



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, miércoles, veintitrés de junio de dos mil veintiuno

Aprobado mediante acta número 0056 del once de junio de dos mil veintiuno

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por la defensa de los señores LEYSON DAVID AGUDELO OROZCO y ALEJANDRO GONZÁLEZ ARANGO, conoce en segunda instancia esta Corporación la providencia proferida por el Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí dentro del desarrollo de la audiencia de formulación de acusación celebrada el 16 de octubre de 2020, mediante la cual admitió los cargos por los cuales la Fiscalía General de la Nación acusó a los procesados.

1. ANTECEDENTES

Relata la Fiscal 19 Especializada de Medellín en el escrito de acusación que:

"El día ocho de marzo de 2020 siendo las 11 de la mañana aproximadamente, hallándose los funcionarios de la Policía Nacional IVAN DARIO CASTRILLON SUÁREZ y JOHN HENAO realizando labores preventivas y de patrullaje dentro del segundo turno de vigilancia en el cuadrante 4.4 barrio La Montañita, cuando iban a la altura de la calle 101 sur con carrera 48AA observaron dos personas de sexo masculino realizando un intercambio de sustancia estupefaciente y dinero, por lo que frenaron la motocicleta de inmediato solicitándoles una requisita. A uno de ellos, identificado como JUAN CAMILO TAMAYO TABORDA, le hallaron cuatro cigarrillos con una sustancia de color verdoso con características similares al cannabis o marihuana en la mano, y al otro ciudadano igual cantidad de cigarrillo (4) en un bolsillo en la pantaloneta y varios billetes en su mano, incautándole LA SUMA DE 60.000 \$ en total. Ante la situación de flagrancia sobre la probable conducta descrita en el art. 376 del C.P. de fabricación, tráfico, porte de sustancias estupefacientes, uno de ellos emprendió la huida, por lo que el PT JOHN HENAO procede a apoyar a su compañero, sintiendo un fuerte golpe en la cabeza y al girar ve a una multitud de personas que se abalanzan hacia ellos y comienzan a agredirlos física y verbalmente. En ese instante JUAN CAMILO TAMAYO TABORDA logra extraer de la funda del patrullero ANDRES SÁNCHEZ el arma de fuego, iniciándose un forcejeo, JUAN CAMILO TAMAYO accionó el arma en dos ocasiones hiriendo al patrullero, por lo que el otro uniformado ante el peligro evidente e inminente esgrime su arma de dotación contra la parte inferior de la pierna de JUAN CAMILO a fin de defender a su compañero de patrulla propinándole dos disparos a la altura de los pies. Ante el lesionamiento de JUAN CAMILO, otro individuo identificado posteriormente como JOHN FELIPE USUGA

BARRIOS se abalanzó contra el servidor IVAN DARIO CASTRILLÓN SUÁREZ intentado arrebatarle la pistola, en medio del forcejeo JOHN FELIPE USUGA BARRIOS fue impactado en la mano derecha y el mismo proyectil también lo impacta en la ingle. Los dos heridos, es decir USUGA BARRIOS Y TAMAYO TABORDA hoy acusados fueron trasladados a un centro médico, mientras que los patrulleros, pese a estar uno herido, las personas del barrio, lejos de ayudarlos, los fueron arrinconando con dirección hacia la cañada, gritando la agitada turba "tírelos a la cañada por pirobos hp".

En ese momento lograron los uniformados observar dos individuos más, que a la postre fueron identificados como LEISON DAVID AGUDELO OROZCO y JOHN EDISON TABORDA MORENO junto a la motocicleta y en actitud sospechosa, en una rápida maniobra se agacharon al lado de la motocicleta en la que llegaron los dos servidores de la policía. Pudiendo ver que en el instante que estos dos sujetos se agachan, prenden la moto, avizorando una fuerte llamarada iniciando la conflagración de la moto, retirándose velozmente, mientras las llamas comenzaron a consumir todo el velocípedo como en efecto ocurrió.

Acorralados como estaban por la turba, que con piedra, adobe y palabras soeces los trataba, se vieron obligados a resguardarse al lado de un carro, mientras recibían ataques con piedras, por fortuna llegó en ese instante el apoyo antes solicitado.

Con los refuerzos procedieron a indicar a los servidores la participación de todos en la asonada como la identificación e individualización de estas personas, capturándose ocho personas en total que, al ser presentadas ante un juez con función de control de garantías, declaró legal el procedimiento en relación con los cuatro acusados, ilegal frente a los demás, a quienes se les realizará compulsas de copias para la respectiva investigación."

El 09 de marzo de 2020 los señores LEYSON DAVID AGUDELO OROZCO, JHON FELIPE ÚSUGA BURGOS y ALEJANDRO GONZÁLEZ ARANGO, entre otros, fueron presentados ante el Juez Dieciséis Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, funcionario que verificó la legalidad de la captura de los mencionados ciudadanos. Entre los días 10 y 11 de marzo siguientes el Juez Segundo Promiscuo Municipal de La Estrella le profirió medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento penitenciario a AGUDELO OROZCO, domiciliaria para ÚSUGA BURGOS y el señor GONZÁLEZ ARANGO fue dejado en libertad, previa formulación de imputación por parte de la Fiscalía así: al señor LEYSON DAVID AGUDELO OROZCO por el concurso homogéneo del delito de violencia contra servidor público en concurso heterogéneo con asonada y daño en bien ajeno agravado, y a los señores ALEJANDRO GONZÁLEZ ARANGO y JHON FELIPE ÚSUGA BURGOS por el concurso homogéneo del punible de violencia contra servidor público en concurso heterogéneo con asonada, cargos que no fueron aceptados por los imputados.

El 07 de julio de 2020 la Fiscalía General de la Nación radicó escrito de acusación adicionando los cargos imputados al señor JHON FELIPE ÚSUGA BURGOS, pues agregó el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones para este procesado; así como también varió la calificación jurídica de daño en bien ajeno agravado endilgado al señor LEYSON DAVID AGUDELO OROZCO, por la contenida en el inciso tercero del artículo 350 del código penal, esto es, incendio agravado, e incluyó la agravante contenida en el artículo 473 ibídem para el delito de asonada imputada a los tres coprocesados.

La formulación oral se instaló en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí el 03 de septiembre de esa anualidad, oportunidad en la cual los defensores realizaron algunas observaciones frente al escrito de acusación, específicamente sobre los hechos jurídicamente relevantes al encontrarlos diversos a la narración realizada en la formulación de imputación, así como a la adecuación jurídica pues también resulta ser diferente, objeciones frente a las cuales se pronunció la delegada del ente acusador.

El 16 de octubre siguiente se reinició la audiencia y el juez de primera instancia indicó que, luego de haber escuchado con detalle los audios de las diligencias preliminares, en efecto hay varios puntos que la Fiscalía debe corregir. Al respecto adujo que, pese a que al señor JHON FELIPE USUGA BURGOS en la formulación de imputación no se le enrostró el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones, en la acusación ese punible sí le fue incluido.

Y en cuanto a la violencia contra servidor público, anotó que se observa una irregularidad ya que al señor LEYSON DAVID AGUDELO OROZCO, al formularsele la imputación, quien fungió como representante del ente acusador únicamente expuso "*violencia contra servidor público en concurso con violencia contra servidor público*", y que en el escrito de acusación se mencionan cuatro personas a quienes se les atribuye lesiones por parte de este ciudadano, por lo que encuentra arbitrario ir en contravía de las exigencias sobre la debida determinación de los hechos jurídicamente relevantes el asumir ahora que hay más de dos hechos imputados; y que a este mismo procesado en un principio se le atribuyó la conducta punible de daño en bien ajeno agravado

por ser un bien del estado, pero que en la acusación se varió esa calificación jurídica indicando que se trata de un incendio agravado por el numeral 2º del 267 ibídem, que se refiere también a bienes del estado.

Adicionalmente, sostuvo el juzgador que a este mismo sujeto procesal - LEYSON DAVID AGUDELO OROZCO- y al señor ALEJANDRO GONZÁLEZ ARANGO, se les endilga en la acusación el delito de asonada con la circunstancia de agravación punitiva contenida en el artículo 473 del código penal, pero que dicho agravante no fue mencionado en la imputación de cargos pues allí tan solo se habla del punible descrito en el artículo 469 ibídem, incluso con penas bien delimitadas.

De conformidad con lo expuesto en precedencia, el a quo requirió a la delegada de la Fiscalía para que adecuara la acusación a lo indicado en la imputación, ello de conformidad con la sentencia con radicado N° 52311 donde se estableció que es un compromiso de la Fiscalía hacer el autocontrol para ajustar a derecho sus actuaciones procesales, ya que al tratarse la acusación de un acto de parte mal haría la judicatura en imponerle una forma concreta de tipificación, ello pese a que la misma Corte Suprema de Justicia ha dicho que cuando se presenten errores arbitrarios bien puede el juez de conocimiento entrar a hacer el respectivo control material, pues estimó que este no es el caso por cuanto la Fiscalía, en medio de una imputación bastante caótica, ha errado al momento de formular sus cargos en la acusación pero sin ser ello abiertamente contrario a la legalidad.

También señaló que según la providencia con radicado N° 51007 en concordancia con la sentencia de constitucionalidad C-025 de 2010, es cierto que la Fiscalía tiene la posibilidad de alterar la calificación jurídica cuando en virtud del desarrollo de actos de investigación encuentra nuevos detalles, pero que ello está excesivamente reglado y en este caso la representante del ente acusador no cumplió con esos parámetros según, entre otros aspectos, cuando se va a mutar a un delito más grave o se van a incluir punibles nuevos, definitivamente es necesario acudir a una imputación adicional para posteriormente, cuando sea el momento oportuno, dar conexidad a los dos procesos o tramitarlos por cuerdas separadas.

En respuesta a lo anterior, luego de hacer un recuento de los diferentes momentos que se relacionan con los hechos acaecidos el 08 de marzo de 2020, la delegada de la Fiscalía indicó que de ninguna manera está haciendo una modificación factual y por ello no puede decirse que se estaría sorprendiendo a la defensa ya que la calificación jurídica que se da en la formulación de imputación es provisional.

Destacó que en ese momento procesal sí se aludió al delito de incendio, solo que el Fiscal que llevó a cabo dicha diligencia finalmente endilgó el punible de daño en bien ajeno agravado, pero que en el contexto de lo narrado se hizo alusión a que se prendió fuego a una motocicleta de dotación de la policía, por lo que ahora, de manera válida, puede modificar la denominación jurídica frente a ese comportamiento. Sobre la conducta punible de violencia contra servidor público, aseveró que en virtud del artículo 339 de la Ley 906 de 2004 se pueden hacer

adiciones al escrito de acusación, y que el señor LEYSON DAVID incurrió en este delito en dos momentos, el primero cuando se dio la asonada frente a los agentes de la policía nacional y el segundo cuando se repliega en su vivienda y desde allí agrede a los agentes del ESMAD, razón por la cual se dijo que era un concurso homogéneo de conductas punibles y ahora tan solo se están precisando el número de víctimas.

Ahora, sobre la imposición de las agravantes apuntó que no se requiere de una imputación adicional por cuanto lo que se está haciendo es el reajuste o readecuación de la tipificación, resultando claro que a mayor espacio de tiempo existen superiores estándares investigativos y por tanto estima que a los señores LEYSON DAVID AGUDELO OROZCO y ALEJANDRO GONZÁLEZ ARANGO no se les está vulnerando ningún derecho fundamental con las adecuaciones punitivas realizadas.

Es así como en audiencia celebrada el 16 de octubre de 2020, la representante del ente acusador anunció que retiraba el cargo de fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones que le había atribuido al señor ÚSUGA BURGOS y pasó a exponer la formalmente la acusación así:

A LEYSON DAVID AGUDELO OROZCO lo acusó como presunto coautor del delito de VIOLENCIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO (artículo 429 del código penal) en concurso homogéneo y sucesivo al haber lesionado a los patrulleros de la policía nacional William Alexander Gamba Villamil, Cristian Rodrigo Gómez Abreo, Montoya Álvarez y Jorge Eliecer Amaya Ospina; en concurso heterogéneo con los delitos de ASONADA AGRAVADA (artículos 469

y 473 ibídem) e INCENDIO AGRAVADO (inciso 3º del artículo 350 ibídem).

A JHON FELIPE USUGA BURGOS como presunto coautor del delito de VIOLENCIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO (artículo 429 del código penal) en concurso homogéneo y sucesivo al haber lesionado a los patrulleros de la policía nacional Jhon Henao Gil y Andrés Steven Sánchez Hernández; en concurso heterogéneo con el delito de ASONADA AGRAVADA (artículos 469 y 473 ibídem).

A ALEJANDRO GONZÁLEZ ARANGO como presunto autor del delito de VIOLENCIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO (artículo 429 del código penal) en concurso homogéneo y sucesivo al haber lesionado a los patrulleros de la policía nacional Jhon Henao Gil y Andrés Steven Sánchez Hernández; en concurso heterogéneo con el delito de ASONADA AGRAVADA (artículos 469 y 473 ibídem).

La anterior acusación fue admitida por el Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí y ante ello los defensores de los señores LEYSON DAVID AGUDELO OROZCO y ALEJANDRO GONZÁLEZ ARANGO interpusieron el recurso de apelación, adicionalmente, la apoderada judicial del último de los coprocesados referidos elevó una solicitud de nulidad, pretensión que fue resuelta desfavorablemente por el a quo el 15 de diciembre último.

2. LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El fallador comenzó recordando que, de conformidad con la jurisprudencia nacional -providencias SP14191

de 2016, AP6049 de 2014, SP5660 de 2018-, el control material de la acusación por parte del juez de conocimiento es excepcional y procede solo cuando se presenta un grosero quebrantamiento de garantías fundamentales, circunstancia que no se corrobora en el plenario ya que no se evidencia irrespeto alguno al principio de legalidad, pues no se está acusando por conductas no previstas en la ley o que no se tipifiquen en el momento de los hechos, ni se están elevando cargos de forma contraevidente.

Tampoco encontró configurada una incongruencia, en los términos de la sentencia C-025 de 2010, resaltando que entre la imputación y la acusación lo que existe es un imperativo de coherencia y no de congruencia, y que la Fiscalía es soberana en la prerrogativa de encuadrar la tipificación de las conductas delictivas, razón por la cual no hay otro sujeto procesal habilitado para exigir el cumplimiento forzado de dicho imperativo, es decir, la defensa no le puede exigir al ente acusador que califique los comportamientos de una u otra manera.

Expresó que el juez sí está llamado a hacer ajustes respecto a los cargos endilgados pero que ello se da eventualmente en la sentencia y no en etapas previas como la que se está agotando, y que efectivamente se pueden incluir nuevos cargos en la acusación sin que sea admisible el argumento de un sorprendimiento ya que no se trata de una actuación intempestiva sino acorde con la naturaleza de la diligencia, máxime cuando la defensa tiene el tiempo necesario para preparar su estrategia en aras de defender los intereses de sus prohijados frente a los cargos que han sido endilgados por el ente acusador.

Agregó que de acuerdo con la decisión SP5390 de 2019, ante el quebrantamiento del imperativo de coherencia entre imputación y acusación por parte de la Fiscalía, la congruencia solo se ve violentada en el evento en que se emita una sentencia condenatoria por delitos diversos a los que fueron imputados, pues entre la disyuntiva existente entre la implementación de un control temprano de la actuación de las partes y la imparcialidad prevalece este último como garantía de mayor peso.

Anotó que parece que a la defensa le favorecería un eventual control de la acusación, pero que haciendo el ejercicio contrario, si la Fiscalía quisiera retirar algún cargo y él como fallador, violentando su deber de imparcialidad, se inmiscuyera en el asunto y sostuviera que se tiene que acusar por lo mismo que inicialmente se imputó, es decir, no accede a lo peticionado por el ente acusador pese a que la investigación haya avanzado y se considere que los ingredientes de alguna de las conductas inicialmente avizoradas no se configuran, seguramente bajo esa hipótesis no estarían en desacuerdo los defensores, por lo que estima que la postura actual de éstos no es leal ya que lo que reclaman es algo que les favorece momentáneamente pero que no se puede considerar como justo para la generalidad de los casos.

Concretó que en este evento se conserva la dimensión fáctica de la imputación y solamente se está cambiando su calificación, ahora, sobre si ello sea procedente o no de la manera en la que lo realizó la Fiscalía explicó que cuando se hicieron las observaciones acerca de la acusación él expresó que su criterio está orientado por lo dispuesto en la radicación N° 51007, decisión en la se sostiene que para que la Fiscalía agrave la situación del

procesado se deben presentar antes algunas actuaciones, pero que, sin embargo, ese discernimiento no se lo puede imponer a la delegada Fiscal porque no es el ente inculpativo.

En contraposición, sostuvo que la representante de la Fiscalía también presentó un sustento jurídico por lo que se está en presencia de un asunto que admite discusión, pues dicha funcionaria señaló que su actuación es procedente en virtud de lo dispuesto en el artículo 339 del código de procedimiento penal que la habilita para adicionar la acusación, y que en el escrito de acusación citó las radicaciones N° 30838 y 29335 con las que avala su postura, por lo que, reitera, como se trata de un tema de interpretación no le puede imponer a la Fiscalía su lectura concreta sobre el asunto, por lo menos en esta actuación que es de parte, y por ende estimó que no es procedente el control material postulado por la parte defensiva.

Finalmente anotó que respetando el deber de la transparencia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín en decisión del 13 enero de 2017, dentro del radicado 2016 00580 y con ponencia del doctor MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS, manifestó que el juez de conocimiento sí está habilitado para inadmitir cargos de la acusación, postura de la que él se aparta con base en lo antes señalado, pero que respeta la regla procesal que se señala en tal providencia según la cual la decisión que inadmite cargos es susceptible de control vía recursos ordinarios, concluyendo que la que se abstiene de hacerlo también deberá seguir la misma pauta.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO

El defensor del señor LEYSON DAVID AGUDELO OROZCO expresó su inconformidad indicando que la interpretación realizada por el a quo va en contravía de toda la jurisprudencia que pacíficamente ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia en el entendido de que en este evento nos encontramos ante una flagrante violación de garantías fundamentales, por lo que enunció que abordaría su impugnación en tres aspectos concretos: (i) lo ocurrido en las audiencias preliminares y en la formulación de acusación; (ii) el error fáctico y de derecho; y (iii) la solicitud en concreto.

Inició aseverando que en la audiencia de formulación de imputación a su prohijado se le imputaron tres conductas punibles: una o varias asonadas, sin que haya claridad sobre ello porque la delegada Fiscal dice que el día 08 de marzo de 2020 se presentaron varias asonadas, por lo que deprecó precisión sin obtener respuesta ya que fueron varios momentos, uno en el que los patrulleros JHON HENAO y su compañero se encontraban haciendo un registro a dos sujetos y allí sucede una de esas asonadas, y otro cuando se da la conflagración de una moto, momento en el que presuntamente se encontraba presente su defendido, destacando que adicionalmente el delito de asonada fue imputado sin ningún tipo de agravante, pero que en la acusación sí se atribuyó un agravante -haber puesto en peligro a la comunidad- bajo el argumento de que la motocicleta se encontraba cerca a otro vehículo.

Ahora, frente al punible de violencia contra servidor público, considera que se trata de una sola conducta cometida en contra del agente GAMBÁ VILLAMIL del ESMAD, pero que, no obstante, el Juez de primera instancia manifiesta que entiende que son dos y la representante de la Fiscalía en la acusación adujo que fueron cuatro, siendo sujetos pasivos dos agentes de policía y los miembros del ESMAD que acuden a la vivienda de LEYSON DAVID a capturarlo, modificando así el núcleo fáctico bajo la explicación de que sufrieron heridas los servidores públicos GAMBÁ, MONTOYA ÁLVAREZ, AMAYA OSPINA y CRISTIAN RODRIGO GÓMEZ ABREO, lesionados que de manera inexplicable aparecieron dentro del proceso.

Y sobre la conflagración o quema de la moto de la policía nacional, sostuvo que inicialmente se imputó una conducta punible de daño en bien ajeno agravado, por ser un bien de uso público, pero que ahora, en sede de acusación, se varió ese punible por otro con mayor gravedad como es el delito de incendio agravado -artículo 350 del código penal-.

De acuerdo con lo anterior, anotó que se presenta una violación a garantías fundamentales y en ese entendido acude a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, concretamente a la decisión SP2073 de 2020, donde se precisa que se pueden realizar modificaciones al núcleo fáctico, siempre y cuando dicho cambio sea favorable al procesado, razón por la cual al juzgador de primera instancia le era dable realizar el control material por cuanto es necesario exigirle a la Fiscalía adicionar la formulación de imputación para seguir adelante con el proceso en sede de conocimiento o retirar lo que sea incongruente.

Pasó a citar algunas otras sentencias aduciendo lo siguiente: (i) la N° 51007 de 2019 establece que no se puede agravar la conducta punible o los hechos jurídicamente relevantes establecidos; (ii) la C-025 de 2010 dispone que no se pueden variar los hechos jurídicamente relevantes; y (iii) la N° 51745 de 2019 decreta que bajo ciertas circunstancias pueden darse cambios de la premisa fáctica de la imputación y establecer precisiones acerca de las condiciones de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos, sin que ello implique la subsunción en un tipo penal más gravoso o la inclusión de circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, excepto cuando hay lugar a un delito consumado en vez de la modalidad de tentativa.

Asentó que aunque se dijo en la decisión impugnada que es con la emisión de la sentencia que se podría ver transgredida la congruencia fáctica, lo cierto es que en esta etapa procesal sí se violentan las garantías fundamentales a la defensa y al debido proceso en el entendido que desde la acusación la defensa podría acudir a terminaciones anticipadas del proceso, sin que sea lo mismo negociar un preacuerdo bajo una imputación de un solo evento de violencia contra servidor público que sobre un concurso homogéneo de cuatro o cinco de esos comportamientos, adicionalmente que se presenta un sorprendimiento frente a hechos que no fueron imputados pues también se está agravando la conducta imputada, razones por las cuales no encuentra razonable que se deba esperar hasta la sentencia para verificar si esos nuevos hechos jurídicamente relevantes afectan o no el núcleo fáctico de lo que se está estableciendo como responsabilidad penal del acusado.

Concluyó requiriendo que se revise la decisión del a quo en dos aspectos: primero frente a la flagrante violación de garantías fundamentales en el entendido que se adicionaron los hechos y se volvieron más gravosas las conductas punibles atribuidas a su defendido, y en segundo lugar respecto a que la judicatura en este caso sí tiene la obligación de realizar el control material excepcional de la acusación, deprecando en consecuencia que se revoque el proveído apelado y se imparta legalidad a la formulación de acusación pero solo frente a los delitos inicialmente imputados al señor LEYSON DAVID AGUDELO OROZCO. Subsidiariamente, solicitó que se decrete la nulidad parcial desde la radicación del escrito de acusación para que sea el Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí el que tome dicha decisión.

La defensora del coprocesado ALEJANDRO GONZÁLEZ ARANGO también recurrió la decisión del a quo aduciendo que desde la audiencia anterior había manifestado a la Fiscalía su inconformidad por el hecho de haber agravado en la acusación el delito de asonada, pues el mismo se imputó sin ninguna circunstancia de agravación, por lo que, para esos fines, debió acudir nuevamente al juez de control de garantías en tanto se está desmejorando la situación de su prohijado.

Debido a lo anterior, aprecia prudente que se realice el control material de la acusación para decretar una nulidad parcial y se retrotraiga la actuación a la formulación de imputación, o que sea el juez de conocimiento el que proceda a sanear el proceso, siendo cualquiera de esas dos circunstancias la apropiada en este evento.

Como fundamento en la solicitud de nulidad anotó que la Fiscalía se saltó la instancia de control de garantías para el agravante impuesto al delito de asonada directamente en la acusación, sin haber sido imputado, destacando que el propósito de la formulación de acusación, en esa parte teleológica sustancial, es determinar en concreto los cargos por los que ha de defenderse el acusado en el juicio, mismos que deben ser coherentes con la imputación, pero que, como ello no se cumplió en este caso, dicho yerro es susceptible de invalidez a través de la nulidad de conformidad con el artículo 457 de la Ley 906 de 2004 y la sentencia SP4323-2015, radicado 44866 del 16 de abril de 2015.

Igualmente, aludió a la providencias N° 51007 del 05 de junio de 2019, puntualmente en su numeral 6.2.1., donde se habla de la reglamentación de la imputación en la Ley 906 de 2004; C-303 de 2013 que fijó el sentido y alcance de la formulación de imputación como mecanismo procesal para desarrollar las garantías previstas en el artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Civiles y Políticos; y C-025 de 2010 donde se declaró la constitucionalidad del artículo 448 del código de procedimiento penal en el sentido de que sí debe haber una congruencia entre la formulación de imputación y la acusación.

En conclusión, aseveró que se debe respetar el derecho a la defensa y al debido proceso, los cuales se garantizan si el juez de conocimiento hace el control material a la acusación para evitar nulidades posteriores, por lo que solicitó concretamente que se revise la agravación que se hizo al delito de asonada endilgado a su prohijado, actuación que no fue sometida al análisis

y aprobación del juez de control de garantías a través de una adición a la imputación ya formulada.

Por su parte, **la delegada de la Fiscalía** como no recurrente, deprecó la confirmación de la decisión del juez de primera instancia en el sentido de que el control realizado a la acusación es formal, y en segundo lugar porque, si bien por excepción puede hacerse un control material, éste solo es posible cuando se advierta, como lo indicó de manera acertada y ajustada a derecho el a quo, incongruencias que vulneren no solamente el debido proceso sino también el principio de legalidad.

Y sobre los argumentos expuestos por los recurrentes indicó que hay tres problemas jurídicos a tratar: (i) el control formal realizado por el fallador de instancia y que los defensores insisten en que sea de carácter material; (ii) las circunstancias de agravación adicionadas; y (iii) la adición de hechos planteada por el defensor del señor LEYSON DAVID y la indeterminación de los cargos porque no se sabe cuántas asonadas ni violencias contra servidor público se endilgaron.

Del primer problema jurídico acotó que no hay que perder de vista que existe una estricta separación de funciones, así como la garantía del principio de imparcialidad judicial que debe regir a la judicatura, por eso el legislador no previó en la norma la posibilidad de que el juez pueda controlar materialmente la acusación, y que la razón de ello se deriva de la constitución ya que los artículos 250 y 251 enseñan que en el sistema adversarial la Fiscalía ostenta la condición de parte, presentando una hipótesis incriminatoria al momento de la acusación para encaminar tanto

esos fundamentos probatorios como la corrección sustancial de la imputación jurídica realizada en un principio.

Afirmó que se tiene entonces el primer referente según el cual la decisión de primera instancia es correcta porque, así como lo indicó el juzgador, es en el escenario del juicio que le correspondería analizar el tema de la congruencia si fuese necesario, máxime cuando, a pesar de todo, sí se hizo un control material de manera implícita al realizar algunas observaciones al escrito de acusación que en su momento fueron corregidas por la Fiscalía.

Prosiguió sustentando que en la parte inicial de la decisión impugnada se aclaró que era en la sentencia que se podía generar incongruencia y no antes porque entre la acusación y la imputación lo que debe existir es un principio de coherencia y sobre esos razonamientos la defensa no logra demostrar cuál es el error en el que incurre el a quo como primer punto para la procedencia del recurso, y aunque considera que como la acusación es un acto de parte por lo que en principio no cabría ningún recurso al respecto, teniendo en cuenta que se planteó una nulidad bajo los parámetros del artículo 457 y siguientes, obviamente en ese evento sí procede la impugnación y por esa razón se está pronunciando sobre la misma.

Recordó que los recurrentes estiman afectado el debido proceso porque se incluyeron adiciones o modificaciones al núcleo fáctico como las agravantes, pero que dicha apreciación no es cierta porque desde la formulación de imputación se habló de cuatro hipótesis relevantes: (i) la llegada de los policiales para hacer

Auto interlocutorio segunda instancia

Acusados: Leyson David Agudelo Orozco

Jhon Felipe Úsuga Burgos y Alejandro González Arango

Delito: Violencia contra servidor público, asonada agravada e incendio agravado

Radicado: 05360 60 00000 2020 00018

(0198-20)

el procedimiento por un posible intercambio de sustancias estupefacientes; (ii) el enfrentamiento con los policiales que desencadena en la asonada; (iii) que en la asonada que sufren estos dos policiales se señaló que LEYSON DAVID estaba allí y por eso en el hecho relevante desde la imputación se le endilgó el cargo inicial de daño en bien ajeno, aludiéndose inclusive a la incineración de la motocicleta, por lo que el mismo hecho lo ubica en el escenario de las primeras violencias contra servidor público que sufrieron los patrulleros Jhon Henao y Steven y se le sitúa también en la quema del ciclomotor; y (iv) también está presente cuando se le hace la captura y quedan lesionados los agentes Mamba y Cristian Abreo.

De acuerdo con lo anterior, aseguró que no existió ninguna incoherencia porque el hecho es el mismo, no se está mutando la imputación fáctica ni se están adicionando hechos pues desde la imputación así quedó consignado y por eso en esa ocasión se dijo que se le imputaba un concurso de conductas punibles de violencia contra servidor público. Y respecto a las circunstancias de agravación en la adición realizada al escrito de acusación recordó que si bien el aspecto fáctico es inmodificable la calificación jurídica es provisional, hipótesis que ha sufrido varios cambios a tal punto que inicialmente solo se podía variar la calificación cuando la pedía la Fiscalía siendo favorable a los intereses del acusado y el nuevo delito debía estar contenido dentro del mismo título del bien jurídicamente tutelado, luego la Corte varió esa postura dándole la facultad al juez para que la modificara en la sentencia, pero después vino un tercer pronunciamiento de la alta Corporación en la que definió que la Fiscalía lo que tiene es un acto de postulación, por lo que puede el juez de conocimiento emitir una sentencia condenatoria pese a la petición de absolución del ente acusador.

De allí enunció que la premisa de los defensores cuando afirman que se debía acudir al juez de control de garantías para adicionar un agravante no resulta acertada porque no se está modificando el hecho, y el artículo 339 de la Ley 906 de 2004 habilita que se hagan adiciones en virtud de la tipicidad y estricta legalidad, por lo que el pronunciamiento del juez fue ajustado a derecho y por ello carece de asidero la solicitud de nulidad en tanto que desde el principio de taxatividad no se ha dado ninguna violación del debido proceso y la coherencia interna se ha conservado desde el mismo núcleo fáctico.

Ahora, frente al principio de trascendencia explicó que no se acreditó en qué se afecta sustancialmente el proceso, pues si bien se enunció que no era lo mismo celebrar un preacuerdo por el concurso de violencia contra servidor público de cuatro víctimas que de dos, lo cierto es que desde la imputación, cuando se aludió al núcleo fáctico, se relacionó un concurso homogéneo y sucesivo de violencias contra servidor público, por lo que implícitamente se debe entender que se trataba de varias personas lesionadas en el hecho, además de que el principio de especificidad tampoco fue abordado de manera idónea, pues no se indicó cuál era en concreto la norma con base en la cual invocaban la nulidad, razones por las cuales la sanción más drástica no está llamada a prosperar.

De manera complementaria y concluyente, apuntó la representante del ente acusador que el control realizado por el juez de conocimiento fue correcto y ajustado a derecho, su decisión estuvo motivada y sustentada en referentes jurisprudenciales, y que existió coherencia entre la parte motiva y la resolutive de la decisión

al tenerse en cuenta que en el esquema adversarial la Fiscalía es quien tiene el interés de promover su teoría del caso, por lo que lo decidido por el a quo se encuentra dentro de los parámetros de legalidad y en concordancia con lo decantado por la Corte Suprema de Justicia en decisiones como la N° 39892, donde se dijo que a la Fiscalía le compete la determinación del *nomen juris* en la imputación, y la N° 47630 en la que se proscribió el ejercicio del control material de la acusación por parte del juzgador.

4. CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente este Tribunal para examinar, por vía de apelación, la providencia proferida por el Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí mediante la cual se abstuvo de ejercer el control material de la acusación ante la petición realizada por la bancada de la defensa bajo el argumento de que con el actuar de la delegada de la Fiscalía se vulneran de garantías fundamentales de los procesados por cuanto se incluyeron hechos jurídicamente relevantes nuevos que no fueron relacionados en la imputación fáctica, se adicionó una circunstancia de agravación que tampoco fue imputada y se varió un tipo penal en otro de mayor gravedad, eventualidades que, a juicio de los recurrentes, deben ser sometidas a una adición de imputación ante un juez con funciones de control de garantías.

Es así como en este evento se procederá a estudiar la intervención realizada por la delegada de la Fiscalía dentro del presente proceso con el fin de determinar si con la actividad

desplegada por dicho ente acusador se presenta alguna irregularidad sustancial respecto al derecho de defensa de los coprocesados o al debido proceso que amerite ejercer un control material de la formulación de acusación, tal y como lo deprecaron los defensores de los acusados LEYSON DAVID AGUDELO OROZCO y ALEJANDRO GONZÁLEZ ARANGO.

Sobre el tema objeto de controversia, esto es, las modificaciones que pueden incluirse en la acusación a la proposición fáctica realizada en la imputación, la Corte Suprema de Justicia luego de hacer una reseña del carácter progresivo de la actuación penal, tema que ha sido ampliamente estudiado por esa misma Corporación y por la Corte Constitucional, y para lo que interesa en este evento concreto, concluyó que:

"6.2.4.4.3. Cambios desfavorables al procesado

6.2.4.4.3.1. La inclusión de los presupuestos fácticos de nuevos delitos

*No sobra advertir que se trata de un evento diferente al cambio de calificación jurídica de los hechos incluidos en la imputación. Este tipo de cambios es relevante cuando, en la acusación, la Fiscalía se refiere **por primera vez** a hechos que, individualmente considerados, pueden subsumirse en un determinado tipo penal.*

En la decisión CSJSP, 10 dic. 2015, Rad. 45888, la Sala fijó su postura frente a este evento. En esa oportunidad, se formuló imputación, entre otros, por el delito de prevaricato, sobre la base de que el procesado tomó diversas decisiones, que la Fiscalía consideró manifiestamente contrarias a la ley porque tuvieron como fundamento un decreto que había sido anulado por la autoridad judicial competente.

En la acusación, la Fiscalía no se refirió únicamente a los actos administrativos proferidos a la luz de dicho decreto, si no, además, a que el mismo (el anulado judicialmente) también era manifiestamente contrario a la ley y, por tanto, con su emisión se incurrió en el delito previsto en el artículo 413 del Código Penal.

*Bajo este presupuesto, la Sala precisó lo siguiente: (i) no puede darse por "sobreentendido" un cargo, cuando el mismo no ha sido planteado expresamente por la Fiscalía, bajo el argumento de que podría **inferirse** de los hechos –lo que coincide con lo expuesto en la decisión CSJSP, 21 mar. 2007, Rad. 25862, analizada en precedencia-; (ii) en la acusación no pueden incluirse hechos que tipifican delitos autónomos; y (iii) en esos eventos, la Fiscalía puede solicitar la adición de la formulación de imputación. Sobre esta base, declaró la nulidad de lo actuado, por la violación de las garantías debidas al procesado.*

Sin duda, estas reglas se ajustan a lo establecido en el ordenamiento jurídico, toda vez que: (i) no puede afirmarse que los presupuestos fácticos de nuevos delitos puedan ser catalogados como "detalles", en los términos expuestos en la sentencia C-025 de 2010; (ii) aunque el ordenamiento jurídico consagra expresamente la posibilidad de variar la imputación en el sentido de incluir nuevos delitos e, incluso, optar por otros más graves –Art. 351-, también lo es que el mismo texto legal, así como las reglas establecidas por la Corte Constitucional y el desarrollo jurisprudencial a cargo de esta Corporación, establecen que ello debe hacerse a través de la adición a la imputación; y (iii) lo que mantiene un punto de equilibrio entre las necesidades de la justicia y la materialización de las garantías debidas a las partes.

6.2.4.4.3.2. Para mutar a otro delito más grave, que comparta algunos presupuestos fácticos con el incluido en la imputación

Cuando se trata de la incorporación de aspectos factuales que dan lugar a la aplicación de un tipo penal diferente, difícilmente puede hablarse de que se trata de simples detalles, máxime cuando ello conlleva cambios drásticos en el juicio de responsabilidad, como sucedería, por ejemplo, si en la imputación se plantea que el investigado mató a su madre u otro pariente cercano "por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave" – homicidio por piedad, Art. 106-, y, luego, la Fiscalía establece que ese elemento intencional no estuvo presente y que la muerte se produjo para acceder tempranamente a una herencia –homicidio agravado, artículos 103 y 104-.

*En principio podría pensarse en una regla orientada a que, en cada caso, se evalúe la trascendencia del cambio de tipo penal, en orden a establecer si la modificación de los hechos jurídicamente relevantes debe hacerse a través de la adición de la imputación, o si esas modificaciones encajan en lo expuesto por la Corte Constitucional acerca de los "**detalles**" factuales que pueden agregarse en la acusación e incidir en la calificación jurídica.*

Sin embargo, ello podría dar lugar a discusiones interminables sobre la trascendencia de las modificaciones en cada caso en particular, con la consecuente afectación de la celeridad y eficacia de la administración de justicia, al tiempo que haría mucho más compleja la labor de los jueces.

En consecuencia, en aras de la igualdad, la seguridad jurídica y la protección de los derechos del procesado, la Sala estima razonable que los cambios factuales que conlleven la imputación de un delito más grave, o que, tratándose de un delito menor, implique el cambio del núcleo factico de la imputación, no encaja en la categoría de "detalles" o complementos –C-025 de 2010-, por lo que deben hacerse a través de la adición del referido acto comunicacional.

Bajo el anterior supuesto no queda cobijado el paso de tentativa a delito consumado, pues es sabido que dicha figura –la tentativa- es un dispositivo amplificador del tipo penal. De hecho, en ese ámbito suele presentarse con frecuencia la modificación de la calificación fáctica y jurídica, como cuando la víctima fallece con posterioridad a la formulación de cargos. Este tipo de modificaciones pueden realizarse en la audiencia de acusación, pues difícilmente puede aducirse que se genera indefensión cuando, en ese estadio procesal, se pone de presente que ocurrió la muerte de la víctima.

6.2.4.4.3.3. Para incluir circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad

Sin perder de vista que algunas circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad dan lugar a incrementos punitivos significativos, al tiempo que pueden incidir en la concesión de subrogados y otros aspectos relevantes en el ámbito penal, es claro que las mismas hacen alusión a ciertas circunstancias que rodean la comisión del delito, sin que modifiquen la esencia del mismo, como sucede, por ejemplo, con los motivos por los que se le causa la muerte a una persona (Art. 104)¹, las circunstancias que rodean los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales (Art. 211), etcétera.

Cuando los presupuestos facticos de estas se establezcan luego de la formulación de imputación, la audiencia de acusación constituye un escenario adecuado para adicionar esos detalles factuales que pueden incidir en la calificación jurídica.

Ello, en ninguna circunstancia, implica privar a la defensa del tiempo suficiente para diseñar su estrategia, entre otras cosas porque

¹Se mantiene la base de un homicidio doloso (Art. 103), sin que se hayan ventilado aspectos subjetivos propios de tipos penales notoriamente atenuados, como el homicidio por piedad (106), la muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas (108), entre otros.

ese es uno de los criterios que debe tener el juez para establecer el término que debe transcurrir entre la acusación y la audiencia preparatoria, en orden a materializar la garantía judicial prevista en los artículos 8º y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente.

De hecho, un sistema procesal que no incluya la formulación de imputación puede desarrollar adecuadamente la garantía judicial en mención, siempre y cuando el procesado conozca oportunamente los cargos y cuente con suficiente tiempo para preparar la defensa. El estudio sobre la consonancia fáctica que debe existir entre la imputación y la acusación se ha suscitado porque el legislador optó por desarrollar esos componentes de los tratados internacionales sobre derechos, entre otras, con la consagración de la audiencia regulada en los artículos 286 y siguientes del Código Penal.”²

Así concluyó la alta Corporación en esa misma decisión:

"Frente a las modificaciones que pueden introducirse a la premisa fáctica de la imputación: (i) los cambios en la calificación jurídica pueden realizarse en la audiencia de acusación; (ii) igualmente, las precisiones factuales que no incidan en la calificación jurídica; (iii) por el carácter progresivo de la actuación, es posible que la premisa fáctica expuesta en la imputación sufra cambios, que incidan en su calificación jurídica; (iv) como la imputación constituye una forma de materializar el derecho del procesado a conocer oportunamente los cargos y contar con tiempo suficiente para la defensa, en la acusación no puede modificarse el núcleo fáctico de la imputación; (iii) cuando el fiscal considere procedente incluir los referentes fácticos de nuevos delitos, introducir cambios factuales que

² Corte Suprema de Justicia, SP2042-2019, radicación N° 51007 del 05 de junio de 2019. Decisión que fue reiterada en las sentencias con radicados 51745 del 14 de agosto de 2019, 52713 del 30 de octubre de 2019, 54458 del 09 de diciembre de 2019, entre otras.

den lugar a un delito más grave o modifiquen el núcleo de la imputación, tiene la posibilidad de adicionarla; (iv) si por el carácter progresivo de la actuación, luego de la imputación se establecen aspectos fácticos que puedan adecuarse a circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, o den lugar a un delito consumado en lugar de la tentativa imputada inicialmente, ese cambio puede hacerse en la acusación; (v) al efecto, el juez evaluará el tiempo que debe transcurrir entre la acusación y la audiencia preparatoria, según los rangos establecidos en la ley, en orden a salvaguardar el derecho del procesado a contar con suficiente tiempo para preparar su estrategia defensiva; y (vi) los cambios factuales favorables al procesado pueden realizarse en la audiencia de acusación, en los términos analizados a lo largo de este fallo.” (Subraya fuera del texto original)

En este evento tenemos que los motivos por los cuales el Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí no estimó vulnerado el debido proceso y el derecho de defensa de los coprocesados es porque (a) no evidenció ningún irrespeto al principio de legalidad, pues no se está acusando por conductas no previstas en la ley o que no se tipifiquen en el momento de los hechos, ni se están elevando cargos de forma contraevidente; (b) la Fiscalía es soberana en la prerrogativa de encuadrar la tipificación de las conductas delictivas, razón por la cual la defensa no puede exigir que califique los comportamientos de una u otra manera; (c) los ajustes respecto a los cargos endilgados pueden darse eventualmente en la sentencia y no en etapas anteriores; (d) se pueden incluir nuevos cargos en la acusación sin que se presente un sorprendimiento, máxime cuando la defensa tiene el tiempo necesario para preparar su estrategia defensiva; y (e) se conserva la dimensión fáctica de la imputación y solamente se está cambiando su calificación, independiente de que dicha modificación sea procedente o no de la forma en la que fue realizada pues no le

puede imponer a la delegada Fiscal el discernimiento planteado en la radicación N° 51007 al tratarse de un asunto que admite discusión ya que, por su parte, la referida funcionaria fundamentó su actuar en el artículo 339 del código de procedimiento penal y en las sentencias con radicados 30838 de 2009 y 29335 de 2008.

Pues bien, con la finalidad de darle respuesta a los planteamientos expuestos por los recurrentes, esta Colegiatura pasará a verificar si la intervención realizada por la delegada de la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación cumple con los parámetros fijados por la Corte Suprema de Justicia en la jurisprudencia citada y transcrita en precedencia, lineamientos que fueron desarrollados precisamente a partir de lo regulado en los artículos 339 y 351 de la Ley 906 de 2004, razón por la cual el argumento del a quo respecto a que este es un tema que admite discusión no resulta de recibo, pues, como se dijo, las variaciones que pueden producirse entre la formulación de imputación y la acusación se encuentran actualmente definidas de manera decantada e inequívoca.

Para empezar, se iniciará con la única inconformidad planteada por la defensora del señor GONZÁLEZ ARANGO y que también fue planteada por el otro defensor recurrente, esto es, la circunstancia de agravación incorporada en la acusación al delito de asonada.

Al respecto recordemos que en la Fiscalía les imputó a los señores LEYSON DAVID AGUDELO OROZCO y ALEJANDRO GONZÁLEZ ARANGO, entre otros punibles, la comisión a título de coautores de la conducta punible de asonada (artículo 469 del

código penal), y en la audiencia de formulación de acusación la representante del ente acusador adicionó esa imputación jurídica al anexarle la circunstancia de agravación contenida en el artículo 473 ibídem -cuando el agente sea servidor público-.

Tal y como quedó establecido en la sentencia con radicado 51007 del 2019, ampliamente transcrita en esta decisión y reiterada en muchas otras providencias de la Corte Suprema de Justicia, no todas las modificaciones realizadas en la formulación de acusación y que son desfavorables para el procesado resultan improcedentes, pues, como ocurre en este evento, la hipótesis fáctica no sufre ninguna variación o alteración con la adición de la circunstancia de agravación incorporada al delito de asonada, pues desde siempre se ha tenido claro que los sujetos pasivos de dicha conducta punible son servidores públicos adscritos a la Policía Nacional, razón por la cual, en efecto, la defensa no sufre ningún tipo de sorprendimiento con la atribución, en sede de acusación, de lo regulado en el artículo 473 de la Ley 599 de 2000.

Obsérvese que la premisa fáctica se mantiene incólume -siendo este aspecto el que resulta inmodificable-, pues para sustentar que la circunstancia de agravación deviene aplicable en este evento la delegada de la Fiscalía, en aras de soportar la calificación jurídica adicionada, no está agregando nuevos detalles a los hechos imputados pues, como ya se dijo, la calidad de servidores públicos de las personas en quienes recayó la acción delictual es una eventualidad dada a conocer en la formulación de imputación y generosamente reiterada en dicho acto comunicacional, por lo resulta inadmisibles las proposiciones de los recurrentes respecto a una presunta vulneración de garantías

fundamentales con la adición de la circunstancia de agravación aludida.

Y es que si bien con la modificación analizada se incrementa punitivamente el límite superior de la sanción que podría llegársele a imponer a los coprocesados, ello por sí solo no configura una transgresión del debido proceso o del derecho de defensa ya que sobre este aspecto le asiste razón a la representante del ente acusador cuando afirma que aunque el aspecto fáctico narrado en la imputación resulta inmodificable, la calificación jurídica allí propuesta es provisional y por tanto la atribución de lo consagrado en el artículo 473 del código penal en la formulación de acusación deviene válido.

Similar situación ocurre con el disenso propuesto por el defensor del señor LEYSON DAVID AGUDELO OROZCO en relación con lo que denomina una adición de hechos e indeterminación de los cargos ya que no se tiene certeza cuántas conductas punibles de asonada y violencia contra servidor público se le endilgaron a su prohijado.

Para comenzar está claro en el escrito de acusación y en la formulación oral realizada de la misma que el punible de asonada no se atribuyó en concurso homogéneo, lo que de suyo desdice la manifestación del censor sobre la supuesta vacilación en la calificación jurídica respecto a este comportamiento delictivo.

Y aunque en la exposición realizada por la delegada del ente acusador se hizo alusión a dos momentos en los que se ejecutó la asonada, indicando que inicialmente se presentó frente a

los patrulleros que en razón de sus labores de control y vigilancia iban a realizar una captura ante una presunta acción de venta de estupefacientes, y que se extendió hasta cuando llegaron los refuerzos solicitados por los policiales agredidos, apoyo que incluyó la presencia de agentes del ESMAD ante la compleja situación de orden público que se desencadenó, dicha narración no comporta una confusión sobre el número de conductas punibles referidas a la asonada, máxime cuando en la acusación se endilgó solo un comportamiento encuadrable en el artículo 469 del código penal.

Ahora, en lo relacionado con el punible de violencia contra servidor público, tampoco se observa la presencia de alguna irregularidad con la cual se conculquen garantías fundamentales del procesado ni se contravengan las disposiciones legales y jurisprudenciales desarrolladas sobre los lineamientos aplicables en la formulación de acusación. Para brindar una mayor claridad, se traerá a colación la imputación jurídica realizada al señor LEYSON DAVID AGUDELO OROZCO en el desarrollo de la audiencia preliminar.

"Violencia contra servidor público en concurso con violencia contra servidor público, concurso homogéneo de violencia contra servidor público, en concurso con asonada y concurso con daño en bien ajeno agravado por tratarse de bienes que son del Estado..."³

La anterior imputación jurídica guarda completa consonancia con la calificación realizada en la formulación de acusación, pues desde un inicio se estableció de manera expresa

³ Audiencia de formulación de acusación celebrada el 10 de marzo de 2020 en el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Estrella. Minuto 47:18 a 47:57 del audio "29AudioPreliminares(6).mp3".

que el delito de violencia contra servidor público se le enrostraba al señor AGUDELO OROZCO bajo la figura del concurso homogéneo de conductas punibles, entonces, lo que se presenta en la acusación es una aclaración o especificación sobre las personas que se refugian como presuntas víctimas de los comportamientos delictivos contenidos en el artículo 429 del código penal atribuidos al implicado.

Finalmente, en lo que se refiere a la mutación del delito de daño en bien ajeno agravado por el de incendio agravado debe decirse que esta modificación, al igual que las demás atrás tratadas, se aprecia admisible de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia citada en acápites anteriores, ello bajo el entendido de que pese a que el nuevo punible es de naturaleza más grave al que inicialmente se había imputado, lo cierto es que la hipótesis factual no fue modificada pues no se incorporaron aspectos por fuera de los aducidos en la imputación, acción que de manera inevitable lleva a avalar la actual calificación jurídica por la cual se presentó la acusación.

Para precisar la anterior afirmación resulta necesario reseñar lo referido por la delegada de la Fiscalía en la audiencia de imputación al sustentar la atribución del delito de daño en bien ajeno agravado.

"Incluso en principio parecía imputar incendio porque le prenden candela, perdónenme la expresión, a la motocicleta, pero considera la delegada Fiscal que se debe mirar siempre lo que sea más favorable a los intereses de los indiciados y desde la información que se tiene y las fotos que se tienen, pues ese tipo penal del incendio habla de que cuando

haya un peligro común y todo indica pues que estaba en una parte donde no hay personas, por lo menos en las fotos no se observa, y por eso vamos a hablar de esos tipos penales que les acabo de indicar”.⁴
(subrayas propias de la sala).

Por otra parte, en el escrito de acusación y como fundamento para incluir el delito de incendio agravado para reemplazar el de daño en bien ajeno agravado, se especificó que:

“...la motocicleta tenía gasolina sustancia explosiva e inflamable que generó la conflagración de forma vertiginosa, causando peligro común. Las evidencias, (vídeos, fijación fotográfica) que fue en proximidades a una cancha y otro vehículo, en un sitio concurrido de personas agitadas contra la misma policía. Derivándose un peligro común...

...EL INCENDIO no fue una causa fortuita, sino de propia mano en la que se advierte tuvo participación LEYSON DAVID Y OTRA PERSONA. Existió un peligro común, se dio sobre un bien mueble dedicado al bien común, como son los patrullajes de la fuerza pública para garantizar una convivencia justa como el orden público sin alteraciones. Y CONTENIA EN EL TANQUE SUSTANCIAS INFLAMABLES conocidas lógicamente por los agresores, como es el tanque de la gasolina que generó una rápida combustión. El peligro causado ante la inminencia de una posible explosión activó alarmas, zozobra en la misma población en busca de extintores para apagar las llamas. La cantidad de transeúntes y personas en dicho lugar.”⁵ (subrayas propias de la sala).

⁴ Audiencia de formulación de acusación celebrada el 10 de marzo de 2020 en el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Estrella. Minuto 45:28 a 46:05 del audio “29AudioPreliminares (6).mp3”.

⁵ Página 10 de 18 del escrito de acusación.

Como viene de verse, los hechos jurídicamente relevantes expuestos con relación al evento en el que resultó incinerada la motocicleta de dotación en la que se movilizaban los patrulleros de la Policía Nacional no sufrieron variaciones entre la imputación y la acusación, por lo que en este evento no deviene necesario acudir ante un juez con funciones de control de garantías ya que desde la formulación de imputación se habló claramente del incendio del velocípedo y bajo esas circunstancias no puede aducirse un sorprendimiento para la defensa del señor AGUDELO OROZCO.

Recuérdese que lo que está vedado es que en la formulación de acusación se incluyan referentes fácticos nuevos sobre los hechos jurídicamente relevantes objeto de investigación, pero como dicha circunstancia no se da en este evento es pertinente y entendible que se le endose al señor LEYSON DAVID el delito de incendio agravado pues dicho punible en efecto le fue imputado fácticamente, razón por la cual esa nueva atribución punitiva será admitida en la manera que fue planteada por la delegada Fiscal.

Entonces, la Sala confirmará la decisión de primera instancia teniendo en cuenta que la impugnación se fundamenta en una transgresión de derechos procesales y constitucionales, vulneración que no se configura teniendo en cuenta que las variaciones jurídicas realizadas en la formulación de acusación resultan acordes con los lineamientos y exigencias legales y jurisprudenciales vigentes y encuentran sustento en la imputación fáctica comunicada a los procesados.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

CONFIRMAR la providencia de naturaleza y origen conocidos.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado