El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: NULIDAD PROCESAL / NO PUEDE ALEGARSE RESPECTO DE ACTUACIONES DE LAS PARTES / SOLO PROCEDE FRENTE A ACTUACIONES DE LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES / TAMPOCO CONSTITUYE CAUSAL LA INCONFORMIDAD DE LAS PARTES ON LA DECISIÓN TOMADA / PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN.**

… se debe recordar que la SP de la CSJ mediante providencia del 24 de agosto de 2016, radicado 48743, estableció que la petición de nulidad es inconducente si la misma está dirigida a dejar sin efectos un acto procesal de parte, como lo es la acusación, ya que ese mecanismo para subsanar el proceso solo es procedente frente a las actuaciones de los funcionarios judiciales. En ese sentido esa Corporación expuso lo siguiente:

“Obsérvese que los argumentos con los que se pretendió soportar la petición de nulidad total del proceso se dirigen a cuestionar la connotación jurídico-penal de las conductas por las cuales se presentó escrito de acusación en contra de HÉCTOR EMILIO LEYVA OROZCO. En particular, el defensor se dedicó a censurar los referentes legales que la fiscalía señaló en el numeral 41 como violados por dicho funcionario, aduciendo que habrían sido objeto de aplicación indebida, de interpretación errónea o de cercenamiento. Además, controvierte que el titular de la acción penal sostenga la configuración del delito de prevaricato a partir de la infracción de una circular de la Fiscalía General de la Nación o sin tener en cuenta la exigencia típica que habría adicionado el Acto Legislativo No 002 de 2015 (art. 8).

Esa petición de nulidad del proceso se advertía manifiestamente inconducente al dirigirse contra un acto procesal de parte, como lo es la acusación, siendo que esa medida extrema sólo procede frente a las actuaciones de los funcionarios judiciales. En efecto, para los primeros, al constituir meras postulaciones, la ley procesal establece sanciones como la inadmisibilidad, el rechazo o la exclusión que, por regla general, no inciden en la validez del proceso…”. (…)

En ese orden de ideas, al cumplirse el procedimiento previsto en la ley 906 de 2004 en lo relativo a la actuación cuestionada por el recurrente, debe decirse que el hecho de que el censor no comparta la valoración que hicieron las jueces con función de control de garantías sobre los fundamentos probatorios y la necesidad de imponer la detención preventiva en local carcelario al señor FJMD, no constituye causal de nulidad del proceso.

Para el efecto se debe considerar que la aplicación del principio de preclusión de los actos procesales al cual se hizo referencia anteriormente, lleva a concluir que la situación alegada por el apoderado del señor FJMD ya fue decidida por vía ordinaria en primera y segunda instancia, y en sede de tutela también en primera y segunda instancia, por lo cual cabe concluir que lo que se pretende es provocar una especie de determinación adicional sobre la imposición de la medida cautelar al citado ciudadano.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE**

**PEREIRA - RISARALDA**

**SALA PENAL**

**M P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 751A del veintiocho (28) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, treinta (30) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 9:55 a.m.

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Le corresponde a esta Sala decidir lo correspondiente al recurso de apelación interpuesto por los defensores Ángela María Mosquera y Jaime Ángel Londoño, como representantes de los acusados JACM y FJMD, respectivamente, frente a la decisión proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira del 24 de mayo de 2019 (fl 188), mediante la cual no accedió a unas solicitudes de nulidad de la actuación, por adición del escrito de acusación presentada por la FGN en lo relativo a la inclusión de la causal de agravación prevista en el inciso 2º del artículo 340 del CP, y una petición similar derivada de la presunta vulneración de las garantías fundamentales y procesales de los acusados durante la celebración de la audiencia de formulación de imputación e imputación de medida de aseguramiento.

**2. SOBRE LA ACTUACIÓN QUE DIO ORIGEN AL PRESENTE RECURSO.**

2.1 El día 9 de abril de 2019 se instaló la audiencia de formulación de acusación. En la oportunidad pertinente, los abogados que representan los intereses de los procesados JACM y FJMD, elevaron unas solicitudes de nulidad de la actuación las cuales fundamentaron de la siguiente manera:

2.1.1 DEFENSORA DE JACM

* Solicita que se declare la nulidad de la actuación por vulneración a las garantías fundamentales de su representado, lo cual generaría consecuencias frente a la competencia de ese despacho en atención al factor funcional.
* La investigación contra el señor JACM se adelanta por los delitos de concierto para delinquir, contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento privado.
* En la audiencia de formulación de imputación se hizo referencia a que en el año 2016 se habían realizado los siguientes convenios entre el municipio de Dosquebradas y entidades particulares: i) 517; ii) 740; iii) 803 y iv) 874 suscritos en el año 2016, sobre los cuales versó la imputación.
* Los hechos atribuidos a su representado giran en torno a los convenios 740 y 874 de 2010 (sic).
* La SP del TS de Pereira resolvió un conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira, y un despacho del mismo rango de Dosquebradas con base en el factor territorial. Esa Corporación decidió que el proceso debía ser conocido por un juzgado penal del circuito especializado, con el argumento de que el concierto para delinquir estaba dirigido a cometer delitos contra la administración pública, atendiendo a lo previsto en el parágrafo segundo (sic) del artículo 340 del CP, lo cual no comparte, ya que esa norma fue adicionada a través del artículo 5º de la ley 1908 de 2018, norma que no estaba vigente para el momento de los hechos investigados, lo que implicó que se desnaturalizara el contexto fáctico de que la acusación, ya que la Sala Penal fijó la competencia con base en una norma posterior a los sucesos investigados.
* La FGN se encuentra investigando un total de 9 convenios suscritos entre el año 2016 a 2018, como lo dijo el Fiscal en la audiencia preliminar. Sin embargo en la formulación de imputación solo se hizo mención a 4 convenios realizados en el año 2016.
* Con base en la decisión de esta Sala, el delegado de la FGN decidió ampliar el escrito de acusación, el cual fue solo fue puesto en conocimiento de esa defensora el 8 de abril de 2019. En dicho documento, se menciona que a su representado se le acusa por el delito previsto en el artículo 340 del CP, con la agravante contemplada en el numeral 2º de esa norma, por haberse afectado el patrimonio del Estado, con base en la suscripción del Convenio 850 de 2018, que no fue mencionado en la audiencia preliminar, aduciendo que esta convención se estaba ejecutando para la fecha de la audiencia preliminar, lo que a su juicio vulnera el principio de legalidad (dio lectura al anexo respectivo de la adición del escrito de acusación).
* El escrito de acusación se adicionó el convenio 850 suscrito en el año 2018 que nunca fue puesto en conocimiento en la audiencia de formulación de imputación, lo cual modifica el *factum* de la acusación, lo que va en contravía del principio de legalidad y el derecho al debido proceso, ya que a su representado solo se le atribuye su intervención en los 2 convenios aludidos, pero con la modificación realizada al escrito de acusación, basada en una norma que fue proferida con posterioridad a los sucesos y al adicionarse un convenio que no fue objeto de imputación, se generó una violación de las garantías del señor JACM, lo que causa un “daño irreparable”, con efectos de la modificación de la competencia, máxime si al incluirse el agravante del numeral 2º del artículo 340 del CP, se incrementa la pena para este delito.
* Solicita que se declare la nulidad del pronunciamiento (que se entiende es el auto que definió la competencia para conocer del proceso) y de la acusación en lo relativo a la adición que se hizo la FGN al incluirse la circunstancia de agravación del artículo 340 -2 del C.P.
* Por lo tanto solicito que se dejara sin efectos la actuación hasta el momento en que el juez 1º primero penal del circuito de Pereira se declaró impedido para dar trámite a la actuación.
* Posteriormente aclaró que solicitaba la declaratoria de nulidad a partir de la radicación de la adición al escrito de acusación.
	+ 1. DEFENSOR DE FJMD

Adujo que haría tres solicitudes de nulidad diferentes fundamentadas de la siguiente manera:

2.1.2.1 La primera solicitud de nulidad se sustentó así:

* Al definir la competencia para conocer del proceso, la Sala Penal del TS de Pereira adujo que de conformidad con lo expuesto en el escrito de acusación se podía inferir que los hechos objeto de investigación habían afectado la administración del municipio de Dosquebradas, sobre lo cual no hay controversia. Sin embargo, en esa decisión se hizo mención a situaciones que no estaban plasmadas en el escrito de acusación ni fueron objeto de la formulación de imputación lo que contraría los hechos jurídicamente relevantes.
* De conformidad con el registro de la audiencia de formulación de imputación, se hace referencia a una organización criminal que veía actuando en la localidad de Dosquebradas desde el año 2016. Además el fiscal hizo solamente hizo mención al convenio 850 del 2018, que solo fue conocido al hacerse la adición a la acusación.

* La imputación y el escrito de acusación en su adición generan un sorprendimiento para la defensa, ya que si bien es cierto que en la audiencia preliminar se mencionó la celebración de un convenio en el año 2018, fue solo en la adición del escrito de acusación donde se aludió de manera concreta a ese convenio, de lo cual se dedujo que resultaba aplicable al caso la ley 1908 de 2018, que empezó a regir el 9 de julio de 2018.
* Desde la formulación de la imputación se ha concentrado en los 4 convenios a los que se hizo referencia en esa audiencia, pero ahora la FGN los sorprende con un acto similar del año 2018 (Convenio 850) por lo cual la FGN debió haber mencionado en la audiencia preliminar los 9 convenios, con su número y fecha para que los defensores tuvieran claridad en la comunicación de los hechos y los delitos imputados.
* No se puede señalar que la empresa criminal mencionada por el Fiscal siguiera activa para el año 2018, con base en la continuación de la ejecución del citado Convenio 850 de 2018, pues esa afirmación no cumple con lo establecido en el artículo 26 del CP, ya que la FGN tiene que establecer claramente la temporalidad de la conducta punible de concierto para delinquir, pues a la fecha la discusión se centra en establecer si existió o no un tránsito de legislación durante la ejecución de ese tipo penal, máxime si en la imputación no se dieron fechas concretas del año 2018.
* La adición de la acusación frente al delito de concierto para delinquir agravado por haberse cometido para atentar en contra de la administración pública, se encuentra plasmada en una ley posterior, lo cual no concuerda con los hechos jurídicamente relevantes expuestos en la formulación de la imputación.
* En la adición de acusación se dice que los hechos habían sido previamente puestos en conocimiento de la defensa y de los procesados en la audiencia de formulación de imputación, por haberse referido que la empresa criminal estaba conformada para afectar el patrimonio del municipio de Dosquebradas, haciendo referencia al convenio 850 del 2018, del cual solo vino a tener conocimiento cuando recibió en su correo electrónico la adición a la acusación.

* Existió una clara e indebida insinuación por parte de esta Sala al extraer del escrito de acusación situaciones que no fueron imputadas fácticamente, ya que no se precisó si el convenio aludido, fue ejecutado antes o después de la expedición de la ley 1908 de 2018.

2.1.2.2 Sobre la segunda solicitud de nulidad se hizo la siguiente argumentación:

* Una vez revisada la formulación de imputación, a su cliente se le están endilgando los delitos de concierto para delinquir, interés indebido en la celebración del contrato, contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales y peculado por apropiación, es decir que a su prohijado no se le atribuyen las conductas relacionadas con delitos contra la fe pública.
* Según el relato de la FGN existió una empresa criminal en la que se concertaron empleados públicos y particulares para apropiarse de unos recursos a través de 9 convenios, pese a lo cual sólo se imputaron 4 de ellos en la audiencia preliminar, para lo cual el ente investigador trajo a colación una jurisprudencia en la que se mencionan los requisitos del concierto para delinquir, frente a los cuales considera que no existen hechos relevantes que permitan establecer que efectivamente se está frente a esa conducta punible, pues la SP de la CSJ ha hecho una diferenciación entre la coautoría impropia y del concierto para delinquir, la cual radica en la narración que realizó el delegado de la FGN frente a los hechos jurídicamente relevantes sobre la estructura general, pero en el presente caso ese funcionario se limitó a establecer hechos aislados frente a la comisión de una conducta en cada uno de los convenios, ya que los hechos que se le atribuyen al alcalde FJMD y las aseveraciones que se hacen en su contra como cabecilla de la conducta de concierto para delinquir no configuran el delito de concierto para delinquir, sino el de interés indebido en la celebración de contratos o celebración indebida de contratos.

* Realizó argumentaciones tendientes a desvirtuar la configuración del delito de concierto para delinquir respecto al señor FJMD, con fundamento en la sentencia CSJ SP2772, radicado 51773 del 11 de julio de 2018, que no se puede derivar del hecho de que este hubiera delegado la celebración de unos contratos, por lo cual se trataba de un caso de coautoría impropia, lo que excluya la conducta descrita en el artículo 340 del CP, siguiendo lo referido en el escrito de acusación.
* Frente al delito de concierto para delinquir y el interés indebido en la celebración de contratos y el tipo de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales también aseguró que la FGN no había mencionado los hechos jurídicamente relevantes en la audiencia preliminar y en la acusación, lo que le generaba dificultades a la defensa para edificar su teoría del caso, pues no existe posibilidad de subsanar una ausencia o indebida estructuración de los hechos jurídicamente relevantes.
* Las situaciones mencionadas permiten concluir que se configura una nulidad por violación al debido proceso ante la falta de precisión de los hechos jurídicamente relevantes y la modificación de la acusación, lo que guarda relación con el principio de congruencia, como lo ha señalado la jurisprudencia de la SP de la CSJ, ya que en este caso no se expuso cuál era el contexto fáctico del delito de concierto para delinquir, lo que afecta la validez de la imputación que debe ser anulada.

2.1.2.3 Su tercera petición se basa en lo siguiente:

* En la sentencia de tutela proferida por esta Sala el 1º de marzo de 2019 con ponencia del Magistrado Manuel Yarzagaray Bandera, se dijo que las posibles violaciones a las garantías del procesado FJMD durante la audiencia de imposición de medida de aseguramiento, debían ser alegadas precisamente en la audiencia de formulación de acusación.
* La juez sexta penal municipal con funciones de control de garantías le impuso una medida de aseguramiento a su defendido con base en los EMP allegados por la FGN.
* El anterior defensor del procesado FJMD presentó una serie de evidencias que refutaban los EMP allegados por el ente investigador. Sin embargo estos no fueron tenidos en cuenta al momento del proferimiento de las decisiones de primera y de segunda instancia en sede de control de garantías, por lo cual esas funcionarias no cumplieron con sus deberes argumentativos para decidir lo concerniente a la imposición de la medida de aseguramiento a su representado.
* Así mismo en esas determinaciones se valoraron EMP que no fueron discutidos en las audiencias preliminares, situación que fue puesta en conocimiento por varios defensores en su argumentos de apelación, pero los mismos no fueron tenidos en cuenta.
* En consecuencia solicita que se declare la nulidad de la imputación ya que no se concretaron los hechos jurídicamente relevantes frente a varios de los delitos imputados a su mandante y de la audiencia donde se le impuso medida de aseguramiento a su representado por existir una “vía de hecho”, ya que no se abordaron en debida forma ni se tuvieron en cuenta los argumentos ni los EMP allegados por la defensa, y por haberse soportado esas decisiones en evidencias no discutidas.

2.2 La juez de conocimiento corrió traslado de las peticiones elevadas por los profesionales del derecho aludidos, frente a las cuales los demás sujetos procesales indicaron lo siguiente:

2.2.1 DELEGADO FGN

Solicita que se rechacen las solicitudes de nulidad formuladas, con base en lo siguiente:

* Los peticionarios no solicitaron la nulidad respecto a la decisión que determino la asignación de la competencia para conocer del presente caso, con lo cual convalidaron que el delito de concierto para delinquir había sido objeto de imputación y que fue ampliado en el escrito de acusación, por lo que la competencia sigue radicada en este despacho judicial, ya que la SP del TS de Pereira determinó mediante auto del 20 de febrero del año en curso, y antes de que la FGN realizara la adición al escrito de acusación, que de conformidad con lo establecido en el art. 35- 17 del CPP, el proceso era de competencia de los juzgados penales del circuito especializado de Pereira, con base en la modificación que trajo la ley 1908 del 9 de julio de 2018.
* El ente investigador siempre ha sido claro al establecer desde la audiencia de formulación de imputación que el concierto para delinquir se configuró a partir del año 2016 y se prolongó en el tiempo cuando estaba vigente uno de los 9 contratos celebrados por la estructura criminal de la cual formaban parte los procesados, que tenía como fin apropiarse de bienes del Estado que correspondían al municipio de Dosquebradas.
* El delito de concierto para delinquir es un delito permanente que se extiende en el tiempo, y para el momento en que se realizaron las capturas y se impusieron las medidas de aseguramiento, esa conducta punible se encontraba vigente, ya que uno de esos 9 contratos se estaba ejecutando, en cumplimiento del plan de la empresa criminal dirigida a la apropiación de los recursos del municipio de Dosquebradas.

* En la jurisprudencia pertinente se ha establecido que cuando hay tránsito de legislación en aquellos delitos de ejecución permanente, y específicamente en el caso del concierto para delinquir, independientemente de que la nueva ley sea más gravosa, esta debe ser aplicada sin que se tenga en cuenta el principio de favorabilidad.
* El núcleo fáctico de la imputación y de la acusación no ha sido modificado, ya que entre la imputación y la acusación no opera como tal el principio de congruencia, sino que el principio a aplicar entre esas dos etapas procesales es el de coherencia, el cual permite que la FGN pueda adicionar cargos e incluso hacer más gravosa la situación del procesado, desde que permanezca incólume el contexto fáctico, tal y como ha acontecido en el presente asunto.
* La FGN fue clara en establecer que existían nueve (9) contratos que se habían ejecutado durante los años 2016, 2017 y 2018, pero también determinó que de manera adicional al concierto para delinquir entre los años a 2016 a 2018, se iba a realizar la imputación frente a unos delitos autónomos cometidos respecto a 4 de esos convenios.
* El delito de concierto para delinquir si fue delimitado en el tiempo, ya que incluso a algunos de los procesados durante la audiencia de formulación de imputación se les advirtió que esa conducta iba desde el año 2016 a la fecha.
* Los peticionarios buscan reabrir un debate relacionado con la materialidad y responsabilidad de los procesados frente a algunos delitos por los cuales fueron acusados por la FGN, situación que no debe ser discutida en la presente etapa procesal, ya que corresponde el juicio oral.
* Se debe tener en cuenta el principio de trascendencia referente a la carga argumentativa que tiene la parte que eleva la solicitud de nulidad, que no fue cumplida por los peticionarios, pues en este caso no se logró acreditar cuál fue la afectación real o el yerro que se hace insubsanable en la etapa de juicio, que genere las nulidades invocadas.
* Frente a la solicitud de nulidad de la actuación desde la formulación de la imputación que pretende el abogado del señor FJMD, se debe tener en cuenta que la FGN fue absolutamente clara en los hechos jurídicamente relevantes, que se entiende fueron comprendidos por los defensores ya que no hicieron ninguna observación al respecto, por lo que considera que existió una convalidación de dicho acto.
* Sobre la valoración realizada por las jueces de primera y segunda instancia respecto a la imposición de medida de aseguramiento al señor FJMD, la SP del Tribunal de Pereira en el fallo de tutela[[1]](#footnote-1) hizo mención a que el mismo abogado de ese ciudadano reconoció en su petición de tutela, que se había hecho un análisis frente a cada uno de los EMP que allegó la defensa, lo que permitía evidenciar una acuciosa labor de esa juez, y que el hecho de que las pretensiones de la defensa no hubieran prosperado frente a la negativa de la medida cautelar que se le impuso a ese ciudadano no significa que se hubiera configurado una vía de hecho que fue descartada en el fallo de amparo, y que de manera aviesa el solicitante había acudido a la tutela para controvertir esas decisiones en un escenario distinto al procedimiento ordinario, para revivir un debate que ya había sido clausurado ante las autoridades competentes, por lo cual se estableció la inexistencia de la “vía de hecho” reclamada.
* La defensa no cumplió con su carga argumentativa para establecer que efectivamente existía las causales de nulidad invocadas.
	+ 1. DELEGADA DEL MINISTERIO PÚBLICO
* No comparte el criterio de esta Sala Penal sobre el tema de la definición de competencia, ya que esta Colegiatura no podía hacer referencia a la causal de agravación prevista en el artículo 340- 2 del CPP, ya que la imputación que hizo la FGN fue frente a 4 convenios en particular celebrados en el año 2016.
* En el acta de formulación de imputación quedó plasmado que los Convenios se habían celebrado acontecido en el año 2016, cuando 6 de los procesados en calidad de funcionarios públicos y se dijo los demás indiciados (intervinientes) suscribieron los convenios 517, 740, 803 y 874 del 2016, y con ello defraudaron el patrimonio público.
* El agravante que la SP del TS de Pereira, fue introducido con la modificación realizada por la ley 1908 de 2018, se entiende que sobre el tema de la competencia ya se pronunció esta Corporación, fuera de que el artículo 44 de la Ley 906 de 2004, dispone que los juzgados especializados tienen competencia en todo el Distrito Judicial, la juez de conocimiento puede seguir con el trámite de la investigación.
* Considera viable decretar la nulidad la actuación a partir de la ampliación de la acusación en lo relativo a la causal de agravación del artículo 340-2 del CP, ya que de conformidad con el acta de las audiencias preliminares y los registros de las mismas, los hechos atribuidos a los procesados acontecieron en el año 2016, ya que no se incluyeron contratos del año 2018 y en ese sentido no se conoce fácticamente lo relacionado con esos convenios.
* Si bien la FGN puede ampliar la acusación, se debe tener en cuenta que la situación fáctica no puede ser modificada, lo que generó un sorprendimiento para la defensa ya que los hechos deben estar delimitados con el fin de definir su estrategia defensiva.
* Por lo tanto la FGN no puede dejar de imputar esos nuevos cargos, pero los mismos no pueden ser adicionados en la acusación dentro del caso de la referencia, por tratarse de un hecho nuevo, como lo ha expuesto la SP de la CSJ.
* No comparte lo solicitado por el abogado del señor FJMD en lo que tiene que ver con lo acontecido en las audiencias preliminares, pues en el escrito de acusación se plasmaron los hechos jurídicamente relevantes por los cuales se adelanta la investigación y ello es suficiente para que la defensa trace su estrategia defensiva.

2.2.3 REPRESENTANTE DE LA ALCALDÍA DE DOSQUEBRADAS

* Repitió la argumentación de los otros intervinientes referida al presunto error de esta Sala de Decisión en lo relativo a la competencia para conocer del caso.
* Apoya la petición de nulidad, coadyuvando el argumento de que la Ley 1908 de 2018 fue expedida con posterioridad a la comisión de los delitos que se le atribuyen a los procesados, con lo que se vulnera el principio de legalidad, lo que igualmente tiene efectos frente a la definición de competencia que se hizo en este caso.

2.2.4 DEFENSORA DE MAURICIO ARBOLEDA PÉREZ Y CARLOS ELÍAS MÁRQUEZ VALENCIA

* Hizo uso de los mismos argumentos que llevaron a los requirentes a oponerse a la adición del escrito de acusación y solicitar la nulidad de ese acto, aunque eso no afecta a sus representados, ya que en las audiencias preliminares solamente se hizo referencia a los hechos acontecidos en el año 2016 y que en ningún momento se hizo alusión a los convenios del año 2018.
* Coadyuva las peticiones de la defensa con el fin de que se subsane la actuación, advirtiendo que este proceso debe ser conocido por un juzgado penal del circuito de Dosquebradas.

2.2.5 DEFENSOR DE JONATHAN OMAR BARRIENTOS PATIÑO, JULIÁN ANDRÉS VALENCIA ARIAS Y JENNIFER LONDOÑO RIVERA

* Considera que hay una variación de la calificación jurídica más no del *factum* de la imputación y la acusación, y en ese sentido tal y como lo dijo el delegado de la FGN, por ser el concierto para delinquir un delito de ejecución permanente, se presenta una situación que podría agravar la situación de los acusados. Sin embargo esa situación deberá ser debatida en el juicio.
* Considera que la competencia para conocer del proceso se debe radicar en un juez penal del circuito mas no de los juzgados especializados.

2.2.6 DEFENSOR DE LUIS FERNANDO LÓPEZ MUSTAFÁ

* Coadyuva las peticiones realizadas por sus colegas en aras de que se decrete la nulidad de la actuación.

2.3 La audiencia fue suspendida por ausencia de otros defensores que participan en el proceso y se fijó para el 7 de mayo de 2019.

2.4 El día 24 de mayo de 2019 se reanudó la audiencia de formulación de acusación. La juez de conocimiento le concedió el uso de la palabra al defensor de la señora Rita Inés Vásquez Cifuentes y al apoderado de las víctimas, quienes intervinieron así:

2.4.1 DEFENSOR DE RITA INÉS VÁSQUEZ CIFUENTES, YENY TATIANA DUQUE Y JUAN CARLOS VELÁSQUEZ (No recurrente)

* La adición que se hizo al escrito de acusación se basó en unos hechos que no fueron mencionados en la imputación, por lo cual esta Sala decidió asignar la competencia al JPC Especializado, antes de que se hiciera la adición al escrito de acusación, por lo cual se entiende que el TS de Pereira ya suponía que el delito de concierto para delinquir tenía una causal de agravación.
* Si la FGN pretende hacer esa adición, tendría que recomponer la imputación en esos términos, para que cada uno de los procesados decida si acepta o no esa modificación de la acusación.
* En este momento no interesa en este momento si la adecuación a la acusación se basaba en hechos ocurridos en los años 2016, 2017 o 2018, sino que se debe partir de lo que aconteció en la audiencia de comunicación de cargos, por lo que la causal de nulidad debe prosperar.
* Lo que se requiere es que el despacho verifique si los hechos fueron imputados o no y si la FGN desea adecuar la acusación lo procesados deben manifestar si aceptan o no la misma.
* Por lo tanto considera que la presente causa debe ser reasignada a los jueces penales con categoría de circuito ordinarios.

**3. SOBRE LAS DECISIONES OBJETO DEL RECURSO**

Al reanudar la audiencia de formulación de acusación, el 24 de mayo de 2019, la juez de conocimiento se pronunció sobre las solicitudes anteriormente mencionadas, en los siguientes términos[[2]](#footnote-2):

3.1 SOBRE LA SOLICITUD DE NULIDAD POR EL HECHO DE QUE LA FGN ADICIONÓ EL ESCRITO DE ACUSACIÓN, QUE FUE COMPLEMENTADO CON LA CIRCUNSTANCIA ESPECÍFICA DE AGRAVACIÓN PREVISTA EN EL NUMERAL 2º DEL ARTICULO 340 DEL CP:

3.1.1 La juez de conocimiento hizo las siguientes consideraciones:

* La petición de nulidad se basaba en el hecho de que la FGN había modificado el *nomen iuris* de la conducta de concierto para delinquir que se había imputado en la audiencia preliminar a los procesados JACM, FJMD, Luis Fernando López Mustafá, Rita Inés Velásquez Cifuentes y Julián Andrés Valencia Arias, al pasar de concierto para delinquir simple a concierto para delinquir agravado, con base en la modificación establecida por el artículo 5º de la ley 1908 del 9 de julio de 2018, al haberse asociado para cometer delitos contra la administración pública, por lo cual al subsumirse esa conducta en el artículo 340-2 del CP, los peticionarios consideraban que se afectaba el derecho de defensa de esos procesados, lo que obligaba a retrotraer la actuación a la fase de la audiencia preliminar, para formular una nueva imputación a esas personas, con el fin de garantizar su derecho a la defensa.

3.1.2 Luego de hacer referencia a la posición del delegado de la FGN, de la representante del Ministerio Público y del apoderado del municipio de Dosquebradas, la juez de primer grado consideró lo siguiente:

* La variación de la conducta mencionada, al incluirse la referida causal de agravación, no generaba nulidad de la actuación.
* Para el efecto hizo referencia a los requisitos que establece el artículo 288 del CPP para la formulación de imputación, indicando que en la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ se ha manifestado que ese acto de comunicación debe tener la suficiente precisión en lo relativo a sus componentes, como para que la persona vinculada al proceso reciba la información suficiente que le permita optar por una de las formas de terminación anticipada de la actuación, o en defecto someterse a un juicio plenario.
* En la sentencia C-025 de 2018, la Corte Constitucional manifestó que el contexto fáctico de la imputación no es variable, pero que se podía modificar la calificación jurídica de la conducta.
* En este caso, en la audiencia preliminar el delegado de la FGN manifestó que en el año 2016 se había formado una “empresa criminal”, en el municipio de Dosquebradas, que era liderada por el señor FJMD alcalde de esa localidad, para celebrar contratos y convenios con entidades que no tenían experiencia para suscribir ese tipo de convenciones, lo que se hizo entre los años 2016-2018, con el propósito de afectar el patrimonio de ese ente territorial.
* Al singularizar la imputación, entre otras conductas punibles, la FGN: i) le imputó a FJMD, el delito de concierto para delinquir, por dirigir esa organización delictiva; ii) A Luis Fernando López Mustafá se le comunicó la misma conducta por participar en esa empresa delictiva desde el año desde el 2016 hasta la fecha[[3]](#footnote-3); y iii) a Rita Inés Velásquez Cifuentes se le atribuyó hacer facilitado entidades sin ánimo de lucro, que estaban a nombre de ella y de sus familiares, para que fueran usadas con el fin de facilitar la apropiación de recursos de ese ente territorial desde el año 2016 hasta la fecha de las audiencias preliminares.
* En esas audiencias el fiscal expuso que la conducta de los acusados se adecuaba al tipo de concierto para delinquir, según lo expuesto en la sentencia CSJ SP del 21 de febrero de 2018, precisando que ese acuerdo delictivo se había mantenido entre 2016 y 2018.
* Con base en los hechos jurídicamente relevantes de la imputación, se deduce que esa empresa criminal fue creada para defraudar a la administración pública de Dosquebradas y que se mantuvo vigente desde el año 2016 y hasta la captura de los implicados e incluso uno de los convenios celebrados subsistía para la fecha de las audiencias de imputación que es posterior a la entrada en vigencia de la ley 1908 del 9 de julio de 2018, lo que permitía subsumir esa conducta en el inciso 2º del artículo 340 del CP, con base en la modificación establecida por esa Ley, y que al tratarse de una conducta permanente, se debía aplicar esa última normatividad, fuera de que se procedía por un delito que ha sido definido como de mera conducta según los precedentes CSJ SP del 22 julio 2009 radicado 27854, C-241/97 y la doctrina pertinente sobre el tema.

3.1.3 En lo que atañe a la nulidad solicitada, por haberse confundido un evento de coautoría impropia con la conducta descrita en el artículo 340 del CP, la *A quo* consideró que ese hecho no generaba ninguna causal que invalidara el proceso.

3.1.4 También consideró que resultaba improcedente la petición de decretar la nulidad en virtud de la actuación cumplida en las audiencias preliminares, en lo relativo a las medidas de aseguramiento impuestas a los procesados, mediante decisión que fue confirmada en segunda instancia, porque ya ésta Colegiatura se había pronunciado en un fallo de tutela, con base en un amparo promovido en favor del señor FJMD, indicando que esa medida cautelar fue adoptada por los jueces competentes y con el lleno de los requisitos legales.

3.1.5 Finalmente expuso que la variación de la conducta de concierto para delinquir simple a concierto para delinquir en modalidad agravada, no generaba nulidad de la actuación, por tratarse de un delito de competencia de los jueces especializados, lo cual ya había sido dirimido por la SP del TS de Pereira al resolver un conflicto de competencia que se había propuesto.

**4. SOBRE LOS RECURSOS PROPUESTOS**

4.1 DEFENSORA DE JACM (Recurrente)

* Solicita que en segunda instancia se decrete la nulidad de la actuación con base en el artículo 457 del CPP, por violación de las garantías fundamentales como el debido proceso y derecho de defensa de su representado, porque el delegado de la FGN adicionó al escrito de acusación, la circunstancia de agravación contenida en el numeral segundo del artículo 340 CP (concierto para delinquir), delito que fue objeto de imputación a su representado en la audiencia preliminar adelantada el 6 de septiembre de 2018, sin la agravante mencionada.
* Ese agregado a la acusación se sustentó en el artículo 5º ley 1908 de 2018 que adiciona los delitos cometidos contra la administración pública, como agravante del artículo 340 del CP, para lo cual el Fiscal se basó en el convenio 850 de 2018 presuntamente tramitado por algunos procesados, entre ellos JACM.
* En la audiencia de formulación de imputación la FGN mencionó como hechos jurídicamente relevantes, concretos e individuales atribuidos a su mandante, la celebración de dos convenios identificados con los números 740 y 874 de 2016, comunicándose su celebración, las personas que participaron, su objeto, cuantía y demás características, pero no se le dio a conocer ni se formularon cargos a su mandante por otros convenios. Así las cosas los hechos jurídicamente relevantes que corresponden al supuesto fáctico en las respectivas normas penales son los dos convenios referidos, que guardan relación con los hechos puntuales atribuidos a su defendido, por lo cual el representante del ente acusador no podía referirse al contexto fático genérico que anunció al inicio de la imputación en torno al artículo 340 del CP, porque de ser así, se debió imputar el agravante de esa norma desde ese mismo momento en razón de la vigencia del citado convenio 850 de 2018.
* En consecuencia, lo que pretende la FGN es desnaturalizar el núcleo del *factum* de la acusación, lo cual vulnera garantías fundamentales como el debido proceso y el derecho de defensa, lo mismo que los principios de legalidad, congruencia y contradicción porque al no conocerse el convenio que no fue imputado a su mandante el 6 de septiembre de 2018, su defensa no puede trazar una estrategia respecto de este delito, para lo cual citó un precedente de la SP de la CSJ del 5 de octubre de 2016 sobre el principio de coherencia en la audiencia de imputación.
* Al pretender incorporar un convenio del año 2018 se busca agregar un agravante al punible de concierto para delinquir que fue adicionado por una ley que no estaba vigente al momento de los hechos jurídicamente relevantes concretos y no generales imputados a su defendido, que datan del año 2016.
* Por lo tanto se debe decretar la nulidad de ese acto procesal y como consecuencia de ello se debe redefinir la competencia para conocer del caso, que ya no estaría radicada en los juzgados penales del circuito especializados.
* Si bien es cierto la SP del TS de Pereira ya definió la competencia para conocer del proceso asignando su conocimiento a un juez penal del circuito especializado, con base en los mismos argumentos basados en los hechos jurídicamente relevantes generales presentados por la FGN, en ese mismo proveído se habló de los convenios No. 517, 740, 803 y 874 suscritos en el años 2016, por lo cual no se podía adicionar esa causal de agravación del artículo 340 del CP, con base en la narrativa genérica del delegado de la FGN, ya que la imputación debe ser clara, concreta e individual, sobre lo cual citó CSJ SP radicado 52507 del 2018 de la SP de la CSJ, por lo cual considera que esa causal de agravación del delito descrito en el artículo 340 del CP, por ser conocida por la FGN se debió haber formulado desde la audiencia preliminar.

4.2 DEFENSOR DE FJMD (Recurrente)

* El delito de concierto para delinquir es de ejecución permanente y se materializa a partir del acuerdo de voluntades para conformar una empresa criminal y desde la misma imputación se puede observar que en este caso los acuerdos de voluntades iban y venían, según se extrae de la misma imputación, entonces no tiene sentido hablar de unidad de materia cuando a unos procesados se les imputan unos convenios y a otros no.
* Se habla de una empresa criminal, en la cual varias personas (*intraneus y extraneus)* se concertaron para defraudar al Estado. Sin embargo se “rompe” el tema de la temporalidad porque en términos generales la FGN menciona convenios de los años 2017 y 2018.
* La ley 1908 de 2018 año data de mediados de año y la FGN no entregó ninguna información sobre esos convenios, y ni siquiera se sabe si estaban vigentes algunos o alguno de ellos, o si el convenio 850 se estaba ejecutando para el 9 de julio de 2018.

* El *factum* debe estar “aterrizado” en lo relativo al contexto de la acusación, y no se pueden hacer alusiones genéricas que afectan el derecho a la contradicción.
* El convenio 850 de 2018 no fue objeto de imputación ni se saben las características del mismo para conocer si para la fecha del mismo todavía estaba vigente la empresa criminal, cuando entró a regir la ley 1908 de 2018, por lo cual no se debió permitir que la FGN adicionara la circunstancia de agravación para el articulo 340 del CP, por considerar que los actos de concertación estaban vigentes para la fecha de la audiencia preliminar, lo cual fue un error que fue puesto de presente por parte del delegado del Ministerio Público.
* No se puede confundir un evento de coautoría impropia frente a las demás conductas objeto de acusación, con el tipo del artículo 340 del CP, pese a son muy similares, salvo que en el delito citado se forma una empresa criminal para cometer conductas punibles y en el otro se unen un día para cometer un delito y en otra ocasión se reúnen de nuevo para cometer otro delito, y continúan así.
* Frente a la nulidad planteada en razón de la imposición de la medida de aseguramiento de surepresentado, *se* acoge a la *ratio decidendi* de las sentencias de primera y segunda instancia dictadas en sede de tutela, por cuanto en ambas se habla del principio de residualidad, por lo cual le correspondía plantearlas al interior del presente proceso, y así lo hizo así para que la *A quo* analizara la posible vulneración de derechos fundamentales en la etapa de acusación, lo que motivó que las invocara en esa audiencia. Sin embargo, al no haberse abordado el fondo del asunto en cuanto al análisis de las decisiones de primera y segunda instancia en el ejercicio de la función de control de garantías, sin tener en cuenta argumentos ni haberse pronunciado sobre ellos, además de haberse tenido en cuenta otras razones no discutidas en las audiencias, para imponer la medida de aseguramiento, se genera una nulidad de la decisión que se está atacando. Lo anterior basado en la sentencia de tutela en la que se definió que la discusión se debía presentar dentro del presente proceso y no acudiendo a la acción de amparo.
* En conclusión: i) existió un sorprendimiento para la defensa al adicionarse la acusación con hechos que no fueron referidos al formularse la imputación, lo que vulnera los derechos a la defensa y al debido proceso. Sin embargo no es necesario retrotraer la actuación a la imputación, pero es necesario que no se permita la adición del agravante del artículo 340-2 del CP, cuya consecuencia debe ser la pérdida de competencia del despacho que tramita actualmente el caso; y ii) igualmente se debe abordar la petición concretamente frente a la medida de aseguramiento por no haberse discutido en esos escenarios los argumentos de los defensores y haber tenido en cuenta en esas decisiones unas pruebas que no fueron previamente discutidas.
* En consecuencia solicita de manera concreta que se decreten las nulidades y solicitadas y que en caso de que no se acepte la adición del escrito de acusación se redefina la competencia para conocer del proceso.

4.3 DELEGADO FN (No recurrente)

* La *A quo* estableció como problema jurídico lo acontecido con las nulidades invocadas. El asunto a decidir es si la adición que hizo la FGN vulnera los derechos a la defensa y contradicción de los acusados FJMD y JACM.
* Se verificó lo sucedido en la audiencia de formulación de imputación donde se dijo desde su inicio en el contexto general de los hechos, que existía una empresa criminal formada en Dosquebradas desde el año 2016 hasta la fecha de la imputación (6 septiembre de 2018), para cometer las conductas sobre las que versó la acusación. Igualmente se expuso en ese acto que el delito de concierto para delinquir se presentó entre los años 2016 y 2018, y que en ese interregno los investigados se concertaron para para cometer diferentes conductas punibles, como la celebración de 9 convenios-contratos, con entidades representadas por particulares que han sido acusados en la misma investigación, cuyo fin era apropiarse de recursos del Estado.
* En consecuencia desde el principio se señaló que el concierto para delinquir atribuido a los procesados era para cometer delitos contra la administración pública (contrato sin cumplimiento de requisitos legales, peculado etc), cuyo fin ulterior era apropiarse de recursos del Estado por lo cual no existió ningún sorprendimiento a la defensa, ya que el núcleo fáctico de la de la imputación fue claro y transparente frente a la conducta establecida en el artículo 340 del CP.
* La FGN no solo señaló esa situación de manera genética en la audiencia de formulación de imputación, sino que también lo hizo la juez de conocimiento al señalar cómo se hizo la imputación para cada uno de los procesados y los dos recurrentes, frente a los cuales se adicionó el agravante del artículo 340- 2 del CP, quedando claro que los hechos se delimitaron entre los años 2016 y 2018, que estaban relacionados con la celebración de 9 contratos, y que en el 2018 se suscribió un convenio que estaba vigente al momento de la captura y de la imputación de cargos de los procesados, por lo cual se trataba de una situación que era ampliamente conocida por la defensa.
* Como el punible de concierto para delinquir es una conducta de ejecución permanente que se prolonga en el tiempo y la ley 1908 de 2018 entró en vigencia el 9 de julio de ese año, resultaba procedente imputar en la audiencia preliminar y la adición del escrito de acusación el *actus reus* del artículo 340 del CP en modalidad agravada, ya que la jurisprudencia de la SP de la CSJ ha definido esa conducta de esa manera, por lo cual al presentarse un tránsito de normas se debe aplicar la que rige actualmente aunque sea más gravosa, lo que permitía adicionar el agravante previsto en la ley 1908 de 2018 en razón al tiempo en que se ejecutó esa conducta punible, que es un tipo autónomo y de mera conducta, que se configura de manera independiente a que se ejecuten los delitos derivados de la concertación que igualmente son independientes, y por ello en la sentencia CSJ SP del 11 de diciembre de 2018, radicado 52311 se señala que la FGN tiene la obligación de la FGN imputar esos delitos concursantes.
* Respecto de la solicitud de nulidad de la decisión de imponer medida de aseguramiento al procesado FJMD, considera que ya existe un pronunciamiento de la SP del TS de Pereira en sede de tutela, donde se estableció que los jueces que hicieron la función de control de garantías, en primera y segunda instancia obraron conforme a derecho sin que se presentara una vulneración de garantías de los incriminados.
* Igualmente esa misma Colegiatura ya definió lo concerniente a la competencia del juzgado penal del especializado, con base en lo dispuesto en el artículo 35- 7 del CPP y no concurren en el presente caso otros factores de nulidad por incompetencia del juez, así: i) en razón del fuero; y ii) porque el juez que conoce es de menor jerarquía del que debía tramitar el proceso, ninguno de los cuales se adecua al presente caso.

4.4 REPRESENTANTE DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA O DE DOSQUEBRADAS (No recurrente)

* Coadyuvó los argumentos del delegado fiscal, pedir la confirmación de lo decidido en primera instancia.

4.5 APODERADO DEL MUNICIPIO DE DOSQUEBRADAS (No recurrente)

* Coadyuva la solicitud de los recurrentes, para lo cual adujo que al mencionar los hechos jurídicamente relevantes, el delegado de la FGN hizo la imputación sobre los contratos 517-740-803-874 de 2016, sin incluir el convenio 850 de 2018, pese a lo cual concluyó que la empresa criminal estaba vigente mientras se ejecutaba ese último contrato.
* Cuando se analiza el radicado se observa que la SP del TS de Pereira al definir la competencia manifestó que la imputación correspondía a los contratos del año 2016.
* Al haberse adicionado el convenio 850 de 2018 se afectó el núcleo fáctico de la imputación y se sorprendió a las partes, ya que no era suficiente la alusión del delegado del ente acusador al contexto general de las conductas investigadas, en lo relativo al margen temporal del delito hasta el momento de la captura y audiencia de imputación, porque los hechos jurídicamente relevantes no deben ser genéricos, sino concretos para que cada procesado sepa por cuál o cuáles delitos debe defenderse y sobre ese convenio 850 de 2018 no se dieron datos ni detalles y ni siquiera se conoce la participación de algunos de los procesados en el mismo, lo que generó una afectación de las garantías fundamentales por vulneración del derecho de defensa, lo que igualmente obliga a examinar la decisión de la SP del TS de Pereira en el tema de la competencia.

4.6 DELEGADO DEL MINISTERIO PUBLICO (No recurrente)

* Es claro que frente al escrito de acusación y la adición del mismo no procede una declaratoria de nulidad o la anulación del mismo por cuanto el control del juez es solo formal. Solo cuando se vislumbra la vulneración de derechos y garantías fundamentales resulta necesario emitir un pronunciamiento.
* La FGN afectó el derecho de defensa al adicionar la acusación, ya que si bien es cierto el delito de concierto para delinquir es autónomo y de mera conducta, pero no se puede olvidar que se imputaron otras conductas como las contrato sin cumplimiento de requisitos legales, peculado por apropiación, falsedad y uso de documento falso, los cuales se acompañaron del tipo descrito en el artículo 340 del CP.
* Cuando se adicionó la circunstancia de prevista con el numeral 2º del artículo 340 del CP, para cinco de los procesados, el Fiscal manifestó que se había anunciado la apropiación indebida de recursos del municipio de Dosquebradas con ocasión al rol desempeñado por varios de los procesados con base en la suscripción del convenio 850 de 2018 que se estaba ejecutando con la entrada en vigencia de la ley 1908 de 2018. En ese sentido, en la parte fáctica también se adicionan el peculado por apropiación y el contrato sin cumplimiento de los requisitos legales. Sin embargo en ese agregado no se mencionó fácticamente el objeto contractual de ese convenio, su tiempo, partes contratantes entre otras circunstancias y que irregularidades se presentaron en el decurso del mismo.
* Si bien se pueden prolongar en el tiempo las conductas hasta el año 2018 por estarse ejecutando, en virtud del convenio mencionado, se podría decir que al contexto fáctico de la acusación se le adicionaron otras conductas punibles.
* Existió un sorprendimiento para la defensa porque no puede preparar su rol o estrategia frente a los hechos adicionados, lo que vulnera derechos y garantías fundamentales, ya que el agregado del escrito de acusación fue factico y jurídico en lo concerniente a ese convenio.
* En la primera decisión no se analizó el tema de la competencia, que debe ser sometido a nuevo análisis por la SP del TS de Pereira, aunque conserva su postura acerca de la prórroga de competencia del Juzgado Penal del Circuito Especializado, para conocer del proceso.

4.7 DEFENSOR DE RITA INÉS VELÁSQUEZ OTROS (No recurrente)

* La sentencia de la Corte Constitucional que citó la *A quo* hace referencia a que se puede adicionar el escrito de acusación, pero ello no quiere decir que no se puedan vulnerar garantías y derechos fundamentales. El cargo analizado por ese órgano de cierre en ese pronunciamiento no tuvo en cuenta las circunstancias en que se puede hacer ese agregado a la acusación.
* La FGN puede hacer modificaciones a la acusación si encuentra nuevos EMP o nueva información, pero ello implica adicionar la imputación, para respetar los derechos y garantías fundamentales. En concreto se debe tener en cuenta si la FGN habló de proyectar temporalmente los hechos de 2016 a 2018 frente al delito del artículo 340 del CP.
* La juez de primer grado considera que el delegado de la FGN si lo hizo y citó los records 21.00, 27:26 y 41:41 de la audiencia preliminar. Sin embargo de ello no se habló sino en tres oportunidades tangencialmente, por lo cual desde el punto de vista fáctico debió haberse abordado el tema con mayor claridad. Entonces la intención no era esa, al punto que la dosimetría que se refirió fue la del tipo de concierto para delinquir simple.
* Si a una persona le imputan la comisión de un delito, al variar la imputación puede optar por aceptar o no los cargos y al hacerse esa modificación en la audiencia de formulación de acusación, se le quitan las posibilidades de acceder a rebajas por esa causa, lo que no advirtió la juez de primera instancia, por lo cual debe prosperar la “nulidad de la adición a la imputación”.
* El tema de la competencia para conocer del proceso no ha sido superado porque esta Colegiatura lo resolvió sin conocer la opinión de los defensores, ya que lo que decidió la corporación fue un conflicto de competencia territorial entre los juzgados de Dosquebradas y de Pereira y en esa providencia no tuvo en cuenta que los hechos que generaron la imputación ocurrieron en el año 2016 y no en el 2018, por lo cual se debe reexaminar ese tema, teniendo en cuenta que la ley 1908 de 2018 no estaba vigente para los tiempos que señalaron en la imputación.

4.8 DEFENSOR DE (No recurrente) (Inaudible)

* La FGN tuvo tiempo suficiente para investigar la fecha de los convenios y de los contratos, por lo cual se sorprendió a la defensa con la adición de la acusación, ya que el ente acusador ya tenía esa información, por ello la imputación debió ser puntual frente a cada procesado y cada contrato o convenio, para no agravar la situación de los procesados.

4.9 DEFENSORA DE CARLOS E. MÁRQUEZ Y MAURICIO ARBOLEDA. (No recurrente)

* Comparte la solicitud en lo que respecta a la solicitud de declarar la nulidad de la adición mencionada, porque se afecta el derecho de defensa frente a los procesados a los cuales se les hizo ese agregado de la acusación, ya que los convenios no fueron citados expresamente en relación con el tipo de concierto para delinquir para el año 2018, lo que afectó no solo el derecho a la contradicción de la prueba, sino la posibilidad de devolver o reintegrar dineros en la hipótesis de un preacuerdo con la FGN ya que no sabe cuál fue el valor del citado convenio 850.
* El sorprendimiento a la defensa también tiene que ver con la falta de información detallada sobre el convenio en mención, que hizo parte de los hechos jurídicamente relevantes mencionados en la audiencia preliminar, cuyos intervinientes, objeto y otras circunstancias no se conocen, con base en el cual se adicionó luego el agravante para el delito de concierto para delinquir.
* En este caso la competencia para tramitar el proceso no ha sido dirimida, lo cual se debe decidir nuevamente ese tema, con fundamento en los elementos aportados.

**5. CONSIDERACIONES LEGALES**

5.1 En atención a la argumentación de los recurrentes, la Sala se ocupara de dar solución a los problemas jurídicos propuestos, con la salvedad de que el tema relativo a la posible existencia de una coautoría impropia frente a algunos de los delitos enunciados en la acusación que excluiría el cargo por el tipo de concierto para delinquir que propuso el defensor del señor FJMD no fue aceptado por la juez de conocimiento (ver apartado 3.3 de esta decisión) sobre lo cual el mismo apoderado no expresó su inconformidad al sustentar su recurso, lo que le impide a la Sala pronunciarse sobre ese tema como consecuencia del principio de limitación de la segunda instancia.

5.5 PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: SOBRE LA SOLICITUD PARA QUE SE DECRETE LA NULIDAD DE LA ACTUACIÓN POR HABER ADICIONADO LA FGN EL ESCRITO DE ACUSACIÓN, INCLUYENDO LA CAUSAL DE AGRAVACIÓN PARA EL DELITO DE CONCIERTO PARA DELINQUIR PREVISTA EN EL NUMERAL 2º DEL ARTÍCULO 340 DEL CP, POR EL HECHO DE QUE ESTA CONDUCTA ESTABA DESTINADA A COMETER DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA O QUE AFECTEN EL PATRIMONIO DE ESTADO, SEGÚN LA REFORMA INTRODUCIDA POR EL ARTICULO 5º DE LA LEY 1908 DEL 9 DE JULIO DE 2008.

5.2.1 Sobre este tema hay que manifestar que el escuchar los registros de las audiencias preliminares adelantadas en este proceso, concretamente la que se cumplió el día 6 de septiembre de 2018[[4]](#footnote-4), se advierte que el delegado de la FGN al hacer referencia al contexto fáctico de la imputación manifestó lo siguiente en apartes de su intervención: i) que en lo relativo los hechos jurídicamente relevantes, el contexto general del caso era que a partir del año 2016 y dentro de la administración del municipio de Dosquebradas, presidida por el alcalde FJMD, las personas a las cuales se vinculaba al proceso (particulares y servidores públicos), se habían concertado para cometer diversos delitos contra la administración pública, para lo cual formaron una empresa criminal que a través de convenios de asociación por contratación directa que no cumplían con los requisitos legales y fueron celebrados con fundaciones sin ánimo de lucro que no tenían la idoneidad, calificación o experiencia para cumplir el objeto contractual y usando documentos falsos, llevaron a afectar el patrimonio del municipio de Dosquebradas; ii) en el año 2016 se suscribieron 5 contratos entre el municipio de Dosquebradas y esas empresas y fundaciones; en 2017 se firmaron 3 convenios y en el año 2018 un convenio que estaba vigente para la fecha de la imputación (6 de septiembre de 2018), para un valor de $ 3.755 millones; iii) el delegado de la FGN dijo que iba a formular imputación por cuatro convenios celebrados en el año 2016, sobre los cuales se contaba con los análisis contables que permitían establecer un detrimento patrimonial por la suma de $1.039.959.664, al tiempo que se estaban haciendo las investigaciones para establecer el monto de la defraudación frente a los demás contratos; iv) de estos convenios se deducía además la existencia de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, e interés indebido en la celebración de contratos estatales.

5.2.2 En el caso específico de las dos personas cuyos apoderados obran como recurrentes en esta actuación se tiene lo siguiente: i) en la misma audiencia el Fiscal le imputó al señor FJMD el concurso de delitos mencionado en esa audiencia, incluyendo el delito de concierto para delinquir en su tipo básico con la causal de agravación que prevé el inciso 3º del artículo 340 del CP, que es el llamado “concierto para jefes”, por dirigir la organización delictiva que afectó los caudales del municipio de Dosquebradas desde el año 2016 hasta la fecha de la audiencia de formulación de imputación donde se le presentaron los cargos, o sea hasta el 6 de septiembre de 2018[[5]](#footnote-5); ii) al señor JACM, igualmente se le presentaron los cargos deducidos en el escrito de acusación y se incluyó el delito descrito en el artículo 340 del CP en modalidad agravada, según la narrativa de la imputación sobre el objeto de la asociación delictiva.[[6]](#footnote-6)

5.3 Como se advierte, cuando el delegado de la FGN hizo la presentación de los hechos jurídicamente relevantes en la audiencia preliminar, se refirió a actos realizados entre los años 2016 y 2018 y enfatizó que uno de los convenios que se realizaron entre la administración de Dosquebradas y terceros que representaban a personas jurídicas aún estaba vigente para el 6 de septiembre de 2018, es decir para una fecha posterior al 9 de julio de 2018, cuando entró a regir la ley 1908 del 29 de julio de ese año que adicionó el inciso 2º del artículo 340 del CP, en el sentido de agravar la conducta de concierto para delinquir, cuando tiene como objeto la comisión de: *“delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio del Estado”,* lo que da a entender que en el caso de ambos procesados ese hecho fue conocido por sus defensores, ya que el Fiscal dijo que esos comportamientos fueron llevados a cabo por los integrantes de lo que llamó una “empresa criminal”, que se formó para afectar el patrimonio del municipio de Dosquebradas, mediante actos que se efectuaron entre los años 2016 a 2018 y que incluso uno de esos convenios que se entiende es el número 850 de 2018, se continuaba ejecutando para la fecha de la audiencia preliminar, que se celebró con posteridad a la entrada en vigencia de la Ley 1908 de 2008.

5.4 En consecuencia queda claro que los procesados FJMD y JACM y sus apoderados, conocieron el *factum* de la imputación en la audiencia preliminar en el sentido antes mencionado, lo cual fue complementado por la FGN en la narrativa del escrito de acusación, donde se expuso lo siguiente:

*“3.1. FÁCTICO*

*La presente investigación inicio en la Dirección Nacional de Fiscalías Especializada contra la Corrupción, con ocasión a la denuncia anónima mediante la cual se puso en conocimiento presuntas irregularidades que se venían presentando en la contratación del municipio de Dosquebradas desde el año 2016, señalándose de forma directa al Alcalde FJMD y a otros servidores del gabinete municipal, así como particulares que intervinieron en varios contratos y convenios.*

*En efecto, los elementos materiales probatorios recopilados por parte de los miembros de la policía judicial, nos permiten afirmar con probabilidad de verdad los siguientes hechos jurídicamente relevantes:*

*Que desde el año 2016 en el municipio de Dosquebradas presuntamente se habría conformado una empresa criminal entre servidores públicos y particulares, al parecer dirigida por el Alcalde FJMD, de la cual habrían hecho parte Jonathan Omar Barrientos Patiño en su calidad de secretario de Planeación, JACM en su calidad de Secretario de Desarrollo Agropecuario y Gestión ambiental, Jhon Fredy Aguirre Giraldo en su calidad de secretario de Gobierno, Mauricio Arboleda Pérez en su calidad de Profesional de la secretaria de Planeación, Luis Fernando López Mustafá en su calidad de Director Operativo de Gestión Ambiental, Carlos Elias Márquez Valencia en su calidad de Director Operativo de Gobierno, quienes se habrían concertado con los esposos Jeniffer Londoño Rivera y Julián Andrés Valencia Arias, este último amigo del Burgomaestre, presumiblemente para favorecerlos, quienes actuando como administradores de la Cooperativa Multiactiva de Recicladores del Eje Cafetero y Norte del Valle - Corecv, Fundación Visión y Asociación de Gestión y Cooperación para el Desarrollo, representadas por los hermanos Rita Inés y Juan Carlos Velásquez Cifuentes y Yeny Tatiana Castro Duque, habrían realizado múltiples conductas ilícitas en contra de la administración, fe y la seguridad pública, con el propósito de lograr apropiarse indebidamente de los dineros del municipio de Dosquebradas*...”[[7]](#footnote-7) (Subrayas fuera de texto)

5.5 En ese sentido la Sala considera la narrativa de la acusación resulta congruente con los hechos jurídicamente relevantes que se expusieron en la audiencia preliminar en lo relativo al *contra jus* de concierto para delinquir en el caso del alcalde FJMD, sobre el cual se dijo en el escrito de acusación textualmente: “*Igualmente se formula cargo por el delito de concierto para delinquir agravado en calidad de autor, consagrado en el artículo 340, inciso 3 del CP...” (*fl. 15)*,* y se expuso más adelante que el acuerdo delictivo se realizó con el concurso de *“funcionarios de la administración municipal y de particulares, representantes legales de entidades sin ánimo de lucro y el administrador de estas, para apropiarse de recursos del municipio de Dosquebradas”[[8]](#footnote-8)* y que en el caso el señor JACM, Secretario de Desarrollo Agropecuario y Gestión Ambiental de esa localidad, se le formuló el cargo inicialmente por el tipo básico del artículo 340 del CP[[9]](#footnote-9), que sin embargo se entiende que estaba relacionado con la comisión de conductas dirigidas a afectar la administración o los bienes públicos, según el contexto fáctico del escrito de acusación.

5.6 Igualmente debe decirse que para una mayor precisión de la acusación la FGN adicionó la acusación contra el señor FJMD y el señor JACM incluyendo la circunstancia de agravación prevista en el numeral 2º del artículo 340 -2 del C.P., para lo cual se explicó que de los hechos jurídicamente relevantes mencionados en la audiencia preliminar se deducía claramente que la concertación entre los autores e intervinientes en las conductas investigadas, estaba dirigida a apropiarse de manera indebida de recursos del municipio de Dosquebradas[[10]](#footnote-10)

5.7 En tal virtud y por tratarse de una circunstancia ampliamente conocida por los procesados y sus abogados en lo relativo a los fines de lo que el fiscal denominó repetidamente en la audiencia preliminar como una “empresa criminal” que fue conformada para apropiarse de los recursos del municipio de Dosquebradas, no se advierte cual fue el menoscabo que sufrió el derecho de defensa de los incriminados, ya que el escrito de acusación, con su adición cumple los requisitos del inciso 2º del artículo 337 del CPP, en lo que respecta a la conducta descrita en el artículo 340-2 del CP, con las diferentes modalidades previstas en esa norma, frente a lo cual se cita el precedente CSJ SP del 16 de abril de 2015, radicado 44866, donde se dijo lo siguiente:

“*... No es apenas por mero formalismo inane, entonces, que el artículo 337 de la ley 906 de 2004, demanda en su numeral segundo, que el escrito contenga “Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible”, en tanto, es en este apartado que se contienen los cargos -fundamento jurídico y fáctico de la acusación-, de los cuales debe defenderse en juicio el procesado.*

*Cuando se habla de cargos en la acusación, debería entenderse por la Fiscalía, que se trata de condensar en unos hechos y consecuente denominación jurídica, la teoría del caso que emergió probable después de adelantar la correspondiente investigación.*

*Ello implica necesario que el Fiscal del caso asuma como propio su particular entendimiento de lo ocurrido y la connotación penal que apareja, para lo cual, sobraría anotar, es preciso, indispensable e ineludible, que en sus términos resuma en el escrito la decantación de la investigación, sin remisión a pruebas, ni mucho menos, transcripción del contenido de las mismas –entre otros motivos, porque el descubrimiento probatorio opera para las partes y no respecto del juez quien, por ocasión del principio de imparcialidad, no debe conocer el sustrato probatorio de lo afirmado por el Fiscal-.*

*Del apartado fáctico del escrito de acusación, entonces, se espera que exprese en lenguaje sencillo, pero claro y suficiente, qué fue lo sucedido, dónde y cuándo ocurrió, cómo se presentó el hecho y, si se posee la información, por qué se materializó este.*

*De ninguna manera es posible entender adecuadamente surtida una acusación que no corresponde al particular entendimiento del Fiscal de lo sucedido, sino a la transcripción de piezas probatorias, en ocasiones inconexas o contradictorias, porque allí no existe una determinación precisa y expresa de las circunstancias con connotación jurídica que estima el fiscal configuran el cargo o cargos dignos de dar a conocer al acusado para convocarlo a juicio.*

*Cuando el escrito de acusación no detalla de manera clara y precisa, sin lugar a equívocos o confusiones, cuáles específicamente son los hechos, junto con su determinación típica completa, que el fiscal entiende configuran los cargos por los que debe defenderse el acusado, es necesario que las partes –o el mismo fiscal, cuando advierta el yerro- acudan al espacio procesal ofrecido en la audiencia de formulación de acusación en aras de aclarar, adicionar o corregir lo allí plasmado.*

*Pero, si las partes no obran así, corresponde al juez, por consecuencia del control formal que habilita la ley realice de la acusación -como quiera que el numeral segundo del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, consagra perentorio para el escrito de acusación la relación clara y sucinta de los hechos-, exigir del fiscal la necesaria aclaración, corrección o complementación que habilite cumplir con lo reclamado en la norma.*

*Huelga anotar que ello ninguna implicación formal o material tiene en el principio de imparcialidad, en tanto, no se trata de que el juez admita o controvierta determinada auscultación de los hechos o de su denominación jurídica, sino de que busque resguardar la esencia procesal y sustancial de la acusación, a través de la definición de cuáles son los cargos precisos por los que se llama a juico al procesado.* (Subraya fuera de texto)

5.8 En consecuencia lo que le queda claro a la Sala, es que los peticionarios trataron de haber incurrir en una confusión a la juez de conocimiento, para lo cual mezclaron dos temas distintos, ya que el delegado de la FGN fue explícito al manifestar que la concertación criminal implicó la comisión de diversas conductas punibles a través de convenios o contratos celebrados con personas jurídicas sin capacidad o experiencia frente al objeto contractual, pero siempre se refirió a esos actos que implicaron la comisión de otros delitos como peculado por apropiación, conductas contra la fe pública, celebración de contratos sin requisitos legales e interés ilícito en los mismos, indicando que tuvieron como común denominador el propósito de afectar el patrimonio del municipio de Dosquebradas.

5.9 En ese contexto queda claro que de acuerdo a la posición del acusador plasmada inicialmente en la narrativa del escrito de acusación y en su adición posterior, se demarcaron los fines de la asociación delictiva cuya existencia dio lugar a que se formulara imputación por la violación del artículo 340 del CP, con la agravante prevista en el numeral 2º de esa norma, que se desprende claramente del contexto factico de la acusación, ya que se habló de una concertación para defraudar el patrimonio público del municipio de Dosquebradas, tal y como lo consideró esta Sala, con base en el *factum* de la acusación, al definir la competencia para conocer del proceso.[[11]](#footnote-11)

5.10 En ese sentido hay que agregar que en atención a los hechos jurídicamente relevantes mencionados en la audiencia preliminar, en el escrito de acusación y en su adición, por ser el delito de concierto para delinquir un tipo de conducta permanente, se entiende que la asociación delictiva de la cual formaban parte los procesados estuvo activa hasta la fecha en que se produjo la captura de los acusados, o en su defecto hasta aquella oportunidad en que se formuló la imputación es decir el 6 de septiembre de 2018, frente a lo cual cabe recordar que el artículo 84 del CP, dispone lo siguiente en su segundo inciso al referirse al inicio del término de prescripción de la acción penal: *“En las conductas punibles de ejecución permanente o en las que solo alcancen el grado de tentativa, el término comenzará a correr desde el último acto.”.*

5.10.1 En ese sentido se cita el precedente CSJ SP del 20 de junio de 2005 radicado 19915, donde se habló de la teoría del “último acto” en las conductas de ejecución permanente y se dijo lo siguiente:

*2. Respecto del delito de rebelión, en general, ha sido tesis reiterada de la Corte que como se trata de una conducta punible de ejecución permanente, el término de prescripción se contabiliza desde la perpetración del último acto, es decir, “desde que se deja de cometer”, de lo que ha concluido que, como se dijo en la sentencia del 18 de noviembre del 2004, radicado 20.005.*

*2o) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006). Proceso # 22813. M.P. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.*

*Desde hace varios años, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que el delito de inasistencia alimentaria es de ejecución permanente, esto es, que comienza a ejecutarse cuando el compelido por la ley a prestar alimentos deja de cumplir con sus deberes, conducta que se prolonga durante todo el tiempo en que se sustraiga a esa obligación. Como consecuencia de ello, para todos los efectos legales esa ejecución culmina con el último acto, es decir, en el momento en el que desaparece la omisión y se comienza a cumplir la obligación. (…)*

*5. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha estimado que en el delito de ejecución permanente, mientras el sindicado persista, en este caso, en la conducta omisiva de prestar asistencia alimentaria, durante el lapso en que ello ocurra adecúa su comportamiento, sucesivamente, a las diversas legislaciones que hayan sido expedidas en ese mismo periodo.*

*En esos supuestos, ha reiterado, no hay lugar a juicio alguno de favorabilidad, porque no se está ante dos disposiciones, vigente y derogada, que hayan regulado un mismo hecho, sino que, como el procesado está permanentemente cometiendo, ejecutando, la conducta punible, en cada momento incurre en el tipo penal preexistente.*

*En tales condiciones, ha concluido, cuando en cualquiera de las hipótesis previstas se determina el momento cierto a partir del cual se “comete el último acto” -que para el caso en estudio sería la ejecutoria de la resolución de clausura de la instrucción-, la legislación aplicable sería la vigente para ese entonces, sin que haya lugar a comparaciones por un presunto tránsito legislativo.”* (Subrayas ex texto)

5.10.2 A su vez, en la sentencia CSJ SP del 25 de agosto de 2010, radicado 31.407, se expuso lo que a continuación se transcribe así:

*“En punto del aspecto temporal del delito contra la seguridad pública se observa que la imputación fáctica ubica su comisión “aproximadamente desde el mes de abril de 2006 y hasta el 31 de enero de 2007”, época durante la cual estuvieron vigentes lasLeyes 733 de 2002 y 1121 de 2006, las cuales entraron a regir por disposición del legislador al ser publicadas, esto es, el 31 de enero de 2002 (Diario Oficial No. 44693) y el 30 de diciembre de 2006 (Diario Oficial No. 46497), respectivamente.*

*La sanción dispuesta en el artículo 8o de la Ley 733 de 2002 para el delito de concierto para delinquir con el propósito de “cometer delitos de (...) tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas” era de “prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.*

*La pena establecida para el mismo comportamiento en el artículo 19 de la Ley 1121 de 2006 es de “prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2700) hasta treinta mil (30000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.*

*Como viene de verse es claro que si una parte de la consumación del delito de concierto para delinquir que motivó este averiguatorio se desarrolló en vigencia de la Ley 733 de 2002 y otra bajo el imperio de la Ley 1121 de 2006, se impone establecer cuál de tales normas es aplicable en punto de la dosificación de la pena.*

*En tal cometido se tiene que la posición de la Sala sobre el particular no ha sido pacífica, pues en ocasiones ha dicho que tratándose de delitos permanentes rige la nueva ley más gravosa, pero en otras oportunidades ha puntualizado que se aplica la normativa inicial más beneficiosa en virtud del principio de favorabilidad.*

*(:::)*

*En dicha labor encuentra la Colegiatura que tratándose de delitos permanentes cuya comisión comenzó en vigencia de una ley, pero que se postergó hasta el advenimiento de una legislación posterior más gravosa, se impone aplicar esta última normatividad, de acuerdo con las siguientes razones:*

*Primera, no tienen ocurrencia los presupuestos para dar aplicación al principio de favorabilidad por vía de la ultraactividad de la norma vigente para cuando inició el comportamiento, pues dicho principio se aplica cuando dos legislaciones en tránsito legislativo o coexistentes se ocupan de regular de manera diferente, entre otros casos, las consecuencias punitivas de un mismo comportamiento determinado, de modo que se acoge la sanción más beneficiosa para el procesado.*

*Siendo ello así, palmario resulta que no opera el mencionado principio tratándose de delitos permanentes, pues el tramo cometido bajo el imperio de una legislación benévola, no es el mismo acaecido en vigencia de una nueva ley más gravosa, en cuanto difieren, por lo menos en el aspecto temporal, así se trate del mismo ámbito espacial, pues el tiempo durante el cual se ha lesionado el bien jurídico objeto de protección penal en vigencia de la nueva legislación más severa, es ontológicamente diferente del lapso de quebranto acaecido bajo el imperio de la anterior normatividad más benévola.*

*Segunda, si en materia de aplicación de las normas penales en el tiempo rigen los principios de legalidad e irretroactividad, en virtud de los cuales, la ley gobierna los hechos cometidos durante su vigencia, es claro que si se aplicara la norma inicial más beneficiosa, se dejaría impune, sin más, el aparte de la comisión del delito que se desarrolló bajo la égida de la nueva legislación más gravosa.*

*Tercera, si de acuerdo con el artículo 6o de la Carta Política, las personas pueden realizar todo aquello que no se encuentre expresa, clara y previamente definido como punible, es evidente que cuando acomodan su proceder a un tipo penal sin justificación atendible, se hacen acreedoras a la pena dispuesta en el respectivo precepto.*

*Cuarta, obsérvese que si a quienes comenzaron el delito en vigencia de la ley anterior se les aplicara la ley benévola de manera ultraactiva con posterioridad a su derogatoria, obtendrían un beneficio indebido, pues si otras personas cometieran el mismo delito en vigencia de la nueva legislación se les impondría esa pena más grave, trato desigual que impone corregir la inequidad, con mayor razón si en virtud del principio de proporcionalidad de la pena, el delito cuya permanencia se haya extendido más en el tiempo debe tener una sanción superior a la derivada de un punible de duración inferior.*

*Quinta, si uno de los propósitos de la lex previa se orienta a cumplir con la función de prevención general de la pena, en el entendido de que cuando el legislador dentro de su libertad de configuración normativa eleva a delito un determinado comportamiento está enviando un mensaje a la sociedad para que las personas se abstengan de cometer tal conducta, so pena de estar llamadas a soportar la sanción anunciada, no hay duda que el aumento de punibilidad de un delito como producto de la política criminal del Estado, supone para quienes se encuentran en tal predicamento dos posibilidades: Una, dejar de cometer la conducta antes de que empiece a regir la nueva punibilidad, v.g. liberar al plagiado en el delito de secuestro, abandonar el alzamiento en armas en el punible de rebelión, o dejar el grupo acordado para cometer delitos en el ilícito de concierto para delinquir, respondiendo únicamente de conformidad con la pena establecida en le ley para tal momento vigente. (…)*

*De conformidad con lo expuesto, concluye la Sala en primer lugar, que cuando se trata de delitos permanentes iniciados en vigencia de una ley benévola pero gue continúa cometiéndose bajo la égida de una ley posterior más gravosa, es ésta última ía normativa aplicable, pues en tal caso no se dan los presupuestos para acoger el principio de favorabilidad, sino que opera la regla general, esto es, la ley rige para los hechos cometidos durante su vigencia.*

*En segundo término, si la situación es inversa, esto es, el delito permanente comienza bajo la vigencia de una ley más gravosa, pero posteriormente entra a regir una legislación más benévola, también se aplicará la nueva ley conforme con la anunciada regla, en cuanto expresión de la política criminal del Estado...”* (Subrayas ex texto)

5.11 En consecuencia debe decirse que no se puede confundir la vigencia de la asociación criminal que fue conformada para afectar el patrimonio del municipio de Dosquebradas, según la narrativa de la FGN, manifestada en la audiencia de formulación de imputación, el escrito de acusación y su adición, con la discusión que se pueda suscitar sobre la fecha para la cual aún se estaba ejecutando el Convenio 850 de 2018, que en el contexto del presente proceso viene a ser solamente de una de las conductas sobre las que versó la acusación en la cual se habla de 9 convenios que pudieron haber vulnerado los artículos 409 o 410 del CP y que concursan con otros delitos como peculado por apropiación agravado, falsedad en documento privado, falsedad ideológica en documento público y uso de documento falso.

5.12 En ese sentido hay que ubicar la discusión dentro de los justos límites, pues se entiende que la acusación se formula bajo el criterio de probabilidad de verdad, y por ende la existencia, vigencia y demás particularidades del citado contrato, corresponden a un asunto que se debe dirimir con la prueba practicada en el juicio oral, y por ello se considera que le corresponde a la FGN probar no solo la afectación de la legalidad en lo relativo a esa contratación, sino la fecha hasta la cual permaneció en ejecución el contrato o convenio en mención, en caso de que la FGN decida formular imputación por los convenios celebrados en los años 2017 y 2018 ya que en ese evento, se entiende que ese debate debe darse en la fase del juicio, a efectos de que el juez adquiera el suficiente conocimiento para decidir: i) si la FGN probó la existencia de conductas comprendidas dentro del título XV capítulo IV del C.P, en el caso de ese convenio; y ii) en caso positivo si su ejecución finalizó antes o después del 9 de julio de 2018 (fecha de entrada en vigencia de Ley 1089 de 2008).

5.13 Como se observa, la decisión que se adopte frente a este tema puntual, guarda necesaria relación con la causal de agravación para la conducta de concierto para delinquir que fue adicionada al escrito de acusación, con base en el contexto fáctico por lo cual resultaba notoriamente improcedente provocar una decisión anticipada de la juez de conocimiento, para pretender la exclusión de la circunstancia de agravación del artículo 340 del C.P. derivada de la afectación del patrimonio público que fue deducida por la FGN como titular de la acusación, acto sobre el cual el juez de conocimiento no puede hacer control material, como se dijo en CSJ SP del 6 de octubre de 2013, radicado 39886, pues se trata de un tema que debe quedar sometido al debate probatorio que se adelante en el juicio, en aplicación del principio de necesidad de prueba contenido en los artículos 372 y 381 del CPP.

5.14 En consecuencia al no advertirse la existencia de ninguna causal de nulidad, pues la defensa conocía de antemano el *factum* no solo de la imputación sino de la acusación inicial sobre el tema puntual que determinó la convocatoria a juicio de los procesados por la conducta de concierto para delinquir, ya que la FGN siempre dijo en la audiencia preliminar que la empresa criminal que formaron los acusados tenía como propósito defraudar los haberes del municipio de Dosquebradas, no se advierte cual fue el sorprendimiento que se hizo a la defensa al adicionarse la acusación en esos términos, ya que la FGN como titular de la acusación tiene la potestad de afirmar como lo hizo que uno de los convenios efectuado con ese propósito, estaba vigente para el 6 de septiembre de 2018, lo que permitía adicionar la acusación incluyendo la causal 2ª del artículo 340 del CP, siguiendo el principio del *tempus regim actum,* situación que corresponde probar al ente acusador siguiendo las reglas sobre carga de la prueba que establece el inciso 2º del artículo 7º del CPP, por lo cual se tiene en cuenta que de conformidad con la jurisprudencia pertinente, en el presente asunto no se reúnen los principios que informan la declaratoria de nulidad, tal y como se ha dicho así:

*“Ahora bien, para asegurar la vigencia y eficacia del debido proceso y de las garantías fundamentales, el legislador previó la institución jurídica de las nulidades procesales, que sanciona las irregularidades presentadas en el marco del proceso, y que, atendiendo a su gravedad, obliga a que de manera excepcional se invaliden las actuaciones afectadas. Así, su declaración opera como un control constitucional y legal que garantiza la validez de la actuación procesal y asegura a las partes el derecho fundamental al debido proceso.*

*“El sistema procesal colombiano posee rasgos distintivos en materia de nulidades. La Ley 600 de 2000, aplicable al caso, prevé los motivos de nulidad y dispone que solo procede por: (i) falta de competencia del funcionario judicial; (ii) comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso y; (iii) violación del derecho de defensa[[12]](#footnote-12).*

*También reglamenta la oportunidad para proponerlas, los aspectos formales que debe cumplir la solicitud, y los principios que las rigen, entre ellos los de taxatividad, acreditación, protección, convalidación, instrumentalidad, trascendencia y residualidad, con los que se busca limitar la tendencia a invalidar el trámite procesal por la sola existencia de la irregularidad[[13]](#footnote-13).*

*Estos principios han sido definidos por la jurisprudencia de esta Sala, de la siguiente manera: Taxatividad: significa que solo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley. Acreditación: que 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 alegue 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 irregular[[14]](#footnote-14).” [[15]](#footnote-15)*

5.15 Finalmente cabe señalar que resultaba notoriamente improcedente invocar la presunta causal aducida, derivada de la adición del escrito de discusión para tratar de revivir un debate ya superado sobre la competencia para conocer del proceso, ya que en este caso debe aplicarse el principio de preclusión de los actos procesales, en atención a la decisión adoptada por esta Sala el 20 de febrero de 2018, máxime si en este caso ninguno de los sujetos procesales ha impugnado la competencia de la juez penal del circuito especializado que tramita el proceso, en virtud de la decisión de este Tribunal.

5.16 Aunado a ello, se debe recordar que la SP de la CSJ mediante providencia del 24 de agosto de 2016, radicado 48743, estableció que la petición de nulidad es inconducente si la misma está dirigida a dejar sin efectos un acto procesal de parte, como lo es la acusación, ya que ese mecanismo para subsanar el proceso solo es procedente frente a las actuaciones de los funcionarios judiciales. En ese sentido esa Corporación expuso lo siguiente:

*“Obsérvese que los argumentos con los que se pretendió soportar la petición de nulidad total del proceso se dirigen a cuestionar la connotación jurídico-penal de las conductas por las cuales se presentó escrito de acusación en contra de HÉCTOR EMILIO LEYVA OROZCO. En particular, el defensor se dedicó a censurar los referentes legales que la fiscalía señaló en el numeral 41 como violados por dicho funcionario, aduciendo que habrían sido objeto de aplicación indebida, de interpretación errónea o de cercenamiento. Además, controvierte que el titular de la acción penal sostenga la configuración del delito de prevaricato a partir de la infracción de una circular de la Fiscalía General de la Nación o sin tener en cuenta la exigencia típica que habría adicionado el Acto Legislativo No 002 de 2015 (art. 8).*

*Esa petición de nulidad del proceso se advertía manifiestamente inconducente al dirigirse contra un acto procesal de parte, como lo es la acusación, siendo que esa medida extrema sólo procede frente a las actuaciones de los funcionarios judiciales. En efecto, para los primeros, al constituir meras postulaciones, la ley procesal establece sanciones como la inadmisibilidad[[16]](#footnote-16), el rechazo[[17]](#footnote-17) o la exclusión que, por regla general, no inciden en la validez del proceso[[18]](#footnote-18). Mientras que, los actos procesales del juez, al ser vinculantes y decidir asuntos con fuerza de ejecutoria material, sí tienen la potencialidad de lesionar garantías fundamentales, entre ellas el derecho a la defensa y el debido proceso, por lo que la irregularidad de los mismos debe repararse con la anulación, claro está, si ello no fue posible con otros remedios como la corrección de los actos irregulares[[19]](#footnote-19) o la revocatoria de las providencias en sede de impugnación.*

*La condición de «parte» en el proceso de la Fiscalía General de la Nación es consecuencia natural de las reformas introducidas por el Acto Legislativo No 03 del 19 de diciembre de 2002 y desarrolladas por la Ley 906 de 2004, cuyo objetivo fue el de acentuar la adopción de un sistema de enjuiciamiento penal de naturaleza acusatoria[[20]](#footnote-20). Los efectos de esa modificación en la función de la fiscalía, entre otros, fueron: (i) se le despojó de la mayoría de facultades jurisdiccionales de injerencia en los derechos fundamentales[[21]](#footnote-21) y de disponibilidad de la acción penal, frente a las cuales ahora tiene sólo un poder de postulación[[22]](#footnote-22); (ii) aunque la acusación sigue siendo presupuesto del juicio y, por ende, de la competencia del juez de conocimiento, la naturaleza de ese acto varió: de decisión judicial[[23]](#footnote-23) pasó a ser una pretensión[[24]](#footnote-24); y, (iii) se delimitó su rol al de investigador y acusador, pues un juez imparcial conoce del juicio y decide, y otro controla el respeto de las garantías.”*

6. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: SOBRE LA PETICIÓN DE NULIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO IMPUESTA AL SEÑOR FJMD.

6.1 En este punto el defensor de este procesado indicó que se debía decretar la nulidad de la medida cautelar impuesta a su representado, para lo cual adujo lo siguiente: i) que para tomar esa decisión no se tuvieron en cuenta los argumentos de los defensores; y ii) que esa determinación fue adoptada con base en unas pruebas que no fueron discutidas previamente.

6.2 Sobre ese punto la Sala debe manifestar inicialmente, que de acuerdo a lo consignado en la decisión de tutela adoptada por esta Corporación el 1º de marzo de 2019, dentro de una acción de amparo promovida por el señor FJMD contra los Juzgados Sexto Penal Municipal y Segundo Penal del Circuito de Pereira, por las decisiones de sus titulares actuando como jueces de control de garantías en el presente proceso, se considera como un hecho probado que la titular del primer despacho mencionado le impuso medida de aseguramiento al señor FJMD por los delitos sobre los que versó la imputación en su contra y que mediante decisión del 13 de diciembre de 2018, la juez a cargo del segundo despacho confirmó esta determinación.

6.3 En ese sentido y al plantearse por parte del recurrente la nulidad de esas actuaciones, queda claro que la Sala no puede entrar a hacer un ejercicio de valoración probatoria para decidir si le asistió razón a la juez 6º penal municipal de control de garantías al imponerle esa cautela al señor FJMD ya que ese asunto se encuentra dirimido en segunda instancia por la autoridad competente que fue el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta ciudad que confirmó esa determinación y no es posible adoptar una especie de “decisión de tercera instancia” sobre ese tema específico, en atención al principio de preclusión de los actos procesales, que ha sido examinado en la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ así:

*“(…) cada trámite o actuación procesal habrá de cumplirse en las etapas previstas, en los tiempos y oportunidades establecidos por la legislación adjetiva, los cuales por ser obligatorios para el juez y las partes e intervinientes procesales impiden volver a realizar un acto procesal, así sea con el pretexto de mejorarlo o de integrarlo con elementos omitidos en la debida oportunidad”[[25]](#footnote-25).*

6.4. Por ende, lo que debe examinarse es si en ese trámite se cumplieron los presupuestos previstos en los artículos 306 y ss del CPP, frente a lo cual se hacen las siguientes consideraciones:

6.4.1 La medida fue solicitada por el Fiscal que estaba a cargo del proceso, con lo cual se cumplió el requisito previsto en el artículo 306 del CPP.

6.4.2 La medida cautelar solicitada de detención preventiva en establecimiento carcelario se encuentra prevista dentro de las medidas privativas de libertad que relaciona el artículo 307 del CPP.

6.4.3 En la misma audiencia[[26]](#footnote-26) el Fiscal hizo su exposición para indicar por qué existía inferencia razonable de autoría por parte del señor FJMD (sobre quien estaba acreditada su condición de servidor público como alcalde de Dosquebradas para la fecha de los hechos), como autor del delito de concierto para delinquir, y coautor de las conductas de interés indebido en la celebración de contratos estatales, contrato sin cumplimiento de requisitos legales, peculado por apropiación agravado en cuantía superior a 200 SMLMV[[27]](#footnote-27), celebrados por ese ente territorial con diversas fundaciones (sobre los cuales hizo referencia a diversos audios que tenía la FGN en su poder que fueron escuchados en esa audiencia), en los cuales se revelaba la participación de otros servidores públicos y particulares que representaban unas fundaciones, indicando el monto de la afectación patrimonial.

6.5 Seguidamente el Fiscal que intervino dijo que luego de haberse agotado el requisito de inferencia razonable de autoría y participación en el caso del señor FJMD, se reunían los requisitos previstos en los numerales 1 a 3 del artículo 308 del CPP. Para el efecto se hace la siguiente sinopsis sobre la intervención de los delegados del ente acusador:

6.5.1 El Fiscal manifestó que era posible que el incriminado FJMD obstruyera el debido ejercicio de la justicia, ya que se presentaban las circunstancias previstas en el artículo 309 del CPP, en la medida en que la empresa criminal de la cual formaba parte el alcalde FJMD trataba de obstaculizar la práctica probatoria del proceso para lo cual presentó diversos audios, con el fin de demostrar que existieron comunicaciones interceptadas con varios los procesados como la señora Rita Inés Velásquez, Julián Andrés Valencia Arias, Juan Carlos Velázquez Cifuentes y otros, de lo cual se podría inferir que se podía afectar la prueba a practicar en el juicio a través de conductas como las siguientes: i) modificar unos certificados de renta para demostrar la idoneidad de las fundaciones contratistas de ese ente territorial; ii) alterar otros documentos; iii) crear contratos posteriores a su ejecución; iv) inducir a testigos para no colaboraran con las autoridades judiciales, ocultando o modificando la información que se debía entregar a la FGN; v) efectuar labores para dar apariencia de legalidad a los convenios; vi) conseguir soportes espurios sobre la ejecución de los contratos o para darles apariencia de legalidad, maniobras que se iban a realizar para evitar que se conociera la defraudación, lo que implicaba cambiar la documentación las veces que fuera necesario lo que conllevaba la sucesiva falsificación de documentos; vii) el hecho de que se tratara de ocultar la falta de ejecución de un convenio para imprimir una revista, lo que fue cohonestado por el alcalde FJMD en lo relativo al uso de facturas falsas para justificar ese hecho; viii) inducir a uno de los testigos para que entregara una versión falsa para acreditar el ingreso de unos dineros diciendo que se trataba de donaciones y a otra persona que iba a ser interrogada por la FGN sobre la forma que debía declarar ante los investigadores de esa entidad; ix) la existencia de intimidaciones a testigos para que entregaran declaraciones contrarias a la verdad, para lo cual expuso que luego de que se formulara la imputación a los procesados se amenazó en varias ocasiones al señor Jhon Fredy Aguirre quien es uno de los testigos de la FGN contra el alcalde FJMD, con retaliaciones de la organización “Cordillera”, por haber denunciado al citado burgomaestre luego de que su nombre fuera mencionado en esa audiencia preliminar; x) las fundaciones representadas por algunos de los investigados ocultaron los documentos sobre los contratos celebrados; y xi) esas situaciones estaban comprendidas dentro de las causales previstas en el artículo 309 del CPP sobre obstrucción a la justicia, lo que indicaba la continuidad de la empresa criminal formada para defraudar a ese ente territorial, actos que fueron realizados luego de los implicados se enteraran de la investigación que se adelantaba en su contra.

6.5.2 Igualmente el Fiscal sustentó las razones sobre la gravedad de las conductas objeto de imputación en los términos del artículo 310 del C.P. indicando que todos los delitos imputados comportaban medida de aseguramiento de detención preventiva por el *plus* punitivo ya que afectaban la moralidad pública lo que obligaba a aplicar instrumentos internacionales ratificados por el Estado Colombiano, máxime por el hecho de haberse vulnerado el patrimonio del Estado, fuera de que existía una circunstancia especial consistente en que el alcalde FJMD había defraudado la confianza que depositaron en él sus electores, ya que se esperaba que velara por el buen uso de los recursos de Dosquebradas y no que interviniera en actos destinados a defraudar el patrimonio de ese municipio, con lo cual se acreditaba el componente de gravedad de las conductas atribuidas a los inculpados, por tratarse de crímenes de corrupción y de carácter corporativo, conocidos como “delitos de cuello blanco”.

Igualmente destacó que se trataba de actos cometidos con dolo que generaron la defraudación patrimonial y que tuvieron una planeación sofisticada, lo que exigía la cualificación de los imputados en aras a ocultar su realización, fuera de que se trataba de delitos con penas altas que no permitían la concesión de subrogados penales, por lo cual de acuerdo a la jurisprudencia puntual de la Corte Constitucional se cumplían las exigencias de los numerales 1º y 2º del artículo 310 del CPP, ya que se trataba de una empresa criminal que incurrió en diversos delitos y tuvo permanencia en la ejecución de esas conductas punibles; que algunos de los participantes en los hechos hicieron referencia la intervención de un parlamentario para que se les continuaran adjudicando contratos a esa asociación delictiva, y se podía deducir que la administración municipal de Dosquebradas les iba a otorgar otros convenios para el año 2018, sin que se hubieran cumplido los requisitos de la contratación estatal, y sin la existencia de estudios previos, lo que indicaba que se trataba de convenios que ya estaban dirigidos en cuanto a su adjudicación, para lo cual incluso se iban a crear otras personas jurídicas para contratar en el año 2018 según lo que decidiera el alcalde FJMD, fuera de que estaba probada la vinculación de algunos de los procesados como funcionarios del municipio de Dosquebradas.

6.6 Al continuar la audiencia el día 10 de septiembre de 2018, el Fiscal que intervino explicó por qué los imputados generaban riesgo para la comunidad según el artículo 310 del CPP, en razón de la cantidad de delitos que se les atribuyeron, la gravedad de las conductas punibles en atención al bien jurídico objeto de tutela legal y los cargos que desempeñaban al interior de la administración municipal de Dosquebradas lo que generaba un pronóstico de no comparecencia al proceso con base en las causales previstas en el artículo 312 del CPP, y su conducta posterior a la investigación sobre lo cual dijo lo siguiente : i) existían unos audios donde la procesada Rita Inés Velázquez da a entender que se intentaba sobornar al funcionario a cargo de la investigación para que la archivara, por iniciativa de la citada dama quien dijo que ya tenía una parte del dinero para pagarle a esas personas; ii) el señor Jhon Fredy Aguirre quien estaba tramitando un principio de oportunidad y había hecho parte de la organización delictiva dijo en un interrogatorio a indiciado que el coprocesado Julián Valencia director de la fundación “Visión” le había dicho que el alcalde FJMD lo había enviado para que se tranquilizara porque el asunto ya “estaba arreglado”, y que si necesitaba más información que hablara directamente con el burgomaestre de Dosquebradas sobre lo cual existía un registro de audio; y iii) que esas situaciones daban a entender que se estaban realizando actos para propiciar un archivo de la investigación por parte del alcalde de Dosquebradas.

6.6.1 Seguidamente el Fiscal hizo uso de los argumentos ya referidos para aducir por qué razón en este caso no resultaban procedentes las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad previstas en el literal B del artículo 307 del CPP, para lo cual adujo que la medida de aseguramiento en lugar de reclusión para los procesados cumplía con el factor objetivo al tener en cuenta la pena prevista para los delitos imputados, y era necesaria por la conducta asumida por los incriminados de obstruir el proceso, con la excepción de la señora Jennifer Londoño en caso de que se acreditara su estado de embarazo.

A continuación se dio traslado de esas evidencias a los defensores, para lo cual se suspendió la audiencia.

6.7 Ya en lo que atañe puntualmente al señor FJMD, el 18 de septiembre de 2018 intervino su defensor que fue el Dr. Fredy Plazas Vega[[28]](#footnote-28), quien hizo una extensa intervención donde se opuso al pedimento del delegado de la FGN sobre la medida de aseguramiento a imponer a su representado, que se puede sintetizar así: i) se debían respetar los instrumentos internacionales y la legislación interna que garantizaban el derecho a la presunción de inocencia; ii) el señor FJMD tenía una larga trayectoria pública sin que hubiera tenido alguna investigación penal, lo que se demostraba con el hecho de que hubiera cumplido con los requisitos para ser elegido alcalde de Dosquebradas; iii) su mandante no era abogado y el primer acto administrativo que firmó como alcalde era uno donde delegaba diversas funciones, lo que constituía el ejercicio de una potestad legal según el artículo 211 de la CP, la ley 80 de 1993 y otras normas; iv) ese decreto de delegación de la contratación no había sido demandado y por ende gozaba de presunción de legalidad lo que no fue desvirtuado por la FGN; v) la FGN no probó la inferencia de autoría y responsabilidad de su representado quien actuó diligentemente y creyó en la buena fe de sus secretarios en ejercicio del principio de confianza, para lo cual citó los precedentes CSJ SP del 3 de septiembre de 2001 radicado 19174, y CSJ SP del 10 de agosto de 2005, donde se dijo que lo esencial en esos casos era que el delegante tuviera vigilancia y control sobre los actos de los delegatarios, lo que excluía la injerencia directa del delegante; vi) hizo referencia al Plan de Desarrollo del municipio de Dosquebradas aprobado por el Concejo de esa localidad que incluía los contratos referidos por la FGN, que por lo tanto no eran una iniciativa propia del alcalde FJMD sino que estaban previstos en ese plan; vii) el alcalde imputado no era ordenador del gasto y los contratos debían ser supervisados por los sus secretarios de Despacho; viii) se estableció que en virtud de esa delegación esos funcionarios podían suscribir los contratos que eran ajustados al ordenamiento legal; ix) la FGN no probó que el alcalde FJMD hubiera tenido intervención en los estudios previos ni la ejecución del Convenio 874 de 2016, la contratación de las personas que los iban a desarrollar, ni con actos de terceros relacionados con las entidades que fungían como contratistas; x) la misma situación se presentaba con otros convenios celebrados por causa de esa delegación de funciones como el número 740 de 2016, 517 de 2016 y el 803; xi) la FGN solamente tenía “sospechas” sobre su defendido, lo que llevaba a descartar que el procesado formara parte de la “empresa criminal” referida por el delegado del ente acusador, ya que el señor FJMD celebraba periódicamente consejos de gobierno para exigir información a sus secretarios sobre los temas de contratación del municipio, lo que indica que efectuaba control sobre esos convenios, con base en las actas existentes y donde se ponían de presente las situaciones referidas a los mismos, por lo cual se debía aplicar en su favor el principio de confianza, máxime si la Oficina Jurídica de Dosquebradas expedía constantes circulares para exigir a los delegatarios que cumplieran las normas sobre contratación; xii) igualmente existía un informe pedido por el alcalde a la Oficina de Control Interno Disciplinario de esa localidad del mes septiembre de 2017, donde nunca se le informó al procesado sobre irregularidades en esos convenios; xiii) en consecuencia no existía la inferencia razonable de autoría y participación del imputado en las conductas objeto de investigación por lo cual no se reunían el requisitos del primer inciso del artículo 308 del CPP; xiv) nunca se demostró que el alcalde FJMD se hubiera concertado de manera previa con sus secretarios de despacho para defraudar el patrimonio del municipio de Dosquebradas, por lo cual no se podía dar crédito a lo dicho a la FGN por Jhon Fredy Aguirre, para tratar de probar la conducta de concierto para delinquir; xv) existían entrevistas a diversos funcionarios de la Alcaldía de Dosquebradas, quienes negaron que el alcalde FJMD “amarrara” la contratación de ese municipio; xvi) según el Manual de Funciones de ese municipio las labores de control las debía ejercer Jhon Fredy Aguirre, quien se desempeñó como Secretario de Gobierno de esa localidad, quien nunca le rindió informes al burgomaestre sobre las irregularidades en los contratos, lo que tampoco hicieron los supervisores de los mismos convenios; xvii) las fundaciones involucradas venían contratando con la Alcaldía de Dosquebradas de tiempo atrás y no era deber del señor FJMD revisar la idoneidad de esas personas jurídicas; xviii) el alcalde ejerció control sobre la contratación con una sociedad protectora de animales; ixx) el testigo de la FGN Jhon Fredy Aguirre, quien fue Secretario de Gobierno de esa localidad no renunció por negarse a intervenir en actos de corrupción sino por haber sido señalado por maltrato laboral; xx) las grabaciones hechas con Jhon Fredy Aguirre y el alcalde FJMD demuestran que su representado trató de ser inducido por el señor Aguirre para afectar su derecho a la presunción de inocencia según un audio que presento en su intervención; xxi) finalmente solicitó que no se impusiera la medida de aseguramiento solicitada por la FGN a su representado por no reunirse el primer requisito del artículo 308 del CPP, o que en su defecto y en aplicación del artículo 105 de la ley 136 de 1994 y la sentencia C- 576 del 8 de junio de 2004 de la Corte Constitucional, no se hiciera efectiva esta orden hasta que quedara en firme esa decisión, ya que el señor FJMD ejercía un cargo de elección popular.

6.8 La juez 6ª penal municipal con función de control de garantías aceptó el pedimento de la FGN y al considerar que se reunían los requisitos previstos los artículos 308 y ss. del CPP le impuso al procesado FJMD la medida de aseguramiento de detención preventiva en lugar de reclusión, la cual fue apelada por su defensor siendo confirmada por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira.

Para la imposición de la medida de aseguramiento intramural que pesa contra del señor FJMD, la juez sexta penal municipal con funciones de control de garantías realizó una valoración pormenorizada de los siguientes EMP: i) entrevista del señor Jhon Fredy Aguirre; ii) entrevista de la señora Luz Stella Ospina Cano; iii) entrevista del señor Rafael Enrique Cárdenas; iv) la interceptación a la comunicación sostenida entre el señor Julián Andrés y el señor Mustafá del 24 de enero de 2018 ID 217239344; iv) la conversación Nro.222765395 de enero de 2018 sostenida entre Julián Andrés con la señora Rita Inés Velásquez; v) audio Nro. 2222772104 del 5 de febrero de 2018, conversación sostenida entre Rita Inés Velásquez y Juan Carlos N.; vi) conversación aportada por el testigo la cual fue sostenida con el señor Julián Valencia; vii) fotografía del Alcalde con el señor Julián Andrés Valencia; y viii) conversación del 15 de noviembre de 2017 ID 18374283 en la que se escucha al Alcalde hablar con un hombre desconocido.

A su vez, también realizó un estudio sobre los siguientes EMP allegados por la defensa: i) una carpeta sobre un seguimiento realizado a la delegación en el año 2016; ii) email del 16 de diciembre de 2016; iii) 5 entrevistas de subalternos; iii) requerimiento efectuado a los jefes de despacho del 20 de septiembre de 2017.[[29]](#footnote-29)

Con base en lo anterior consideró que los EMP allegados por la FGN permitían inferir que el señor FJMD López efectivamente había incurrido en los delitos que le fueron imputados.

Fundamentó su decisión en los arts- 306 y siguientes del CPP, art. 295 de esa misma norma, señalando que en el caso de la mayoría de los procesados, a excepción de la señora Lady Jennifer Londoño quien se encuentra en estado de gravidez, cumplían los requisitos objetivos y subjetivos establecidos para la imposición de la media de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario, según lo dispuesto en los art los presupuestos del artículo 306, 308, 309, 310 y 312.

6.9 En tal virtud se advierte lo siguiente: i) que la solicitud de medida de aseguramiento fue presentada por la FGN ante el juez competente, según el artículo 154- 4 del CPP; ii) esa petición se hizo por requerimiento del ente acusador que sustentó lo relativo a la procedencia de la medida cautelar solicitada con base en lo dispuesto en el artículo 313 del CPP, la inferencia razonable de autoría y participación del procesado FJMD en las conductas punibles objeto de imputación y la necesidad de la aplicación de esa medida cautelar personal, en los términos de los artículos 308, 309, 310 y 311 del CPP; iii) que al valorar las evidencias presentadas por el delegado de la FGN, y luego de escuchar los argumentos de su defensor, la juez con función de control de garantías consideró que se reunían los requisitos para imponerle al señor FJMD la cautela solicitada por el representante del ente acusador; y iv) que igualmente se garantizó el trámite de segunda instancia en lo relativo a la disconformidad del apoderado de ese procesado, siendo confirmada la decisión protestada por parte del Juzgado 2º Penal del Circuito de esta ciudad.

6.10 En ese orden de ideas, al cumplirse el procedimiento previsto en la ley 906 de 2004 en lo relativo a la actuación cuestionada por el recurrente, debe decirse que el hecho de que el censor no comparta la valoración que hicieron las jueces con función de control de garantías sobre los fundamentos probatorios y la necesidad de imponer la detención preventiva en local carcelario al señor FJMD, no constituye causal de nulidad del proceso.

Para el efecto se debe considerar que la aplicación del principio de preclusión de los actos procesales al cual se hizo referencia anteriormente, lleva a concluir que la situación alegada por el apoderado del señor FJMD ya fue decidida por vía ordinaria en primera y segunda instancia, y en sede de tutela también en primera y segunda instancia, por lo cual cabe concluir que lo que se pretende es provocar una especie de determinación adicional sobre la imposición de la medida cautelar al citado ciudadano.

6.11 En ese sentido no resultaba procedente invocar de nuevo la existencia de una presunta “vía de hecho” en las actuaciones que culminaron con la imposición de la medida de aseguramiento al señor FJMD, para solicitar en la audiencia de formulación de acusación la declaratoria de nulidad de esas decisiones, cuando precisamente esa condición de procedibilidad de la acción de amparo frente a decisiones judiciales, fue descartada en el precitado fallo de tutela, donde por esa causa se declaró improcedente el amparo reclamado, lo que lleva a concluir que sobre ese tema específico el recurrente pretende revivir una discusión que ya fue dirimida en primera y segunda instancia por vía ordinaria y a través de la acción constitucional referida, a lo cual se debe agregar que si el interés de la defensa es el dejar sin efecto la medida cautelar impuesta a su representado, la vía procesal adecuada dentro del procedimiento ordinario es la que se encuentra establecida en el artículo 318 del CPP, tal y como lo expuso la Sala de Tutela de la SP de la CSJ en su decisión del 30 de abril de 2019, radicación 103862, donde confirmó la sentencia dictada por esta Colegiatura dentro del amparo promovido por el señor FJMD contra los Juzgados 6º Penal Municipal con función de control de garantías y 2º Penal del Circuito de esta ciudad, providencia en la cual se dijo lo siguiente :

*“En ese orden de ideas, FJMD, por sí mismo o a través de su apoderado, podrá emplear sus esfuerzos en aras de derrumbar los elementos de juicio que sirvieron de sustento para la imposición de la medida de aseguramiento, cuya revocatoria puede solicitar en cualquier momento y cuantas veces lo estime pertinente al interior del proceso penal, siempre y cuando se cumplan los presupuestos legales requeridos sin que los fundamentos sean semejantes a la anterior solicitud.*

*Igualmente, podrá acudir ante los jueces de control de garantías para solicitar la sustitución o modificación de la medida de aseguramiento siempre que cumpla con las condiciones para ello, conforme lo dispuesto en el artículo 318 de la Ley 906 de 2004.*

*Entonces, sin lugar a duda, el demandante cuenta con mecanismos ordinarios al interior del proceso para satisfacer sus pretensiones. Al existir un escenario natural de discusión sobre el asunto sometido al conocimiento del juez constitucional, la tutela demandada se torna improcedente, en los términos previstos por el artículo 6-1 del Decreto 2591 de 1991(CC, Sentencia T - 418 de 2003).*

*Con todo, al margen de que se compartan o no, las decisiones judiciales que se critican no lucen antojadizas, caprichosas o arbitrarias, en tanto los razonamientos allí plasmados tienen como fundamento una interpretación razonable de las disposiciones legales y jurisprudenciales, así como el ejercicio de la discrecionalidad judicial en materia de apreciación probatoria.*

*En efecto, el Juzgado 6o Penal Municipal de Pereira con función de control de garantías explicó que la decisión de imponer la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario fue producto del cumplimento de los presupuestos establecidos en la Ley 906 de 2004, con base en los elementos de prueba aportados por la Fiscalía, cuya valoración se ajustó a las reglas de la sana Critica.*

*Destacó que los EMP de la Fiscalía fueron dados a conocer a la defensa e incluso, aquellos que tan solo enunció los puso a su disposición, contrario a lo que sucedió con los que defensores indicaron al sustentar el recurso de alzada, tanto así que el Misterio Publico enfatizó que no fueron aportados.*

*Mírese que el Juzgado 6o Penal Municipal de control de garantías accionado, luego del análisis de los elementos materiales probatorios estableció la inferencia razonable de autoría o participación de cada uno de los procesados, entre ellos el accionante sobre las conductas punibles endilgadas y, analizó la gravedad y modalidad de las mismas.*

*Acto seguido estableció que la libertad de los endilgados, entre ellos FJMD constituye un peligro para la comunidad, existiendo la posibilidad de continuación de las conductas punibles investigadas, además de poner en riesgo los elementos de prueba con los que cuenta la Fiscalía. Incluso hizo alusión al posible peligro que puede correr uno de los testigos. Finalmente, con fundamento en la ley 1474 de 2011, impuso la medida de aseguramiento intramural.*

*Los anteriores aspectos fueron ratificados en la decisión de segunda instancia.*

*En ese orden de ideas, para la Sala la decisión adoptada no comporta defectos susceptibles de ser enmendados a través del amparo constitucional, toda vez que lo que se extracta es una disparidad de criterios, hecho que en sí mismo no hace que las providencias sean violatorias de las garantías fundamentales, máxime cuando la acción constitucional no puede ser adoptada como un medio alternativo, supletorio o una tercera instancia al interior del proceso ordinario.”* (Subrayas fuera de texto)

6.12 Con base en lo manifestado en precedencia, esta Sala confirmará la decisión recurrida, en lo que fue objeto de impugnación

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior dePereira,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión adoptada por la juez primera penal del circuito especializado de Pereira, del 24 de mayo de 2019 dentro del presente proceso, en lo que fue objeto de impugnación.

**SEGUNDO:** Esta determinación queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Citó apartes de esa decisión. [↑](#footnote-ref-1)
2. A partir de H. 00.44. 18 [↑](#footnote-ref-2)
3. Las audiencias preliminares se adelantaron los días 5, 6, 7, 7, 10, 17, 18 y 21 de septiembre de 2018 : Ver Folios 30 a 32. [↑](#footnote-ref-3)
4. A partir de H. 00.20.21 21 [↑](#footnote-ref-4)
5. A partir de H.00. 23.30. [↑](#footnote-ref-5)
6. A partir de H. 0131.16 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 6 vto [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 15 vto [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 17 fte y vto. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 69 fte y vto

 [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 54 a 56 [↑](#footnote-ref-11)
12. Artículo 306 de la Ley 600 de 2000. [↑](#footnote-ref-12)
13. Artículos 308 y 310 ibídem, [↑](#footnote-ref-13)
14. CSJ SP, 25 mayo 2000, rad. 12781; AP, 9 jun. 2008, rad. 29092 y; SP, 3 feb. 2016, rad. 43356; entre otras. [↑](#footnote-ref-14)
15. CSJ SP, 18 abril 2017, rad. 48.965 [↑](#footnote-ref-15)
16. Se inadmiten, por ejemplo, el desistimiento de la querella cuando no es voluntario, libre e informado (art. 76 C.P.P./2004) y el medio de prueba impertinente, inconducente o inútil (art. 359 C.P.P./2004). [↑](#footnote-ref-16)
17. El rechazo es la sanción a la falta de descubrimiento de los elementos probatorios y evidencia física (art. 346 C.P.P./2004) y a los actos manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos (art. 139 C.P.P./2004). [↑](#footnote-ref-17)
18. La sanción a la prueba ilícita e ilegal es la exclusión (arts. 23 y 359 del C.P.P./2004), más cuando se configura la primera hipótesis y la causa de la ilicitud es la obtención del medio de conocimiento mediante tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial, se produce la nulidad total del proceso, tal y como se dispuso en la sentencia C-591 de 2005. [↑](#footnote-ref-18)
19. *“El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes”*. (art. 10, último inciso, C.P.P./2004). [↑](#footnote-ref-19)
20. Artículo 4, inciso 3º: *“Con el fin de conseguir la transición hacia el* ***sistema acusatorio*** *previsto en el presente Acto Legislativo,…”*. [↑](#footnote-ref-20)
21. La fiscalía conservó funciones judiciales como son: la captura excepcional, los registros, los allanamientos e interceptación de comunicaciones (Art. 250, num. 1, inc. 3º, y 2). [↑](#footnote-ref-21)
22. Art. 250 de la Constitución Política: *“(…) En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1.* ***Solicitar*** *al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. (…) 4.* ***Presentar*** *escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías. 5.* ***Solicitar*** *ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar. 6.* ***Solicitar*** *ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito. (…).”*  [↑](#footnote-ref-22)
23. En el Código de Procedimiento Penal de 2000, la acusación era una providencia judicial, tal y como expresamente lo disponía, entre otros, el artículo 397: *“El Fiscal General de la Nación o su delegado dictarán* ***resolución*** *de acusación cuando…”.* [↑](#footnote-ref-23)
24. Art. 336 C.P.P./2004: *“El fiscal presentará el* ***escrito*** *de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando…”.* [↑](#footnote-ref-24)
25. CSJ, SP de mar 20 de 2003, radicado 19960. *«La preclusión de un acto procesal – afirma la Sala –significa que no es posible volver a realizarlo, así sea con el pretexto de mejorarlo o de integrarlo con elementos omitidos en la debida oportunidad, máxime si quien pretende renovarlo (juez) carece de competencia para hacerlo. El principio de preclusión, en la práctica, trata de evitar los retrocesos innecesarios, salvo la nulidad que tampoco podría asumirse como disculpa, pues sería ella una manera de disfrazar la violación de la regularidad procesal y el desbordamiento de las atribuciones constitucionales y legales de los respectivos órganos judiciales.”* Posición reiterada en: SP del 15 de marzo de 2008, radicado 30107; SP del 22 de junio de 2011, radicado 36611. [↑](#footnote-ref-25)
26. A partir de la H. 00.10.14. [↑](#footnote-ref-26)
27. Ver Folio 31 [↑](#footnote-ref-27)
28. A partir de h. 01.4200 [↑](#footnote-ref-28)
29. Registro de audiencias 15 H: 01:03:00 [↑](#footnote-ref-29)