imputó otro delito que sea considerado de lesa humanidad. Consideran no se les puede atribuir los crímenes atroces cometidos por las Autodefensas, sin individualizar la participación de cada uno de los procesados y las actividades realizadas por estos. El delito de concierto para delinquir es autónomo. Solo se está investigando la posible financiación realizada a grupos armados, es un artificio de la fiscalía para que la conducta punible sea imprescriptible.

3. Solicitud de nulidad por indebida valoración probatoria

Los abogados de JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN y VICTOR MANUEL HENRIQUEZ VELASQUEZ consideran que se debe anular la resolución de acusación. De las pruebas practicadas por la fiscalía no se desprende la participación de sus representados en la conducta punible atribuida ni la responsabilidad penal en la misma. Indican que la prueba reina es la declaración de Raúl Emilio Hasbún Mendoza que 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. 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.

4. Solicitud de nulidad por vencimiento del término de la instrucción y la afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

Los abogados de JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN y VICTOR MANUEL HENRIQUEZ VELASQUEZ sostienen que se profirió resolución de acusación cuando se encontraba vencido el término de la instrucción, tal y como se afirmó en la Resolución del 2012 a través de la cual se precluyó la investigación.

Advierten 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. Se continuó investigando desconociendo el artículo 329 ibídem. Solicitan se anule lo actuado desde que se venció el término de la instrucción.

5. Solicitud de nulidad por vulneración al non bis in ídem

Los abogados de JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN, VICTOR MANUEL HENRIQUEZ VELASQUEZ y JAVIER OCHOA VELASQUEZ advierten que la calificación resulta violatoria del debido proceso. 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 el agravante establecido en el inciso 3° del artículo 340 del C.P., decisión que fue confirmada por el Vicefiscal General de la Nación. Consideran que al agravarse la conducta punible tanto por el inciso 2°

como por el 3º, se quebranta la garantía del non bis in ídem, pues el agravante contenido en el inciso 3º subsume el inciso 2º ya que guarda identidad de persona, objeto y causa. Es decir, se agravó dos veces la misma conducta.

Decisión del Juez

Mediante auto interlocutorio del 27 de mayo de 2021 el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, negó las nulidades presentadas, al no vislumbrarse alguna irregularidad sustancial que afecte el debido proceso. Decisión que se sintetiza de la siguiente forma:

1. Consideró que la Fiscalía incurrió en un error al no haber llamado a los procesados a la ampliación de indagatoria para atribuirles una circunstancia de agravante adicional, pero ello, no constituye una afectación grave al debido proceso que deba ser subsanada a través de la nulidad. La resolución que adicionó el agravante fue notificada a las partes donde se les permitió ejercer su derecho de defensa respecto a la nueva imputación. Indicó que el agravante adicionado al delito de concierto para delinquir, fue imputado en la resolución de acusación y en esa medida la nulidad solicitada pierde su razón de ser. La irregularidad que advierten los defensores no vulneró el derecho de defensa de los procesados, ya que desde la diligencia de indagatoria conocían los hechos que se les atribuía, así como se les dio a conocer la variación alegada, permitiendo ejercer su derecho, sin que se impidiera por parte de la fiscalía allegar pruebas y controvertir las que tenían en su contra.

2. Atendiendo los postulados establecidos por la jurisprudencia penal, el carácter de imprescriptible, se causa cuando el sujeto activo de la infracción no se haya podido identificar o individualizar. En esa medida,

cuando ya se individualiza y se vincula, los periodos de prescripción operan normalmente. La Fiscalía General de la Nación consideró como crimen de lesa humanidad los hechos investigados, con la finalidad de que no prescriba el término de investigación respecto a otros autores o partícipes que puedan resultar involucrados. En caso de verificarse la configuración de la prescripción, la misma se puede decretar. Existe otro recurso para subsanar el acto irregular, como es el hecho de poder decretar la prescripción si a ello hubiere lugar.

3. Los requisitos legales de conocimiento para proferir la acusación no constituyen motivo de nulidad, toda vez 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. Consideró que la resolución de acusación cumple los requisitos exigidos en la norma procesal penal. Los cuestionamientos esgrimidos por los defensores, deberán ser valorados en la sentencia correspondiente.

4. Si bien la fiscalía desconoció los términos previstos en el artículo 329 de la Ley 600 de 2000 al no proferir la resolución de acusación o de preclusión dentro del término fijado para ello, la actuación fue subsanada al proferir la resolución de acusación el 31 de agosto de 2018. En esa medida, 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, tal y como lo ha advertido la jurisprudencia constitucional en sede de tutela dentro del radicado T – 647 del 2013.

5. Consideró el Juzgado que en la resolución de acusación se presenta un error al establecer dos agravantes a una misma conducta punible, pero

el escenario propicio para verificar la afectación al principio del non bis in ídem, es la sentencia correspondiente. La calificación jurídica es provisional y la resolución de acusación no es definitiva, en la medida de que el proceso penal no finaliza en la etapa de la instrucción. En la etapa del juzgamiento el juez de conocimiento puede modificarla luego de realizar un análisis del acervo probatorio, en garantía del debido proceso.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión los defensores interpusieron recurso de apelación y lo sustentaron oportunamente. Basan su inconformidad esencialmente en los siguientes argumentos:

1. Sostienen que la argumentación del despacho resulta contradictoria. Recuerdan que la diligencia de indagatoria es parte integral del debido proceso y que de requerirse modificación debe procederse mediante ampliación de indagatoria según el artículo 342 de la Ley 600 de 2000. La Fiscalía debió haber convocado a los procesados a la diligencia para realizar el cambio que materializó a través de la resolución, ya que la indagatoria constituye un medio de defensa del procesado. En esa diligencia se tiene la posibilidad de conocer los hechos y las normas en virtud de las cuales la Fiscalía adelanta la investigación.

Indican que el Despacho reconoce la violación del derecho al debido proceso y a la defensa, al modificar a través de una vía de hecho la estructura del proceso penal. La Fiscalía al realizar la modificación de la calificación jurídica a través de un acto procesal diferente al establecido por la norma, y al percatarse de su error, en lugar de observar las garantías constitucionales se limitó a señalar de forma inexacta que existen otros medios para ejercer el derecho a la defensa, a pesar de que esos medios que señala son más restrictivos y no engloban la totalidad del contenido y

alcance del derecho. La mera notificación de la resolución que varió la calificación jurídica no materializa la defensa más allá de conocer la situación, sin que se permita su confrontación. No es posible controvertir, ni presentar ningún medio probatorio que la confronte.

Reprochan que el Juzgado descartó la trascendencia del error al señalar que la resolución a través de la cual se varió la calificación jurídica fue notificada a las partes, y que fue posteriormente imputada en la resolución de acusación. Señalan que tal argumento corresponde a un ejercicio de interpretación de la norma en contra del procesado, ya que: i) para la confrontación de una resolución de esa naturaleza no es posible allegar pruebas o elementos materiales probatorios. No le es permitido al ciudadano cuestionar su contenido, ni la plataforma fáctica en que se estructura, como sí lo hace la ampliación de indagatoria; y, ii) En la confrontación y contradicción de la resolución de acusación tampoco le es permitido al procesado presentar evidencia que contradiga lo afirmado allí, ni ampliar su declaración frente a lo acusado, como lo señala el mismo Juzgado de conocimiento en la página 23 de la decisión, *“que en el estadio procesal que nos encontramos solo se puede verificar que la resolución de acusación cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 398”*, sin que dentro de ellos se consagre la materialización del derecho a la defensa, contrario a lo que puede acontecer en la diligencia de ampliación de indagatoria.

En conclusión, en esa diligencia se les da la posibilidad a los procesados de reconocer su responsabilidad en los cargos atribuidos, negar esa oportunidad vulnera el derecho de aceptación de cargos.

2. Sostienen los impugnantes que el delito de concierto para delinquir no se encuentra incluido en la categoría de crímenes internacionales, como tampoco se encuentra referido en el artículo 7° del Estatuto de Roma.

Advierten que la Fiscalía no imputó a sus prohijados la comisión de ningún delito que corresponda a la categoría de crímenes de lesa humanidad, ni tampoco que pertenecieran al grupo ilegal de las Autodefensas Unidas de Colombia.

3. Los abogados de JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN y VÍCTOR MANUEL HENRIQUEZ VELÁSQUEZ indicaron que el juez de instancia no tuvo en cuenta que la Fiscalía le corresponde evaluar la pruebas con base en las cuales fundamenta la imputación para calificar el mérito del sumario. De acuerdo con el artículo 393 de la Ley 600 de 2000 se exige el recaudo de la prueba necesaria, todo en conformidad con el principio de investigación integral debiendo investigar tanto lo favorable como lo desfavorable.

Cada uno en su escrito estimó que la fiscalía valoró de forma caprichosa algunos testimonios y no se satisfizo los requisitos esenciales para ser proferida la resolución de acusación.

4. Los abogados de JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN y VÍCTOR MANUEL HENRIQUEZ VELÁSQUEZ afirman que es contradictoria la decisión, ya que el Juez reconoce el error de la Fiscalía de no respetar el término establecido para la instrucción desde el año 2012. Al encontrarse vencido había cesado la posibilidad de continuar investigando con la única finalidad de acusar a los procesados. A pesar de que el Juzgado cita el contenido del artículo 329 y el segundo inciso del artículo 399 para indicar que vencido el término de instrucción, la fiscalía debe proceder con la calificación o precluir; no podía continuar investigando, como ocurrió, creando una flexibilización inexistente

de la estructura procesal, en detrimento del procesado, realizada por la fiscalía y avalada por el Juzgado de conocimiento.

Afirman que el término de 5 años es un plazo razonable para una investigación integral. No obstante, según obra en el plenario, luego de la revocatoria de resolución de preclusión, se continuó investigando indefinidamente hasta la calificación del mérito del sumario con la resolución de acusación en el 2018, es decir, fueron necesarios 6 años más para investigar lo que aparentemente había quedado pendiente. El reparo no es que se haya calificado el sumario por haberse vencido el término – pues no se niega que se trata de una posibilidad jurídica–, la afectación o vicio del acto procesal radica en que el término se extendió a tal punto que se hizo de forma indefinida, arbitraria e injustificada, pues se despojó al procesado de la duración de las formas propias de la instrucción y juzgamiento sin que fuera surtida en un plazo razonable y dentro de los términos legalmente previstos.

5. Los abogados de JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN, VÍCTOR MANUEL HENRIQUEZ VELÁSQUEZ y JAVIER OCHOA VELÁSQUEZ afirman que no se puede proferir una resolución de acusación quebrantando el debido proceso, con la disculpa de que la calificación es de naturaleza provisional, pues ello implicaría que las nulidades solo pudieran decretarse cuando finaliza el proceso y permitiría que la actuación permanezca viciada sin que se pueda subsanar en otra etapa procesal.

Alegan que es visible la afectación a la garantía constitucional, al concurrir los requisitos del principio de prohibición de doble incriminación: identidad de sujeto, objeto y causa. Se trata de una garantía constitucional que prohíbe la doble imputación por un mismo hecho para evitar la extensión del *ius puniendi*. Si bien, el juez en la fase de juzgamiento puede corregir o modificar, en el esquema procesal de la Ley 600 de 2000, el fiscal no puede desconocer principios constitucionales que afecten derechos del

procesado. El reparo es que existe nulidad en la resolución de acusación dado que los hechos atribuidos vulnerarían el *non bis in ídem* y el principio lógico-jurídico de no contradicción ya que se están atribuyendo dos circunstancias agravantes que no podrían concurrir simultáneamente. Aseguran que de esta forma se menoscaba el derecho de defensa por lo que la afectación al principio constitucional de doble incriminación es palmaria ya que el pliego de cargos se torna impreciso y ambiguo de cara a la defensa para que pueda pronunciarse de manera cierta y concreta. Así confluiría una irregularidad sustancial en la resolución de acusación y, en consecuencia, prosperaría la nulidad.

Sustentación de los no recurrentes

La fiscalía solicita confirmar la decisión impugnada en lo relacionado con la primera solicitud de nulidad propuesta por los defensores. Sostiene que el propósito principal de la indagatoria es vincular a quien se presume tuvo relación con el objeto de la conducta punible, informarle sobre los hechos que serán objeto de investigación y permitirle a la defensa, aportar pruebas que conduzcan a establecer su participación o la ausencia de ésta en los hechos objeto de estudio y finalmente, informarle sobre la imputación jurídica provisional que la Fiscalía hace de los hechos que hasta ese momento conoce. Advierte que el proceso penal no es estático, pues se compone de distintas etapas, procedimientos y actividades de verificación o descartar las hipótesis investigativas que nacen desde el momento mismo en que se tiene conocimiento de la conducta delictiva. Solicita se mantenga la decisión recurrida, respecto a calificar el concierto para delinquir como delito de lesa humanidad, bajo el entendido de que, si bien no se encuentra enlistado en el artículo 7° del Estatuto de Roma, ha sido el desarrollo jurisprudencial el que se debe tener en cuenta para realizar tal calificación.

Respecto a la nulidad relacionada con el vencimiento del término en la etapa de la instrucción y a ser juzgados dentro de un plazo razonable, estima que el vencimiento del plazo no lleva inexorablemente a proferirse una resolución preclusiva, en tanto que es posible que con lo actuado se profiera resolución de acusación. Acerca de la presunta afectación de la *non bis in ídem*, no encuentra reparo a la decisión de la judicatura. Solicita se confirme la decisión recurrida.

Por su parte, los representantes de la parte civil, sostuvieron que la Fiscalía tiene la potestad de variar la calificación jurídica provisional a lo largo del proceso penal, sin que ello signifique vulneración al debido proceso o al derecho de defensa. Refiere jurisprudencia constitucional que establece que la calificación jurídica puede variar y contra la que se puede ejercer el derecho de defensa a través de los medios de impugnación. Se evidencia que efectivamente los procesados ejercieron el derecho de defensa, frente a la Resolución del 6 de mayo de 2016, se interpuso una solicitud de nulidad que fue negada por la Fiscalía y confirmada luego de recursos por el Vicefiscal General de la Nación. Respecto a los demás puntos de la nulidad deben ventilarse en la etapa de juicio, donde el juez puede pronunciarse sobre el particular. No se cumple el requisito de residualidad propio de las nulidades, como tampoco el requisito de trascendencia en tanto no fue posible demostrar que con la calificación se afectó una garantía constitucional o se desconocieron las bases fundamentales de la etapa de la instrucción.

CONSIDERACIONES

La Sala procederá a resolver el recurso de apelación, limitándose estrictamente a los asuntos que fueron objeto de impugnación. Se analizarán los cinco puntos expuestos, para determinar si se evidencian

irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso o el derecho de defensa¹ que amerite decretar la nulidad².

Desde ya anuncia la Sala que confirmará la decisión.

1. Sobre la solicitud de nulidad por variación de la calificación jurídica provisional a través de un medio no establecido para ello.

La queja de los recurrentes se centró en la falta de una segunda diligencia de indagatoria, respecto a la adición de la calificación jurídica realizada por la fiscalía mediante resolución de sustanciación³.

La indagatoria establecida en el sistema procesal anterior, trae consigo una finalidad específica -vincular al imputado al proceso-⁴, es así, que ningún motivo de invalidez de lo actuado surge en relación con la conducta punible que se atribuyó y conoció oportunamente, teniendo la oportunidad de enfrentar y controvertir, sin que haya existido sorprendimiento alguno.

Los procesados fueron llamados inicialmente a indagatoria. Allí la fiscalía de acuerdo con el marco fáctico les atribuyó la conducta de concierto para delinquir agravado artículo 340 inciso 2º. Fueron vinculados al proceso cumpliendo con la finalidad descrita para el acto: condición procesal necesaria para que el proceso se inicie y desarrolle válidamente, además, se constituyo como medio de defensa.

Una vez vinculados, dando cumplimiento a la finalidad del acto que reprochan los recurrentes, sin variar el marco fáctico la fiscalía mediante

¹ Artículo 306 Ley 600 de 2000

² Artículo 310 ibídem

³ Resolución de sustanciación 6 de mayo de 2016, folio 110, cuaderno 41.

⁴ Sentencia 26.667 de noviembre 4 de 2007 Sala de Casación Penal.

auto del 6 de mayo de 2016 puesto en conocimiento a las partes⁵, adicionó a la calificación jurídica el agravante del inciso 3º del artículo 340 del C.P..

Indicó el Juez de primera instancia que la fiscalía incurrió en error por no haber llamado nuevamente a indagatoria a los procesados, pero que tal circunstancia no constituyó una afectación grave al debido proceso. Subrayan los apelantes esta manifestación afirmando que la decisión de primera instancia es contradictoria.

Estima la Sala que el particular procedimiento escogido por la fiscalía para variar la calificación finalmente no afectó derecho alguno. Veamos:

Según lo prevé el artículo 342 de la ley 600 “(..) se ampliará la indagatoria cuando aparezcan los fundamentos para variar la calificación jurídica provisional”, lo que significa que la calificación no puede sufrir variación sin que el sindicado tenga la oportunidad de manifestar lo que estime pertinente frente a ella.

Aunque los procesados no fueron llamados para indagatoria a fin de que la fiscalía comunicara el nuevo agravante, sí les fue enterada la adición por medio de resolución.

Con este acto, la fiscalía garantizó los derechos de defensa y debido proceso. La adición se realizó por medio de una providencia motivada y comunicada a los procesados en contra de la que, en garantía de los derechos alegados, sí procedían recursos a fin de contrarrestar o evadir la calificación emitida por la Fiscalía. Así se desprende de lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C1288 del 2001 al afirmar que: “**el sindicado puede interponer los recursos de reposición y de apelación contra la decisión del fiscal de variar la calificación -artículo 193, literal a), numeral**

⁵ Folios 110 y ss. cuaderno 41

5 Ley 600-. Y, en firme tal decisión, puede solicitar la suspensión de la audiencia con miras a que se decreten nuevas pruebas con el fin de refutar o reafirmar la mutación y, además, sostener su defensa”. Si en aquel momento procesal previsto en el artículo 404 del C.P.P., es posible la variación, lo mismo debe entenderse si esa variación de la calificación se produce durante la instrucción, como lo fue en este evento.

Aunque la fiscalía no fue explícita y dio a entender que contra de ese auto no procedían los recursos de ley, finalmente los defensores solicitaron la nulidad haciendo uso del derecho de defensa y contradicción. Nulidad que fue negada y luego confirmada por el Vicefiscal General de la Nación⁶.

Y es que ciertamente, ya enterados de la adición de la calificación jurídica, si la necesidad de los procesados era ser escuchados en indagatoria a fin de aclarar lo concerniente a la agravante o aceptar responsabilidad sobre los cargos atribuidos, nada les impedía solicitar a la fiscalía ampliación de indagatoria⁷. Lo que al parecer no fue necesario ya que el marco fáctico era el mismo, tanto así, que uno de los puntos que ahora alegan, es la violación del *nom bis in ídem* por la atribución de dos agravantes del artículo 340 del C.P. sobre el mismo marco fáctico.

En este punto no se evidencia existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso ni violación al derecho de defensa. Véase que la variación de la calificación indagatoria en una posterior indagatoria no admitiría recursos, pero en esta oportunidad se controvertió por medio de la solicitud de nulidad resuelta en la etapa de instrucción.

⁶ Cuaderno 43 folio 53 y ss.

⁷ Artículo 342 Ley 600 de 2000

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

El Juez de instancia fue claro en afirmar que no se configura una violación al debido proceso en esta actuación de la fiscalía. El delito de concierto para delinquir agravado puede ser catalogado como de lesa humanidad, así lo ha considerado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.⁸

Esa calificación no es capricho de la fiscalía. Los elementos que soportan la hipótesis que configuran la acción penal en esta oportunidad, relacionan a los procesados como presuntos financiadores de un grupo paramilitar, para que estos alcanzarán sus fines criminales, con actos de barbarie cometidos contra la población civil -homicidios selectivos, desplazamientos, torturas, entre otros- delitos que sí se encuentran en el artículo 7° del Estatuto de Roma.

Sin embargo, la calificación es provisional. Es el Juez quien deberá valorar respetando los elementos de generalidad y sistematicidad propuestos por la Corte⁹ para definir si finalmente el concierto para delinquir agravado atribuido se puede catalogar como de lesa humanidad. El Juez en la sentencia, luego de valorar la actuación, determinará si realmente el delito corresponde a esa categoría.

⁸ AP2230 (45110) del 30 de mayo de 2018 Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia "Así ocurre con el delito de concierto para delinquir, que abarca la actividad de estructuras paramilitares y/o autodefensas, cualquiera sea su objetivo o denominación, cuando las transgresiones cometidas comprenden ataques contra algún sector de la población civil y se reúnen los elementos de generalidad y sistematicidad".

⁹ *Ibidem* "tales dimensiones de generalidad y sistematicidad, que alteró de manera significativa el orden mismo de civilidad, implicando el desconocimiento de principios fundamentales del orden social imperante. Los asesinatos, torturas, masacres, desapariciones, desplazamientos forzados, violaciones, y en fin las múltiples violaciones sistemáticas a los derechos humanos confesadas hasta el momento por los desmovilizados de esos grupos armados que han sido escuchados en versión libre en el trámite del procedimiento señalado en la ley 975 de 2005, no dejan duda que se configuran las características esenciales que delinean los delitos de lesa humanidad, en los términos aquí analizados".

Por otro lado, frente a los reparos de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia reiteró lo siguiente:

“En ese contexto, los delitos de lesa humanidad no prescriben y el Estado tiene la obligación de adelantar su investigación (...) en cualquier tiempo.

*La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad consiste en que el Estado tiene (...) el deber de investigarlos sin límite en el tiempo. **Sin embargo, no se trata de una prerrogativa absoluta, toda vez que la persona que ya ha sido vinculada a la investigación (...) no puede permanecer indefinidamente atada al proceso (...). En tales hipótesis, los términos de prescripción de la acción penal empiezan a correr desde el momento de la vinculación al proceso**”¹⁰. (negrilla fuera del texto original)*

Por regla general, la acción penal prescribe en los términos establecidos por el legislador, con ello se garantiza el derecho al debido proceso y se exige que exista efectividad en la persecución criminal por parte de las autoridades competentes. Sin embargo, en razón de las obligaciones internacionales que limitan las actuaciones del Estado colombiano y la necesidad de investigar y juzgar ciertas conductas dada su gravedad, a modo de excepción, la acción penal es imprescriptible frente a los delitos de lesa humanidad hasta que se individualice y vincule a un proceso al presunto responsable, porque a partir de este último momento inicia a contabilizarse el plazo de extinción respectivo¹¹.

¹⁰AP2230-2018 Radicado 45110 del 30 de mayo de 2018

¹¹ Sentencia SU312 del 13 de agosto de 2020 M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

3. Sobre la solicitud de nulidad de la Resolución de Acusación por Indebida valoración probatoria

Las objeciones presentadas por los abogados de JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN y VÍCTOR MANUEL HENRIQUEZ VELÁSQUEZ respecto al mínimo de prueba con el que debe cumplir la Fiscalía para fundamentar la calificación jurídica no están llamadas a prosperar.

La Sala está de acuerdo con el Juez de primera instancia. Analizado el expediente, se evidencia que no existe ausencia de los requisitos legales para emitirse resolución de acusación previstos en los artículos 397 y 398 del C.P.P., el auto de primera instancia detalla con claridad el cumplimiento normativo.

Estimaron los recurrentes que de las declaraciones recolectadas no se desprende la participación de sus representados en la conducta punible ni la responsabilidad penal, además afirmaron que la fiscalía solo recaudó la prueba desfavorable.

A partir de la comprensible tarea de la defensa de realizar una valoración probatoria distinta a la propuesta por la Fiscalía, que implica de suyo afirmar que de la prueba no se desprende la participación o la responsabilidad de los procesados, no se puede pretender como resultado la nulidad de lo actuado. Que la defensa no comparta el resultado de la evaluación jurídica realizada por la fiscalía, o que considere que la argumentación dirigida a dicha sustentación sea insuficiente, no se traduce en la vulneración al debido proceso.

Por el contrario, un pronunciamiento por parte del Juez para valorar la prueba en este momento procesal, equivaldría a pronunciarse de forma inoportuna, adelantado la valoración que debe darse en la sentencia.

Si en realidad las declaraciones señaladas por los testigos son amañadas y solo buscan beneficios ante la JEP como lo informan los apelantes, será tarea del fallador determinarlo. En el procedimiento penal de la ley 600 de 2000 rige el principio de permanencia de la prueba. El Juez podrá valorar todo el conjunto probatorio desde la etapa de instrucción para determinar la credibilidad puntual de cada testigo y emitir sentencia.

Frente al punto del recaudo únicamente de pruebas desfavorables, nada se dijo frente a cuáles pruebas "favorables" omitió la fiscalía presentar. Por tanto, no es posible resolver el reparo realizado por la defensa.

4. Sobre la solicitud de nulidad por vencimiento del término para la instrucción y afectación del plazo razonable para la investigación.

Comparte la Sala lo indicado por el Juez de primera instancia. Si bien, la Fiscalía no atendió los términos establecidos para adelantar la etapa de la instrucción, según el artículo 329 de la Ley 600 de 2000¹², la vulneración del derecho al debido proceso ya se subsanó al haberse presentado la resolución de acusación.

Los términos procesales no se pueden analizar de manera abstracta sino de acuerdo con las características de cada caso en concreto. La Corte Constitucional en sentencia T-647 de 2013 estableció unos requisitos sobre la razonabilidad del plazo en la ley procesal penal, entre ellos habló de la *complejidad del asunto*.

¹² "Término para la instrucción. 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".

Los abogados han optado por una defensa activa, interpelando cada acto de la fiscalía en procura de representar los intereses de sus clientes, lo que también se ha reflejado en el rumbo y duración del proceso penal. Además, a simple vista se observa que es un caso complejo donde se atribuye un delito de concierto para delinquir agravado a un grupo de empresarios por una presunta participación con grupos armados ilegales. En cualquier caso se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación el treinta y uno (31) de agosto de 2018, con lo que se superó la discusión sobre las circunstancias acerca del término de instrucción que de todas formas no puede ser visto como una oportunidad estratégica para pretender una extinción de la acción penal.

5. Sobre la solicitud de nulidad de la Resolución de Acusación por vulneración del “*non bis in ídem*” al agravarse la conducta punible de concierto para delinquir por los incisos 2° y 3°.

Los abogados de JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN y VÍCTOR MANUEL HENRIQUEZ VELÁSQUEZ afirmaron que existe nulidad en la resolución de acusación ya que los hechos atribuidos vulnerarían el principio *non bis in ídem* y el principio lógico-jurídico de no contradicción.

La Sala constató la resolución de acusación y efectivamente puede llegar a discutirse acerca de dos agravantes por una misma conducta. Sin embargo, como lo informó el Juez de instancia, el escenario propicio para verificación de la afectación al principio del *non bis in ídem*, es la sentencia correspondiente.

Manifestaron los defensores que no se puede proferir una resolución de acusación que afecta el debido proceso, aduciendo que la calificación es de naturaleza provisional, pues ello implicaría que las nulidades solo pudieran decretarse cuando finaliza el proceso y que la actuación

Auto segunda instancia Ley 600 DE 2000

Acusados: Reinaldo Elías Escobar de la Hoz y otros

Delito: Concierto para delinquir agravado

Radicado: 05000 31 07 002 2020 00005

(N.I. TSA 2021-1128-5)

permanezca viciada sin que se pueda subsanar en otra etapa procesal. La Sala advierte que la posibilidad de variación de la calificación no finaliza en la etapa de la instrucción. En la etapa del juzgamiento el fallador puede modificarla, solo si lo considera necesario, de conformidad con el artículo 404 del C.P.P. .

Sin necesidad de otras consideraciones, se confirmará en su integridad el auto proferido el 26 de mayo de 2021 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

En mérito de lo expuesto, EL **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

RESUELVE

CONFIRMAR el auto del 26 de mayo de 2021 que negó las solicitudes de nulidad propuestas por los defensores.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - 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:

2595c2da0cbb8e3d007441f4361e53ca3e9ea9b6e380c78b5a32928fa506195

0

Documento generado en 01/10/2021 08:12:08 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>