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: DEFINICIÓN DE COMPETENCIA / DISPARIDAD DE CONCEPTOS ENTRE FISCALES / DEBIERON DIRIMIRLO ELLOS O LA DIRECCIÓN SECCIONAL DE FISCALÍAS / O SOLICITAR A LA JUDICATURA LA VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA / SIEMPRE QUE NO SE AFECTE EL NÚCLEO FÁCTICO.**

… esta Sala estima que se está frente a una disparidad de conceptos entre el Fiscal 4ª Especializado y el Fiscal 18 Seccional de Pereira, respecto a la denominación jurídica de unos hechos ilícitos que se le endilgaron al señor DOT, los cuales le fueron imputados a este en la diligencia realizada el 30 de diciembre de 2.019 en la modalidad de desaparición forzada, delito que fue reiterado en el escrito de acusación, pero que conforme a los planteamientos hechos por el fiscal especializado en comento, dicho reato debe ser mutado al de homicidio simple…

… esa discrepancia entre los fiscales de marras frente al delito por el cual debe proceder la F.G.N. en contra del señor DOT, inicialmente debía ser zanjada entre aquellos mismos, o en su defecto, poner tal situación en consideración de la Dirección Seccional de Fiscalías, quien tiene la competencia para dimir los conflictos administrativos de competencia suscitado entre aquellos funcionarios, con el fin de determinar la calificación jurídica que se le debe dar a la conducta endilgada al encausado…

… es preciso señalar que le asistió razón al Fiscal 18 Seccional al asegurar que se ha convertido en una práctica en este Distrito Judicial de algunos representantes del Ente Acusador, consistente en modificar deliberadamente la denominación de la calificación jurídica, lo cual podría conllevar a una alteración de la competencia, sin tener en cuenta que una vez formulada la imputación y radicado el escrito de acusación sobre una conducta punible determinada, esta permanece incólume…

… en el evento que ello llegue a suceder, es obvio que tendría lugar una violación del debido proceso por parte de la Fiscalía, que posiblemente solo podría ser saneada mediante la declaratoria de nulidad de la actuación procesal.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, observa la Sala que con lo acontecido, o sea al variar la calificación jurídica dada al reato imputado al procesado, la que correspondía con el delito de desaparición forzada por la del delito de homicidio, no existe duda alguna que con ese proceder es claro que la Fiscalía afectó el núcleo fáctico de la imputación y en consecuencia soslayó los postulados que orientan al principio de la coherencia…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**Magistrado Ponente:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO INTERLOCUTORIO DE SEGUNDA INSTANCIA**

Pereira, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2.022)

Acta # 879

Hora: 10:00 a.m.

Procesado: DOT

Radicación # 66001 60 00 036 2019 02184 01

Procede: Juzgado 3º Penal del Circuito

ASUNTO: Se define la impugnación de competencia formulada por el Fiscal 18 Seccional de Pereira en contra del Juzgado 3° Penal del Circuito de Pereira.

Decisión: Se asigna competencia al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pereira.

**VISTOS:**

Se pronuncia la Sala sobre la definición de competencias en relación con el asunto remitido por el Juzgado 3° Penal del Circuito Especializado de esta localidad, ante impugnación de su competencia que realizara Fiscal 18 Seccional de esta municipalidad, al considerar que el asunto de la referencia retornar al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pereira, dado que al señor DOT le fue imputado el delito de desaparición forzada, conducta frente a la cual la F.G.N. presentó el respectivo libelo acusatorio, y que sin fundamento de peso, varió por el delito de homicidio una vez fue instalada la audiencia de formulación de acusación en el último de los despachos aludidos.

**ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. De conformidad con lo plasmado en el libelo acusatorio, en el año 2.019, se presentaron una serie de eventos delictivos en el barrio “Los Andes”, los cuales le fueron atribuidos a la organización criminal denominada “Los Triana”, dedicada a ejercer el control territorial para la comercialización de sustancias estupefacientes y el préstamo y cobro de dineros en la modalidad “gota a gota”. Las labores de investigación desarrolladas por la F.G.N. arrojaron como resultado que a esa banda igualmente se le endilgaban varios hechos violentos en los que se le segó la vida a diferentes ciudadanos.

Igualmente, se tuvo conocimiento que el señor DOT era un miembro activo de esa organización ilegal, y que estaba involucrado con la desaparición forzada del ciudadano JHON ESTEBAN PUERTA ROMERO, quien a su vez presuntamente había participado de la ejecución del ciudadano CRISTIAN DAVID BECERRA por orden impartida por la señora DMT.

En atención a lo anterior, la F.G.N conexo las investigaciones radicadas con los # 66001 60 00 0 36 20189 02184 y 66001 60 00 0 035 2019 02401.

2. El Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, el día 30 de diciembre de 2.019 llevó a cabo las audiencias preliminares de legalización de orden de allanamiento y registro, legalización de incautación de elementos, legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. En dicha diligencia, la F.G.N. le comunicó cargos entre a otras personas, al señor DOT, por los delitos de “*concierto para delinquir agravado, en concurso con el homicidio del señor RAÚL GIRALDO AGUIRRE, por hechos ocurridos el 04 de enero de 2.019, en concurso con tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; fabricación, tráfico y porte de armas o municiones de uso restringido de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, en concurso con desaparición forzada del señor John Esteban Puerta Romero, por hechos ocurridos en julio 09 de 2.019*”.

3. El escrito de acusación data del 17 de abril de 2.020, el que le correspondió por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pereira, el cual después de múltiples aplazamientos, instaló la audiencia de formulación de acusación el 17 de julio de 2.021, acto en el que el Delegado de la Fiscalía 4ª Especializada aseguró que durante el desarrollo de las audiencias preliminares, el señor DOT había aceptado los cargos por los delitos por los cuales viene siendo procesado, a excepción del reato de desaparición forzada, y en tal sentido manifestó que realizaría una adición al escrito de acusación, haciendo referencia a la situación fáctica que fundamenta la presente investigación, señalando que conforme al interrogatorio a indiciado del 14 de abril de 2.021 vertido por el señor DOT, consideraba que en el asunto de la referencia se configuraba la conducta punible de homicidio simple, mas no el de desaparición forzada el cual fue plasmado en el escrito de acusación, por lo que procedería a realizar la acusación por dicha conducta punible.

Teniendo en cuenta lo anterior, la jueza de conocimiento adujo que si bien las partes no habían objetado su competencia para continuar con el conocimiento del proceso que se sigue en contra del encartado, no se podía echar de menos que lo referido por el delegado Fiscal no constituía una adición al escrito de acusación, sino a una variación de la calificación jurídica de los hechos objeto de persecución penal, la cual vendría a ser de competencia de los Juzgados con categoría del Circuito, conforme a la competencia residual al que hace referencia el artículo 36 del C.P.P., declarándose incompetente para continuar con el conocimiento de la actuación.

En consecuencia, la titular del Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado de Pereira, dispuso remitir el expediente a los Juzgados Penales del Circuito (reparto) de esta localidad.

4. El proceso fue asignado al Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira, cuya titular el día 20 de enero de 2.022 instaló una vista tendiente a la “verificación de un preacuerdo” en razón a un acta de preacuerdo que había sido allegada a ese despacho, en el cual acaeció lo siguiente:

I) El representante del Ente Acusador advirtió que existía una situación que debía ser sopesada por parte de esa funcionaria, pues a su modo de ver la negociación que aparentemente se estaba adelantando por parte del Fiscal Especializado que tenía a su cargo el proceso, con el apoderado judicial del señor DOT, esa célula judicial no tendría la competencia para conocer de dichas diligencias.

II) La Jueza Tercera Penal del Circuito de Pereira, dejó constancia en el sentido de que la misma F.G.N. ya había hecho referencia a qué autoridad judicial era la competente para conocer de la actuación, y en razón a ello, esa situación ya había sido resuelta por ese motivo el proceso había arribado a ese despacho.

III) El delegado Fiscal consideró que la causa debía ser resuelta por esta Colegiatura, ya que en consideración a los hechos materia de investigación que se adelanta en contra del señor DOT, a este se le había imputado entre otros delitos el de desaparición forzada, por unos hechos acontecidos el 9 de junio de 2.019 en los que figura como víctima el señor JOHN ESTEBAN PUERTA ROMERO, conducta que no fue aceptada por aquel ciudadano, ante lo cual las diligencias habían sido devueltas a la Fiscalía 4ª Especializada, la cual presentó el respectivo escrito de acusación por el reato en mención, pero al momento de la formulación de la acusación, pese a que los intervinientes no hicieron alusión a alguna causal de incompetencia, el fiscal que asistió a esa vista pública, con fundamento en un interrogatorio a indiciado realizado al señor DOT el 17 de abril de 2.020, consideró conveniente “adicionar” la acusación, ya que luego de la desaparición se presume que acaeció el homicidio, sin embargo el cuerpo de la víctima no aparece porque supuestamente este fue arrojado a un río, al igual que una motocicleta en la que esta se transportaba. En este caso existe una formulación de imputación por el delito de desaparición forzada y respecto a esa conducta se radicó el respectivo escrito de acusación, y sobre ese aspecto la Fiscalía Especializada no presentó una solicitud de preclusión, ni tampoco una adición a la formulación de la acusación con relación al homicidio, y por ello la competencia radicaría en los juzgados especializados, máxime si se está en presencia de una desaparición forzada agravada, según los numerales 8 y 9 del artículo 168 del C.P., pues según el interrogatorio del señor DOT el cuerpo fue arrojado en un río, y al respecto no existen otros medios de prueba diferente a ese interrogatorio a indiciado, por lo que esa acusación sigue vigente, máxime cuando el mismo investigado asegura haber asesinado a la víctima pero su cadáver no aparece.

Expuso que la Jueza Segunda Penal del Circuito Especializado de Pereira, con base en la “adición” que iba a realizar el fiscal, consideró que había otra tipificación, y por ello las diligencias se remitieron a los juzgados con categoría del circuito, cuando lo que se debía hacer era adicionar esa acusación con un agravante por el homicidio.

Consideró que se está convirtiendo en una práctica por parte de algunos fiscales la remisión a los juzgados penales del circuito los procesos, dejando en el limbo algunos delitos

Hizo referencia a un auto proferido por esta Sala el 29 de septiembre de 2.021, en un caso similar de definición de competencia, en el que se pretendía dejar en el limbo el delito de tortura, pues la F.G.N. al momento de la formulación de la acusación trató de eliminar dicha conducta, ante lo cual se dijo que el órgano investigador debía tomar una posición frente a esa conducta, bien fuera solicitando la preclusión de la misma, por lo que las diligencias fueron asignadas a un juzgado penal del circuito especializado.

IV) El representante de las víctimas consideró que la investigación era de competencia de los Juzgados Penales del Circuito teniendo la variación de la calificación jurídica realizada por el delegado de la F.G.N., con base en los propios dichos del señor DOT de los cuales no se desprende que se haya configurado la conducta de desaparición forzada, pese a que si se advierte que es el responsable de la muerte violenta del señor JHON ESTEBAN PUERTA el día 9 de julio de 2.019, mediante el uso de un cuchillo, y ante la confesión que este último le hizo en el sentido de que él había sido quien había segado la vida del cuñado del señor DOT, luego de lo cual en compañía de un sujeto llamado LUIS N. alias “chicho”, habían tirado el cuerpo y la moto, en el que el occiso se movilizaba, a un río.

En consecuencia, adujo que en el presente caso se había configurado la conducta de homicidio, la cual es de resorte de los juzgados penales del circuito.

V) Por su parte el apoderado judicial del señor DOT expuso que a su modo de ver era una falta de seriedad y de objetividad por parte de la F.G.N. el trasegar de las diligencias, las cuales han ido de un lugar a otro, pese a que el asunto ya fue definido por parte de la Jueza Segunda Penal del Circuito Especializado de Pereira, máxime cuando fue iniciativa del propio Fiscal 4ª Especializado el variar la calificación jurídica en atención a lo narrado por el mismos procesado, y definir de esa manera que se está frente al delito de homicidio simple, no de desaparición forzada.

Finalmente, adujo que su representado ha colaborado con la justicia, y el ente investigador no cuenta con elementos para llevarlo a juicio por el reato de desaparición forzada, y pese a que existe el concepto de un fiscal especializado, el cual fue avalado por la Jueza Segunda Penal del Circuito Especializado de Pereira, ahora se pretende dilatar aún más el trámite del proceso con la remisión del mismo al Tribunal Superior.

VI) Con base en lo anteriormente enunciado, la Jueza Tercera Penal del Circuito de Pereira, pese a que no realizó un pronunciamiento de fondo respecto a tales planteamientos, tácitamente aceptó la impugnación de competencia propuesta por el Fiscal 18 Seccional de Pereira, al disponer la remisión de las diligencias a esta Corporación.

**CONSIDERACIONES:**

Las solicitudes sobre impugnación de competencia se encuentran reguladas por el artículo 341 de la ley 906 de 2004, el cual establece que dichos asuntos serán dirimidos por el superior jerárquico del juez, quien debe definir a qué despacho le corresponde continuar su trámite. Lo anterior, en virtud del principio de celeridad, que busca omitir procedimientos que originarían una dilación en las decisiones judiciales.

En el presente asunto se tiene que las audiencias preliminares se adelantaron el día 30 de diciembre de 2.019, las cuales fueron realizadas ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, respecto a las cuales resulta imperante realizar algunas aclaraciones, ante las imprecisiones que se plasmaron en el acta de dicho acto:

* De conformidad con lo acontecido en la audiencia de formulación de imputación, el delegado del Ente Investigador, le comunicó cargos al señor DOT por el concurso de conductas punibles de concierto para delinquir agravado (artículo 340 inciso 2° del C.P.), homicidio[[1]](#footnote-1) (artículo 103 del C.P.), fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (artículo 365 del C.P.), fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos (art. 366 del C.P.) y desaparición forzada[[2]](#footnote-2) (artículo 165 del C.P.)[[3]](#footnote-3).
* En el acta proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad, se avizora una inconsistencia de gran entidad, pues a folio # 20 del documento denominado “02EscritoAcusacion” del expediente digital, se señala que *“Todos los indiciados manifiestan entender los cargos que les imputa la Fiscalía, pero manifiesta(n) que NO LOS ACEPTAN”*. Sin embargo, en la siguiente hoja, se plasmaron los mismos reatos a los que se hizo alusión que le fueron informados al procesado DOT, y en el folio #22 se dejó constancia que “*El señor DOT ACEPTA los cargos imputados, pero NO acepta el cargo de Desaparición Forzada, y se verifica que su aceptación es libre y voluntaria*.
* Sin embargo, esas dos situaciones que fueron plasmadas en el documento en alusión, no corresponden a la realidad de lo acontecido en dicha vista pública, pues al ser verificado el registro respectivo, se pudo establecer que hay uniformidad frente al listado de delitos por los cuales se adelanta la presente investigación en contra del señor DOT. Sin embargo, del vídeo de la audiencia de formulación de imputación se desprende que cuando la Jueza Segunda Penal Municipal, con Funciones de Control de Garantías de Pereira, interroga al señor DOT sobre su voluntad de aceptar o no la imputación o guardar silencio frente a la misma, este adujo de viva voz “*Su señoría, yo acepto el homicidio, pero no la desaparición*”.[[4]](#footnote-4)
* Continuando con la comprobación de ese registro, se constató que una vez concluida la audiencia de formulación de imputación, y mientras el Fiscal sustentaba la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, el Juez que precedía ese acto interrumpió a ese Delegado y se refirió al señor DOT, con el fin de interrogarlo nuevamente sobre su intención de allanarse a cargos, indicando el procesado que no aceptaba la conducta de que trata el artículo 165 del C.P., pero que se allanaba respecto a los demás reatos.
* Ante dicha situación la F.G.N. presentó el respectivo escrito de acusación ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, únicamente en lo que concierne al delito de desaparición forzada, que se pregona en contra del señor DOT, por los hechos ilícitos de los cuales fue víctima el señor JHON ESTEBAN PUERTA ROMERO, por hechos ocurridos en julio 09 de 2.019.

Ahora bien, con base en lo acontecido en las audiencias instaladas en cada uno de los despachos que considera que no es el competente para continuar con el curso normal de la presente causa, esta Sala estima que se está frente a una disparidad de conceptos entre el Fiscal 4ª Especializado y el Fiscal 18 Seccional de Pereira, respecto a la denominación jurídica de unos hechos ilícitos que se le endilgaron al señor DOT, los cuales le fueron imputados a este en la diligencia realizada el 30 de diciembre de 2.019 en la modalidad de desaparición forzada, delito que fue reiterado en el escrito de acusación, pero que conforme a los planteamientos hechos por el fiscal especializado en comento, dicho reato debe ser mutado al de homicidio simple, con base en lo señalado por el mismo procesado en un interrogatorio a indiciado, lo cual no es compartido por el delegado de la Fiscalía 18 Seccional, quien a su modo de ver, dicha variación a la calificación jurídica no es factible puesto que el delito el punible del artículo 165 del C.P. ya le fue comunicado al encartado y la F.G.N. debe definir el rumbo que debe tomar la investigación por dicho reato, por lo que el mismo no puede quedar en un limbo jurídico, máxime si se dan los presupuestos estructurales de dicha conducta.

Pues bien, esta Sala debe advertir que esa discrepancia entre los fiscales de marras frente al delito por el cual debe proceder la F.G.N. en contra del señor DOT, inicialmente debía ser zanjada entre aquellos mismos, o en su defecto, poner tal situación en consideración de la Dirección Seccional de Fiscalías, quien tiene la competencia para dimir los conflictos administrativos de competencia suscitado entre aquellos funcionarios, con el fin de determinar la calificación jurídica que se le debe dar a la conducta endilgada al encausado, y de esa manera establecer cuál de los dos fiscales era el llamado a intervenir en el proceso penal.

Sin embargo, y como ello no sucedió, la F.G.N. trasladó esa controversia a la Judicatura, en donde se planteó el conflicto de competencia en el momento en el que el Fiscal 4 Especializado de Pereira, de manera deliberada, decidió cambiar la calificación jurídica de los hechos imputados al procesado, respecto a los cuales se presentó el respectivo escrito de acusación por el punible de desaparición forzada el que se mutó por el de homicidio simple.

En tal sentido es preciso señalar que le asistió razón al Fiscal 18 Seccional al asegurar que se ha convertido en una práctica en este Distrito Judicial de algunos representantes del Ente Acusador, consistente en modificar deliberadamente la denominación de la calificación jurídica, lo cual podría conllevar a una alteración de la competencia, sin tener en cuenta que una vez formulada la imputación y radicado el escrito de acusación sobre una conducta punible determinada, esta permanece incólume, y si bien existen algunas facultades legales que le asisten a dichos servidores para variar y modificar el punible durante el desarrollo de la audiencia de formulación de acusación, es necesario que se tenga en cuenta que ello solo puede suceder, siempre y cuando dicha mutación de la calificación jurídica no afecte el núcleo fáctico de los hechos imputados al procesado, los cuales deben guardar consonancia entre sí, acorde con los postulados que orientan la principio de la coherencia, y que la nueva calificación jurídica dada a los hechos sea favorable a los intereses del procesado.

En tal sentido, la Corte ha dicho:

«Se ha enfatizado en que la formulación de imputación ha de ser fáctica y jurídica, fase embrionaria ubicada en los terrenos de posibilidad, que luego, en virtud del principio de progresividad, permitirá allegar elementos materiales probatorios y evidencia con miras a sustentar la formulación de acusación con un grado de probabilidad de verdad, momento culminante de la investigación que la reviste de un halo definitivo delimitando así el marco factual y jurídico dentro del cual habrá de surtirse el debate oral.

Bajo esa perspectiva, la formulación de imputación se constituye en un condicionante fáctico de la acusación —o del allanamiento o del preacuerdo—, sin que los hechos puedan ser modificados, estableciéndose así una correspondencia desde la arista factual, lo cual implica respetar el núcleo de los hechos, sin que ello signifique la existencia de un nexo necesario o condicionante de índole jurídica entre tales actos.

(:::)

Pero cuando surgen nuevas aristas fácticas que conllevan la configuración de otras hipótesis delictivas será necesario ampliar la formulación de imputación o incluso practicar otra diligencia de esa índole a fin de no sorprender al incriminado, limitante que subsiste aun en la audiencia de formulación de acusación, en la que, si bien el Fiscal puede corregir la acusación, no está facultado para alterar el aspecto fáctico.

El límite, entonces, son los hechos registrados en la imputación, sin que se puedan considerar supuestos fácticos no incluidos en ella, máxime cuando tal modificación agrava la situación jurídica del incriminado. Esto significa que tales modificaciones serán posibles si se adelanta una audiencia de garantías adicional a la imputación para tales efectos y se realiza antes de la presentación del susodicho escrito.

La Sala insiste en que bajo la Ley 906 de 2004 la fijación de los hechos es de exclusiva competencia de la fiscalía y, la modificación del núcleo fáctico de los dados a conocer en la audiencia de imputación solo es viable a instancia suya, eso sí agotando el procedimiento correspondiente antes de la presentación del escrito de acusación. En las audiencias posteriores ese núcleo es inmodificable para agravar en los procesos ordinarios y abreviados (no así las circunstancias que favorezcan al procesado), por demás, a los hechos judicializados se tiene que circunscribir la conducta procesal de las partes, los intervinientes y las autoridades (judiciales, fiscales y Ministerio Público).

La formulación de imputación se constituye, entonces, en condicionante fáctico de la acusación, de ahí que deba mediar relación de correspondencia entre tales actos. Los hechos serán inmodificables, pues si bien han de serle imputados al sujeto con su connotación jurídica, no podrá la acusación abarcar hechos nuevos.

Lo anterior no conlleva a una inmutabilidad jurídica, porque precisamente los desarrollos y progresividad del proceso hacen que el grado de conocimiento se incremente, por lo tanto, es posible que la valoración jurídica de ese hecho, tenga para el momento de la acusación mayores connotaciones que implican su precisión y detalle, además, de exigirse aún la imposibilidad de modificar la imputación jurídica, no tendría sentido que el legislador hubiera previsto la formulación de imputación como primera fase y antecedente de la acusación.

En este sentido, se insiste, si surge otro hecho, debe adelantarse una nueva formulación de imputación, pues ello tiene sustento en la Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal al establecer los derechos del imputado cuando indica que “las decisiones que afecten derechos personales o procesales del imputado no podrán ser adoptadas sin audiencia previa.”

(:::)

En suma, la modificación de la imputación fáctica: i) no puede recaer sobre el núcleo de lo que fue objeto de imputación; ii) es admisible para aclarar los hechos en todos los casos, o para excluir supuestos de imputación; y iii) si se trata de adición, necesariamente no se puede agravar la situación jurídica del inculpado…»[[5]](#footnote-5).

A modo de conclusión, vemos que el límite que tiene la Fiscalía para poder variar en la acusación la denominación jurídica dada a los hechos jurídicamente relevantes imputados al procesado, radica en que con esa mutación no se afecte el núcleo factual de los hechos imputados al procesado, y que con tal variación, en lo que atañe con la conducta novel, no se agrave la situación jurídica del procesado.

Razón por cual, en el evento que ello llegue a suceder, es obvio que tendría lugar una violación del debido proceso por parte de la Fiscalía, que posiblemente solo podría ser saneada mediante la declaratoria de nulidad de la actuación procesal.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, observa la Sala que con lo acontecido, o sea al variar la calificación jurídica dada al reato imputado al procesado, la que correspondía con el delito de desaparición forzada por la del delito de homicidio[[6]](#footnote-6), no existe duda alguna que con ese proceder es claro que la Fiscalía afectó el núcleo fáctico de la imputación y en consecuencia soslayó los postulados que orientan al principio de la coherencia, porque le introdujo nuevas premisas fácticas a los hechos imputados al procesado, los cuales pasaron de un contexto de ocultamiento de una persona del amparo de la ley, a uno relacionado con la aniquilación de la existencia de un ser vivo.

Por lo tanto, sí la Fiscalía consideraba que como consecuencia de la llegada de nuevos *“E.M.P.”* se debía variar las conductas punibles imputadas al procesado, lo que tenía que hacer era acudir nuevamente a un Juzgado con Funciones de Control de Garantías para solicitar una audiencia preliminar de variación de la calificación jurídica de los delitos imputados al procesado, y de esa forma proceder a endilgarle cargos por el delito de homicidio agravado, lo que reemplazaría los cargos enrostrados por el delito de desaparición forzada.

Pero vemos que ello no sucedió, porque la Fiscalía, de manera indebida en la audiencia de formulación de la acusación, sin más y sin menos, procedió a variar la calificación jurídica dada a uno de los delitos imputados al procesado, o sea el de desaparición forzada, sin tener en cuenta que ello, por contrariar al principio de coherencia, afectaba el núcleo básico de la acusación, y por ende, en últimas socavaba las bases estructurales del debido proceso.

En fin, para la Sala no existe duda que con lo acontecido ha tenido lugar una ostensible violación del debido proceso que ameritaría la declaratoria de nulidad de la actuación procesal, pero la Sala, teniendo en cuenta el carácter residual de las nulidades procesales, que implica que el Juzgador de instancia, antes de acudir a su aplicación, deba de *«asegurarse que no existe otro remedio procesal para subsanar el yerro…»[[7]](#footnote-7)*, se abstendrá de hacer uso de esa radical medida, y en tal sentido, teniendo en cuenta que aun no se ha agotado la verbalización de la formulación de la acusación, lo que implica que aun se encuentran vigentes los cargos enrostrados al procesado por el presunto delito de desaparición forzada, y por ello procederá a remitir las actuaciones con destino hacia el Juzgado 2º Penal Especializado del Circuito de Pereira, quien sería el competente, por el factor objetivo, para asumir el conocimiento del Juzgamiento por ese delito.

De igual manera, en el devenir de la audiencia de acusación, la Fiscalía podrá solicitar una ruptura de la unidad procesal, para de esa forma, en el evento que considere que ante la existencia de nuevos *E.M.P.* es imperioso variar la calificación jurídica del delito de desaparición forzada por homicidio agravado, pueda acudir a los Juzgados de control de garantías para solicitar la realización de una audiencia preliminar de variación de los cargos efectuados en la formulación de la imputación.

En mérito de lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,

**RESUELVE**

**PRIMERO: ACEPTAR** la impugnación de competencia presentada por el delegado de la FGN, en contra de la Juez Tercera Penal del Circuito de Pereira, para asumir el conocimiento de la actuación que se adelanta en contra del señor DOT por el delito de desaparición forzada.

**SEGUNDO: DECLARAR** que el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pereira es la autoridad competente para conocer del presente asunto; **por lo tanto se DISPONE la remisión inmediata del expediente a ese Juzgado para los fines pertinentes.**

**TERCERO:** **DECLARAR** que en contra de esta decisión no procede recurso alguno.

**CUARTO: INFORMAR** lo aquí resuelto al Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

1. Por la muerte violenta del señor RAÚL GIRALDO AGUIRRE en hechos acontecidos el 4 enero de 2.019 [↑](#footnote-ref-1)
2. Por la desaparición forzada del señor JHON ESTEBAN PUERTA ROMERO, por hechos ocurridos en julio 09 de 2.019 [↑](#footnote-ref-2)
3. Registro de audiencia 00:32:17. [↑](#footnote-ref-3)
4. Registro de audiencia 00:39:47 [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal: Sentencia del catorce (14) de octubre de dos mil veinte (2020). SP3918-2020. Rad. # 55440. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. [↑](#footnote-ref-5)
6. Que a juicio de la Sala correspondería con el delito de homicidio agravado. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal: Sentencia del diez (10) de marzo de dos mil veintiuno (2021). SP823-2021. Rad. # 57194. M.P. EYDER PATIÑO CABRERA. [↑](#footnote-ref-7)