

Auto interlocutorio segunda instancia Ley 906

Acusado: Francisco Javier Díaz Hernández

Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones agravado

Radicado: 05001 60 00206 2020 09666
(0232-20)



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, martes, dieciséis de febrero de dos mil veintiuno

Aprobado mediante acta número 0013 del ocho de febrero de dos mil veintiuno

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por la delegada de la Fiscalía y la representante del Ministerio Público, conoce en segunda instancia esta Corporación la providencia proferida el 04 de diciembre de 2020 por la Juez Tercera Penal del Circuito Especializado de Medellín, mediante la cual improbió el preacuerdo celebrado entre las partes al considerar que en este evento no se cuenta con el mínimo probatorio para sustentar la existencia de la conducta punible y la responsabilidad penal del imputado.

1. ANTECEDENTES

En el escrito de acusación, la Fiscal 019 Especializada de Medellín relató que:

"El día 25 de junio del año en curso (2020) cuando autoridades de policía se encontraban desarrollando tareas de vigilancia preventiva en compañía del Ejército Nacional BAPOM4 hacia las 23:05 horas, de una fuente humana recibieron información de un grupo de personas reunidas, una de ellas armada, individualizándola con camiseta de color rojo, jean azul, tenis blancos, de tez trigueña, que estaba en la parte externa en proximidades a su residencia y que estaba enseñando o exhibiendo un arma de fuego. Al arribo a dicho sitio, observaron la persona con las características descritas, quien al advertir la presencia de la fuerza pública intentó huir e ingresar a su vivienda, siendo alcanzado e interceptado por las autoridades y al hacerle una requisita le hallaron en la pretina del pantalón un arma de fuego tipo revólver marca LLAMA SCORPIO calibre 38 SPL, cañón corto, cacha ortopédica, color negro, y en el bolsillo del pantalón lado delantero se le hallaron 9 cartuchos calibre 38 para el mismo, persona que fue identificada como FRANCISCO JAVIER DIAZ HERNÁNDEZ. Ante el sorprendimiento en forma espontánea, el mencionado hizo entrega de otra arma de fuego que tenía al interior de su residencia en una bolsa negra, tratándose de una pistola maca CZ 110, Calibre 9mm LUGER con número de serie A0869 con 8 cartuchos 9mm para la misma de diferentes marcas, un proveedor con capacidad para 22 cartuchos y un supresor de sonido o silenciador. Ante la carencia de permiso para el porte y conservación de estos elementos, como la situación de flagrancia, procedieron las autoridades de policía a restringir su libertad.

Realizado por el perito balístico el estudio a las armas ya descritas, como a la munición incautada, supresor de sonido, se

Auto interlocutorio segunda instancia Ley 906

Acusado: Francisco Javier Díaz Hernández

Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones agravado

Radicado: 05001 60 00206 2020 09666
(0232-20)

estableció que la misma es idónea para los fines creados, es decir, apta para producir disparos y el silenciador es compatible para el arma de fuego tipo pistola.”

Luego de ser capturado, el señor FRANCISCO JAVIER DÍAZ HERNÁNDEZ fue presentado el 27 de junio de 2020 ante la Juez Diecisiete Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, funcionaria que verificó la legalidad del procedimiento de captura y le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, previa formulación de imputación por parte de la Fiscalía por la autoría del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS, MUNICIONES DE USO RESTRINGIDO, DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O EXPLOSIVOS en concurso heterogéneo con FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES (artículos 366 y 365 del código penal), cargo que no fue aceptado por el imputado.

El 28 de agosto siguiente se radicó el escrito de acusación y la formulación oral se instaló el 27 de octubre pasado en el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín, oportunidad en la cual las partes manifestaron que habían llegado a un preacuerdo bajo los siguientes términos:

El señor FRANCISCO JAVIER DÍAZ HERNÁNDEZ admite su responsabilidad penal en la conducta punible endilgada, esto es, fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, y en

contraprestación y como único beneficio se degrada, solo para efectos de pena, su intervención de autor a cómplice, tasándose la pena total en setenta y ocho (78) meses de prisión.

El 04 de diciembre último la Juez Tercera Penal del Circuito Especializado de Medellín decidió improbar la referida negociación, providencia frente a la cual la delegada de la Fiscalía y la representante del Ministerio Público interpusieron el recurso de apelación.

2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

La juez de conocimiento expone que no encuentra un mínimo de prueba que permita establecer la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del señor FRANCISCO JAVIER DÍAZ HERNÁNDEZ en el delito que le fue atribuido por la Fiscalía, pues si bien dentro de los documentos aportados por la delegada del ente acusador se encuentra el informe de policía en casos de captura en flagrancia donde dice, entre otras cosas, que el implicado luego de habersele hallado en su poder el arma de defensa personal tipo revólver y 09 cartuchos para esta, voluntariamente ingresó a su vivienda y entregó en una bolsa negra una pistola calibre 9 mm, un supresor de sonido, munición y un proveedor con capacidad para 22 cartuchos, lo cierto es que existen otros medios de conocimiento en la misma carpeta que contradicen lo relatado por los policiales.

Aduce la falladora que figuran unas declaraciones juradas que relatan unos hechos bien distintos y específicamente

hace alusión a lo aseverado por la señora KATHERINE MARÍN BLANDÓN, esposa del procesado, quien manifiesta que luego de que se hubiesen llevado detenido a su cónyuge tras haberle encontrado un revólver, regresaron algunos agentes de policía e ingresaron a su vivienda sin ningún tipo de permiso manifestando que estaban realizando un operativo, y que en ese momento ellos indicaron que habían hallado otra arma de fuego, un silenciador y dos proveedores.

De conformidad con lo anterior, estima la a quo que en virtud de esas dos manifestaciones completamente encontradas no es viable aceptar los términos del preacuerdo ya que para poder condenar a una persona necesita tener certeza sobre la materialidad del injusto endilgado y la responsabilidad del señor FRANCISCO JAVIER en el mismo. Destaca que se trata de una acusación importante cuya consecuencia sería una pena de más de cinco años de cárcel, decisión que no puede emitir porque al tomar los elementos materiales probatorios que le fueron allegados se forma un juicio acerca de lo que sucedió, y para ella es absolutamente dudosa, con los medios que aportó la Fiscalía, la forma en la cual la Policía ejecutó al operativo y la materialidad del hecho, o sea, que el implicado realmente estuviera manteniendo armas en su casa.

Reitera que en el sub judice no existen elementos mínimos de convicción pese a que el señor FRANCISCO JAVIER DÍAZ HERNÁNDEZ haya aceptado la responsabilidad penal, máxime cuando la defensa también exteriorizó que lo consignado en el informe policial sobre los hechos era diferente a lo que en la realidad había sucedido y que los agentes policiales habían prácticamente montado ese operativo, situación que resulta bastante preocupante.

Concluye la juzgadora indicando que al encontrar esa contradicción en los elementos materiales de prueba solamente le queda el deber de improbar el preacuerdo pues no solamente se requiere que el acusado haya aceptado los cargos, ya que la aceptación es solo uno de los requisitos para la terminación anticipada del proceso, resultando indispensable además que las pruebas presentadas establezcan que la comisión de la conducta punible por parte del acusado es realmente cierta.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO

La delegada de la Fiscalía, luego de reiterar los hechos sobre el hallazgo del arma de fuego de defensa personal en poder del señor DÍAZ HERNÁNDEZ, advierte que hasta allí la defensa no hizo ningún reparo, tanto así que fue ella quien propuso la realización del preacuerdo indicando que respecto al revólver no había problema alguno, por lo que la duda o divergencia de los elementos probatorios se suscita es frente a la pistola, al supresor de sonido y los otros cartuchos que se describen en el informe de policía suscrito por dos servidores de la policía judicial que no tenían conocimiento previo ni ningún vínculo con este ciudadano.

Indica que posteriormente en los actos de investigación se recibe entrevista a dos personas, una de ellas la esposa del implicado, quien obviamente sí tiene interés de beneficiar en principio a su cónyuge, pero que, al igual que el acusado, no niega la existencia de las armas ni la posesión de este respecto del revolver, razón por la cual no entiende, si fue la misma defensora y su prohijado quienes propusieron la celebración de la negociación,

por qué cuando se presentaron los términos del preacuerdo la abogada indicó que suscribía el mismo en atención a que no tenía otros elementos demostrativos pero que todo era un montaje, cuando lo procedente era entonces, si de verdad ello hubiese sido así, que se hubiera retractado del preacuerdo, razón por la cual la juez no puede improbarlo aduciendo que no hay elementos materiales probatorios suficientes.

Anota que en este caso se cumplen todos los requisitos exigidos para que se emita la sentencia condenatoria anticipada pues frente a la tipicidad de la conducta se cuenta con el informe de investigador de laboratorio que determina que ambas armas, la munición y el supresor de sonido son aptos para los fines creados, y la responsabilidad del imputado está acreditada con las versiones que dan los agentes de policía en las cuales describen todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se produce la aprehensión de este ciudadano, así como también el testimonio de su esposa da cuenta de la existencia del arma de fuego tipo revólver, medios de conocimiento que en conjunto conforman esa prueba mínima, además de que el procesado mismo expresó que la aceptación del preacuerdo era libre, consciente y voluntaria, entendiendo que iba a tener una condena con una pena menor, y la defensa no niega que el revólver sí era portado por su poderdante.

Sostiene que el segundo aspecto que se verifica en un preacuerdo es el cumplimiento de los principios de legalidad y tipicidad, esto es, que la adecuación típica de la conducta se corresponda con el aspecto fáctico y probatorio, exigencia que también se satisface pues conforme a los hechos descritos se

imputaron los cargos. Ahora, respecto a la legalidad, no solamente de la pena sino también frente al preacuerdo, se hizo la tasación de la pena conforme al artículo 31 del código penal, respetándose ese principio pues la sanción se fijó de acuerdo al ámbito de punibilidad que tenía la Fiscalía para moverse.

Adujo que la última condición verificable en sede de negociaciones es que el consentimiento sea libre, que no existan vicios como error, fuerza o dolo dentro del mismo, o algún acto que invalide esa aceptación, lo que efectivamente fue comprobado en este evento, razón por la cual no se soslayan garantías fundamentales, y como también se acreditó la observancia de los principios de tipicidad, legalidad y se cuenta con los elementos mínimos que pueden sustentar la responsabilidad del señor DÍAZ HERNÁNDEZ, el preacuerdo resulta vinculante para la juez.

Destaca que en estos eventos lo que se requiere es la existencia del mínimo probatorio que no puede ser equiparable con la certeza, pues ni siquiera nuestra legislación procesal en su artículo 381 exige esa condición, y que de acuerdo con el principio de progresividad una inferencia razonable de autoría basta en una imputación, que en la acusación es suficiente la probabilidad de verdad de la existencia de la conducta y de la responsabilidad penal del justiciable, y que para condenar en sede de juicio oral se requiere el convencimiento más allá de toda duda, pero que cuando se da una forma de terminación anticipada, como en este caso en virtud del preacuerdo, no se va hasta ese último umbral sino que se debe mirar que esos elementos con vocación probatoria tengan fuerza suasoria y aquí la tuvieron.

Asevera que el mínimo probatorio lo que exige es que los elementos de conocimiento tengan una capacidad demostrativa suficiente y que lo que a la señora Juez le ofrece duda es la declaración de la esposa del procesado, quien en efecto no sustrae la existencia del arma de fuego de defensa personal, por lo que se puede derivar entonces que al señor FRANCISCO JAVIER se le incautó un revolver y el único punto que podría ser problemático en este evento sería el referente al arma de uso privativo, pero no frente a las dudas que se plantearon en la decisión de primera instancia.

Razona la recurrente que no se puede desconocer el vínculo de obligatoriedad que rige en los preacuerdo y que el control que debe hacer la judicatura es solo formal y no material, que la negociación respeta las directivas 001 de 2006 y 002 de 2018 y se dio dentro de los parámetros que permite la ley preacordar, siguiendo los derroteros creados tanto por el legislador como por las directivas y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo la identificada con el radicado N° 29979 de 2018, decisión a partir de la cual se empezó a decantar la línea jurisprudencial según la cual los jueces, en los preacuerdos, no pueden interferir más allá de aquellas esferas que les son posibles frente al control formal y que este se daba desde los términos ya señalados en el disenso.

Finalmente, sobre los comentarios realizados por la defensa señala que (i) este no era el momento de argumentar que el informe policial no se ajusta a la realidad porque en virtud de la preclusividad de los actos procesales eso debió haberlo hecho en la audiencia de legalización de captura; (ii) si ese era su criterio

entonces no debió haber buscado a la Fiscalía para realizar un preacuerdo sino que tendría que dejar que el proceso siguiera por la vía ordinaria; y (iii) sobre sus manifestaciones no hay un soporte probatorio.

Concluye la censora indicando que como el señor FRANCISCO JAVIER DÍAZ HERNÁNDEZ expresó que su aceptación es libre, consiente y voluntaria; el preacuerdo se encuentra ajustado a la constitución y la ley en cuanto a la existencia de un mínimo probatorio -cosa diferente al hecho de que la señora Juez dentro de su apreciación personal y subjetiva considere que no son suficientes-; se cumplió con los principios de legalidad y tipicidad pues se otorgó un único beneficio y no es un delito que exija reparación o cualquier otro tamiz para que el preacuerdo fuera procedente, solicita que se imparta aprobación al mismo al estar circunscrito en los parámetros establecidos en los artículos 348 y siguientes del código de procedimiento penal.

La representante del Ministerio Público, también como recurrente, expresó su inconformidad con la decisión de primera instancia de improbar el preacuerdo bajo el argumento de que no hay prueba para condenar, refiriendo que el informe de policía indica que el ciudadano FRANCISCO JAVIER DÍAZ hizo entrega del arma y que en el bolsillo portaba unos cartuchos, que en actos de investigación se recibió declaración a su esposa, quien no negó la posesión de las armas, que fue la defensora quien aceptó el preacuerdo y así aconsejó a su asistido, que la versión de los policías no ha sido desvirtuada hasta este momento y que el procesado aceptó los cargos de manera libre y voluntaria, circunstancias todas por las cuales estima que sí se tiene prueba

mínima para condenar y que se hallan cumplidos los presupuestos legales y constitucionales para aprobar dicho preacuerdo, por lo que de manera respetuosa depreca que en sede de segunda instancia se proceda en ese sentido.

La señora defensora, como no recurrente, inició aclarando que cuando reveló su opinión sobre los agentes policiales que llevaron a cabo el procedimiento y manifestó que aceptaba el preacuerdo porque en este país le creen más a la policía que a la comunidad, también dijo que no estuvo presente en la audiencia de legalización de captura porque para ese momento aun no era la abogada del señor DÍAZ HERNÁNDEZ, pues de haberlo representado judicialmente desde ese momento no estaría en esta instancia porque hubiese conseguido las pruebas necesarias para demostrar que la policía entró de forma arbitraria a la casa del imputado.

Reconoce que ella fue quien tuvo la iniciativa para celebrar el preacuerdo y que ello es totalmente válido porque su prohijado tenía derecho al mismo, que no están negando que FRANCISCO JAVIER le entregó voluntariamente un revólver a la policía pero que sí resalta que fue irregular la forma cómo dichos agentes policiales entraron a la vivienda pues no tenían una orden de allanamiento, por lo que los servidores públicos mintieron en el informe que suscribieron sobre el desarrollo del operativo.

Aduce que la delegada de la Fiscalía tuvo la posibilidad de agotar otros actos investigativos como por ejemplo entrevistar a quienes hicieron las declaraciones juramentadas en notaría, llamar a indagatoria a FRANCISCO JAVIER para preguntarle sobre los hechos que dieron origen a la investigación, haber

solicitado a la alcaldía de Itagüí los videos de las cámaras de seguridad en ese sector, elementos que seguramente la secretaría de seguridad sí le hubiese entregado a ella ya que a la defensa se los negó, pero que, por el contrario, la representante del ente acusador hizo caso omiso a esas revelaciones defensivas aportadas, desconociendo así la obligación legal de buscar y allegar las pruebas que resulten favorables al indiciado.

Considera entonces que está bien lo decidido por la Juez de no aprobar el preacuerdo bajo el argumento de la duda razonable aplicable a favor del implicado, destacando que estaría de acuerdo con que se le endilgue a su prohijado el porte del revólver y sobre esa imputación él aceptará cargos, pero sin que se diga que lo aprehendieron en la vía pública con el arma porque ello no fue así, él la entregó cuando la policía entró arbitrariamente a su casa, y que siendo razonables debe mirarse que si tanto se le cree a la policía, por qué no hacer lo mismo con los testigos de la defensa, pues independiente de que se trate de la esposa del procesado y que sea entendible que una persona quiera proteger a su familia, lo cierto es que en este caso quienes acuden en defensa del señor DÍAZ HERNÁNDEZ no están mintiendo.

De acuerdo con lo anterior, asienta que en un preacuerdo, tanto ella como su poderdante, estarían de acuerdo en asumir la responsabilidad respecto a tener un revólver en la casa, pero que el porte de la pistola no la aceptan porque esa arma no la incautaron cuando FRANCISCO JAVIER estaba en la casa, sino que se lo llevaron primero para la estación de policía y después volvieron dos policías a la vivienda del implicado, donde no le permitieron el ingreso a la señora KATHERINE y posteriormente sacaron la pistola.

Finiquita mencionando que la Fiscalía tuvo elementos materiales probatorios para demostrar hasta donde iba la responsabilidad de FRANCISCO JAVIER DÍAZ HERNÁNDEZ en este caso, por eso solicita de manera respetuosa que si en segunda instancia se va a revocar la decisión de la a quo, al menos se tenga en cuenta la veracidad del caso y se ordene que el ente acusador investigue el material probatorio que la defensa aportó e incluya en la investigación los medios de conocimiento que resulten favorables a su poderdante.

4. CONSIDERACIONES

Prima facie, esta Corporación se pronunciará sobre la viabilidad de la interposición del recurso de apelación interpuesto por la representante del Ministerio Público en este evento en el que la Juez de primera instancia improbo el preacuerdo celebrado entre las partes procesales.

De manera preliminar, tenemos que los preacuerdos son negociaciones que se presentan entre las partes adversariales dentro del proceso penal acusatorio, esto es, defensa y Fiscalía, con la finalidad de dar por terminada de manera anticipada la actuación a través de la aceptación de la responsabilidad en el hecho endilgado a cargo del acusado y la concesión de un beneficio por parte del ente acusador. En este sentido, tendríamos que solo estas dos partes procesales estarían legitimadas para intervenir en esa forma consensuada de culminar el proceso penal.

Sin embargo, de manera jurisprudencial se ha admitido que en algunas oportunidades y cumpliendo unas exigencias específicas el representante del Ministerio Público puede tener una participación activa dentro del proceso penal en aras de cumplir con los propósitos constitucionales de la defensa del orden jurídico, la protección del patrimonio económico y el respeto por las garantías y derechos fundamentales, así como de sus demás funciones legales¹. En ese sentido y específicamente sobre la procedencia de la oposición del procurador judicial en lo referente a los allanamientos o preacuerdos, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre la intervención de este agente especial así:

"2. La Corte tiene dicho que desde el mandato del artículo 277 constitucional el legislador procesal de la Ley 906 del 2004 determinó que era viable la participación activa del Ministerio Público dentro del trámite judicial, no como un interviniente especial (que lo es la víctima), sino como un organismo propio dentro del proceso penal (sentencia del 5 de octubre de 2011, radicado 30.592), en aras de cumplir con los fines superiores que le corresponden: la defensa del orden jurídico, la protección del patrimonio público y el respeto por las garantías y derechos fundamentales.

Esa participación debe ejercerla sin que le sea dable alterar el equilibrio que debe prevalecer dentro del proceso, en el entendido que este se desarrolla por la contradicción entre dos partes que asumen el debate en igualdad de condiciones (Fiscalía y defensa). Por ello, sus intervenciones no pueden apuntar a lograr que la balanza se incline en pro o en contra de alguna de esas partes.

¹ Numeral 7° del artículo 277 de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con los artículos 109 y 111 de la Ley 906 de 2004.

En el tema de allanamientos y preacuerdos, en el fallo reseñado, la Corte dijo:

*"En materia de preacuerdos, acuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el indiciado, imputado o acusado, es claro que la legislación procesal no le permite al Ministerio Público oponerse a ellos, pero sí, **habiendo sido convocado a esos actos de justicia consensuada**, dejar constancia sobre su postura en relación con los temas que justifican su participación y que advierta afectados por las estipulaciones de las partes, lo cual, eventualmente, le podría permitir acreditar el interés para recurrir los pronunciamientos judiciales en torno a ellos.*

A este respecto no puede perderse de vista que el ejercicio de la acción penal constitucionalmente se halla adscrita a la Fiscalía, quien actúa por medio del Fiscal General de la Nación o sus delegados, y que de igual modo el imputado tiene el derecho de participar en las actuaciones judiciales que lo afecten, a tal punto de renunciar a algunos derechos conferidos por el ordenamiento, a cambio de obtener una pronta definición de su caso y el reconocimiento de algunos beneficios a los que no podría acceder si el proceso transita por el sendero ordinario.

Sin embargo todas estas manifestaciones de justicia consensuada, no sólo deben estar regidas por la legalidad, sino que no deben afectar derechos de terceros, pues si esto ocurre, se activa la legitimidad del Ministerio Público para intervenir ante la eventual trasgresión o puesta en peligro de bienes jurídicos ajenos, los cuales son indisponibles por las partes involucradas. Igual acontece si los acuerdos contrarían el ordenamiento interno o desconocen el derecho internacional humanitario, o versan sobre infracciones graves a los derechos humanos, sobre las cuales no puede mediar negociación alguna por ser contrarias a los compromisos internacionales que integran el denominado Bloque de Constitucionalidad, la Constitución o la Ley".

Por modo que, por regla general, al Ministerio Público le está vedado oponerse a las acusaciones originadas en allanamientos o preacuerdos, admitiéndose como única excepción la acreditación de manifiestas vulneraciones a las garantías fundamentales, evento en el cual está facultado para hacer las postulaciones respectivas y, en el supuesto de decisiones adversas, acudir a los recursos de ley.

3. Para interponer medios de gravamen contra las decisiones judiciales, no basta con ostentar la condición de sujeto procesal (legitimación dentro del proceso), que no cabe duda que en su condición de órgano propio dentro del juicio penal tiene el Ministerio Público; se impone como requisito adicional y necesario que se cuente con legitimidad en la causa o interés jurídico para recurrir, que surge del daño real, del agravio que la decisión cuestionada cause a quien postula la impugnación.”. (Subraya fuera del texto original).²

La Alta Corporación ratificó la anterior tesis en la sentencia SP5210 con radicación N° 41534 del 30 de abril de 2014, oportunidad en la que concretó que el delegado del Ministerio Público solo puede oponerse a los preacuerdos si los mismos vulneran el principio de legalidad de la pena o desconocen derechos fundamentales ya que le está vedado inclinar la balanza a favor de alguna de las partes con el consecuente desmedro de la otra, pues no puede suplir ningún rol propio del sistema de contradicción natural entre la Fiscalía y la defensa.

De conformidad con lo anterior, fácilmente se observa que en este evento la delegada del Ministerio Público carece de interés jurídico para recurrir ya que no acreditó que con la improbación del preacuerdo se configure una flagrante lesión a

² Corte Suprema de Justicia, sentencia N° 39892 del 06 de febrero de 2013.

derechos fundamentales, pues en la argumentación de su inconformidad tan solo indicó que en el presente caso sí se tiene prueba mínima para condenar y que se hallan cumplidos los presupuestos legales y constitucionales para aprobar dicho convenio, manifestaciones que devienen insuficientes para entrar a estudiar de fondo su oposición frente a lo decidido por la a quo.

Por otra parte, debe decirse que la Sala también se abstendrá de conocer el recurso de apelación que interpuso la delegada de la Fiscalía contra la decisión de primera instancia de improbar el preacuerdo celebrado por el ente acusador y el imputado debidamente asesorado por su defensora, porque sólo fue interpuesto por una parte suscriptora del acuerdo y no se debe olvidar que éstos, al igual que las negociaciones, son actos bilaterales, tal y como lo estipula el artículo 350 del código de procedimiento penal, y por ello están sujetos al consenso de ambas partes, a diferencia de lo que ocurre con el allanamiento a cargos, pues en ese caso la aceptación de la responsabilidad se hace de manera unilateral.

Y es que más allá de lo decidido por la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela, específicamente en la sentencia STP3570-2019 con radicación N° 103523 del 19 de marzo de 2019, tenemos que en el presente caso no puede aplicarse dicho criterio por cuanto la defensa no solamente se abstuvo de interponer el recurso de apelación, sino que además exteriorizó su conformidad con la decisión adoptada por la juez de conocimiento.

Es por ello que con claridad se entiende de la intervención realizada por la defensora que existe un desinterés en

que este superior funcional estudie la decisión de la a quo, pues dado a que la abogada era parte suscriptora del acuerdo le era exigible recurrir, tal y como lo hizo la señora Fiscal, la decisión de la falladora de primera instancia si su intención era que se modificara la providencia aludida. En otras palabras, se colige de su omisión en la interposición del recurso de alzada y de los argumentos que expuso como no recurrente, que su voluntad ha cambiado y ya no es su deseo celebrar el preacuerdo al que había llegado con el ente acusador.

En materia de preacuerdos, si las partes pretenden que el mismo tenga validez y surta efectos jurídicos, al ser improbadado por el Juez los suscriptores deben insistir en su reconocimiento a través de los recursos ordinarios, pues si una de las partes decide no hacer uso de éstos de cara a la modificación de la improbación del acuerdo, se entiende como si se estuviese retractando de dicha negociación.

Igual postura han tenido otras Salas de Decisión de este Tribunal al sostener que si alguna de las partes desiste de recurrir, teniendo interés para hacerlo en cuanto es suscriptora del preacuerdo, el mismo no podrá surtir efectos jurídicos y no se podrá, por vía de apelación, dejar incólume lo acordado cuando uno de los firmantes ha renunciado a su intención inicial.

Además, en el sub judice, la defensora en sus argumentos como no recurrente manifestó de manera directa que le "*parecía bien*" la decisión tomada por la a quo por cuanto de acudir a un preacuerdo estarían dispuestos a aceptar solo los cargos relacionados con el porte de arma de fuego de defensa personal,

Auto interlocutorio segunda instancia Ley 906

Acusado: Francisco Javier Díaz Hernández

Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones agravado

Radicado: 05001 60 00206 2020 09666
(0232-20)

mas no respecto al delito de Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, lo que reafirma la tesis de esta Colegiatura respecto a su desistimiento de la negociación estudiada e improbadada por la Juez Tercera Penal del Circuito Especializado de Medellín.

Visto lo anterior, no puede la Sala entrar a realizar un estudio de fondo respecto a los argumentos expuestos por la recurrente frente a la validez o no del preacuerdo cuando una de las partes se ha retractado del mismo al no haber hecho uso de los recursos que le otorga la ley y, contrario a ello, haber manifestado su conformidad con la providencia impugnada.

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

RESUELVE

PRIMERO: ABSTENERSE de conocer los recursos de apelación interpuestos por la representante del Ministerio Público y la delegada de la Fiscalía contra la providencia de naturaleza y origen conocidos, ello atendiendo a lo argumentado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso de reposición, de conformidad con el artículo 176 de la Ley 906 de 2004.

Auto interlocutorio segunda instancia Ley 906

Acusado: Francisco Javier Díaz Hernández

Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones agravado

Radicado: 05001 60 00206 2020 09666
(0232-20)

TERCERO: Una vez en firme la decisión, REMÍTASE la actuación al juzgado de origen para los fines pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado



Con salvamento de voto

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado