

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, seis (6) de julio de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 050016000000202100962
Procesado: Jader Albeiro Molina Zapata
Delito: Concierto para delinquir agravado -
Desplazamiento forzado - Hurto calificado y
agravado
Asunto: Apelación de Auto que imprueba acuerdo
Interlocutorio: No.16 . Aprobado por acta No. 67 de la fecha.
Decisión: Decreta nulidad parcial
Lectura: Jueves, 14 de julio de 2022

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta la Sala a resolver el recurso de alzada interpuesto por la Defensa del señor **Jader Albeiro Molina Zapata** contra el auto mediante el cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín - Ant. improbió el preacuerdo suscrito con la delegado del Ente Acusador.

2. ACONTECER FÁCTICO

Los hechos que motivaron la presente actuación, y en específico para el señor **Jader Albeiro Molina Zapata**, lo fueron la pertenencia de este sujeto a una banda delincuenciales desde enero de 2019, dedicada a la comisión de delitos como desplazamiento forzado, tráfico de estupefacientes, secuestro, entre otros, en los sectores de El Picacho, Doce de Octubre, Santander, Pedregal de la ciudad de Medellín y en los barrios París, Sauces y Nuevo Jerusalén del municipio de Bello.

El rol desempeñado por el señor **Molina Zapata** al interior de la organización era el de ser el encargado de los hurtos con otros integrantes del clan, ser el enlace con la llamada Convivir del centro de la ciudad, manejar los chiveros que van del centro de Medellín hasta el Barrio París de Bello y prestar dinero a altas tasas de interés, utilizando, además, a los integrantes de la banda para constreñir y amenazar a las personas que se atrasan con los pagos.

También dio cuenta el Ente Acusador que para el mes de febrero del año 2020, el señor Edgar Arturo Barrera Ortiz con su grupo familiar compuesto por su compañera sentimental y su hijo de 14 meses de nacido, tuvo que abandonar de manera forzada su residencias ubicada en la carrera 73 numero 25 – 18 del barrio París del Municipio de Bello, pues **Jader Albeiro Molina Zapata**, conocido como JADER, integrante de la organización criminal La Oficina del Doce y prestamista, envió a “Harry” y a “El Cabezón”, integrantes también de la banda, a cobrarle un dinero. Estas personas le indicaron que **Molina Zapata** los había enviado por el dinero que le tocaba pagar y sin

mediar palabra le propinaron una golpiza y lo amenazaron indicándole que tenía tres días para conseguir ese dinero o que si no lo mataban.

Tres días después alias “Harry” con un arma de fuego le disparo al señor Edgar Arturo Barrera Ortiz, pero este alcanzo a huir. Posteriormente el aquí encartado hizo dos llamadas a la compañera sentimental de aquél, a quien intimidó y le dejó la razón que si lo veía lo mataba o lo picaba, hechos que originaron el desplazamiento de estas personas.

Además, Se tiene que el día uno de octubre del 2020 **Jader Albeiro Molina Zapata**, en compañía de otros sujetos, acordaron apoderarse de bienes de la empresa de Tanques Del Nordeste S.A., plan que ejecutaron ese mismo día, utilizando el vehículo furgón Hyundai blanco de placas 477 y con apoyo de un empleado de dicha compañía valiéndose de artificios y engaños ingresaron a la empresa ubicada en la carrera 48 Nro. 65 SUR 111, Avenida Las Vegas del municipio de Sabaneta y se apropiaron de pañitos y 10 royos de tela de referencia panter blue, blue panter black, elementos valuados en 16.000.000 millones de pesos.

La labor desempeñada por el imputado en este ilícito, fue la de coordinar el hurto con el empleado de dicha compañía, conseguir el vehículo usado en el latrocinio, ubicar a otras personas para que llegaran a ese lugar y sacar los elementos para luego comercializarlos, para posteriormente recibir el dinero fruto de esa venta.

3. ANTECEDENTES DEL CASO

Entre el 28 de octubre y el 3 de noviembre de 2020, ante el Juzgado Primero Penal Municipal con función de control de garantías Ambulante de Antioquia, se legalizó la captura de **Jader Albeiro Molina Zapata** y la Fiscalía le formuló imputación por los delitos de concierto para delinquir agravado (art. 340 inc. 2 del C.P.), desplazamiento forzado agravado (arts. 180 Y 181 # 2 del C.P.) y hurto calificado y agravado (art. 239, 240 y 241 del C.P.)(artículo 448 del C.P), cargos que no fueron aceptados por el procesado; acto seguido, se le impuso medida de aseguramiento de carácter intramural.

Previo a la presentación del escrito de acusación, las partes llegaron a un preacuerdo que fue repartido para su conocimiento al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín, despacho ante el cual se presentó el resultado de la negociación el 5 de noviembre de 2021.

En audiencia celebrada el 5 de abril de 2022, el Juzgado de origen improbo el preacuerdo suscrito entre el señor **Molina Zapata** y la Fiscalía, decisión que solo fue recurrida por la defensa, por medio de la apelación que hoy se resuelve

4. TÉRMINOS DE LA NEGOCIACIÓN

El preacuerdo suscrito entre las partes tuvo como objeto el monto la pena, indicándose que se impondría la del delito más grave, esto es, 8 años de prisión por el de desplazamiento forzado y dando una rebaja del 50% a ese *quantum* como único

beneficio, quedando una sanción privativa de la libertad de 4 años; respecto de los delitos de hurto calificado y agravado y concierto para delinquir agravado, se sumaría 8 meses por cada uno, para una pena final de 5 años y 4 meses de prisión y multa de 1750 smlmv..

5. PROVIDENCIA RECURRIDA

La Juez de primera instancia improbo el preacuerdo, bajo los siguientes argumentos:

1. Señaló la funcionaria que, en el presente asunto, la Fiscalía no presentó un documento en donde se estableciera que la víctima fue escuchada respecto a los términos del preacuerdo, siendo ello una carga ineludible para esta parte procesal, en cambio se limitó a decir que las víctimas no querían asistir y que habían sido reparadas.

Para la judicatura de primer nivel, el hecho de que la Fiscalía allegara a la actuación un documento donde se informa que el señor Edgar Arturo Barrera Ortiz y su familia recibieron la suma de \$2.910.000, no era suficiente para dar por sentado que se encontraban reparadas, sino que era necesario que se convocaran al proceso y se les informara sobre los términos del preacuerdo y que pudiera pronunciarse sobre los términos de la negociación.

Adujo que se desconoce si la reparación de las víctimas fue total o si estas pudieron o no retornar al barrio del que

fueron desplazadas, señalando que el tratamiento que le ha dado la Fiscalía a los afectados dentro de este proceso no corresponde con la legalidad, sin saberse las condiciones en que esta víctima aceptó ese dinero y las condiciones en que se dio ese pago.

En consecuencia, consideró que el Ente Instructor ha incumplido con la carga ineludible de que la víctima conociera los términos del preacuerdo, se le notificara y se le permitiera que expresara cualquiera que fuera su sentimiento acerca de esa negociación o si verdaderamente quedó conforme con el pago que se le entregó por los perjuicios ocasionados con las conductas endilgadas al procesado.

2. Para la juez de primer nivel, la Fiscalía no cuantificó el agravante del desplazamiento forzado, sino que partió del mínimo quedando la rebaja como si fuera un desplazamiento simple, por considerar que la porción que aumenta la punición debió aplicarse a ambos extremos punitivos, situación que obvió esta parte procesal cuando no le sumó el aumento al mínimo de la pena.

La *a quo* señaló que si bien el aumento punitivo para ese tipo penal solo afectaba el máximo de la pena a imponer no era motivo para desconocer su existencia y sus consecuencias.

3. La funcionaria de primer nivel indicó que la Fiscalía no imputó todos los delitos que se derivaban del recuento fáctico del presente asunto, por cuanto claro se observaba

que el acusado ordenó a otros sujetos que le dispararan al señor Edgar Arturo Barrera Ortiz, situación que en su criterio configuraba una tentativa de homicidio, inacabada.

Por lo anterior, indicó que la rebaja a otorgar solo era la prevista en el párrafo del artículo 301 del C.P. que para el caso concreto era de 6 meses, situación que se contrariaba con los términos de la negociación, en la cual se había dado una disminución punitiva de 3 años, configurándose una afrenta al principio de legalidad.

6. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor del señor **Molina Zapata** censuró la determinación de primer nivel, considerando:

1. Que la víctima del delito de desplazamiento forzado siempre estuvo enterada de los términos del preacuerdo, al punto que se celebraron reuniones entre el afectado y el anterior abogado del acusado, llegando a tasar sus perjuicios en la suma que se le entregó, sin que sea dable suponer que le faltan ingredientes a esa reparación, por el hecho de que la víctima no estuvo presente en la audiencia respectiva.

Señaló no estar de acuerdo con lo manifestado por la juez, atinente a la ausencia de un defensor de víctimas, por considerar que la primera representación de los afectados debe hacerla el ente acusador.

Con ocasión a la empresa afectada con el hurto endilgado a su prohijado, el censor señaló que estas también fueron indemnizadas y que la juez no hizo ninguna manifestación respecto de su no comparecencia a la audiencia.

2. Adujo que la presunta mala dosificación de la pena, no obedece al querer de las partes, sino a lo dispuesto por el legislador quien dispuso que el aumento en el delito de desplazamiento forzado agravado solo se aplicara al máximo de la pena.

Indicó que en esta negociación se respetaron los criterios de tasación de la pena, imponiéndose el mínimo de la pena prevista para el delito más grave.

3. Señaló que la falta de imputación de otros delitos, era competencia de la Fiscalía, quien tenía la potestad de hacerlo o no.

En consecuencia, solicitó se revocara la decisión recurrida.

7. LOS NO RECURRENTES

7.1. Fiscalía.

La delegada del ente acusador, manifestó no tener interés para recurrir ni insistir en el preacuerdo.

7.2. Ministerio Público.

El Procurador delegado, señaló que no se pronunciaría respecto de la apelación, por considerar que la fiscalía no pretende continuar con el preacuerdo.

8. CONSIDERACIONES DE LA SALA

8.1. Competencia

De conformidad con el contenido del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer del recurso de alzada interpuesto por la defensa, en contra del auto mediante el cual la Juez Cuarta Penal del Circuito Especializado de Medellín, improbió el acuerdo celebrado por las partes.

8.2 El problema jurídico

Sería del caso entrar a resolver las censuras propuestas por la defensa, atinente a la corrección o no de la decisión que improbió el preacuerdo, de no ser porque la Sala avizora una circunstancia que invalida lo actuado.

Por lo anterior, la Magistratura encuentra como problema jurídico a abordar en esta oportunidad, el siguiente:

- ¿Las víctimas de las conductas punibles endilgadas al señor **Jader Albeiro Molina Zapata**, fueron debidamente citadas a comparecer al proceso, como presupuesto de validez de la actuación y hacer valer sus derechos?

Para ello, la Sala comenzará con hacer un breve exordio sobre la participación de las víctimas en los preacuerdos, la obligación que le asiste a la judicatura de citar, en debida forma, a las partes e intervinientes, así como la consecuencia de la inobservancia a ese deber, para luego abordar el caso concreto.

8.2.1. La participación de las víctimas en materia de preacuerdos.

La protección de los derechos de las personas sobre las cuales se ha materializado la conducta típica ha tenido un giro en la jurisprudencia constitucional, pues previo a que se proferiera la sentencia C 228 de 2002, se pensaba que la intervención de las víctimas en el proceso penal tenía una finalidad netamente económica y por tanto su participación en el mismo era accesoria y limitada.

No obstante, a partir de esa fecha la Corte Constitucional cambio su postura reconociendo que los derechos de las víctimas abordan varios aspectos más allá de la indemnización, pues las autoridades en general y las judiciales en particular tienen el deber de garantizar la protección integral de sus derechos, en especial a la verdad y la justicia, pues estos tienen una relación directa con el respeto a la dignidad humana.

Sobre este punto la citada Corporación en sentencia C 228 de 2002 explicó:

“El principio de dignidad impide que el ser humano, y los derechos y bienes jurídicos protegidos por el derecho penal para

promover la convivencia pacífica de personas igualmente libres y responsables, sean reducidos a una tasación económica de su valor. El reconocimiento de una indemnización por los perjuicios derivados de un delito es una de las soluciones por las cuales ha optado el legislador ante la dificultad en materia penal de lograr el pleno restablecimiento de los derechos y bienes jurídicos violentados en razón a la comisión de un delito. Pero no es la única alternativa ni mucho menos la que protege plenamente el valor intrínseco de cada ser humano. Por el contrario, el principio de dignidad impide que la protección a las víctimas y perjudicados por un delito sea exclusivamente de naturaleza económica. (...)”

Es así como el máximo Tribunal en lo Constitucional estimó que para materializar plenamente los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas se debía garantizar su participación en el proceso penal en igualdad de condiciones a las del procesado, es decir que aquellas debían tener el estatus de parte procesal y ser tratadas como tal.

No obstante, con la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002 y de la Ley 906 de 2004 se introdujo en Colombia un sistema de justicia penal con tendencia acusatoria, en donde la víctima perdió su calidad de parte procesal para convertirse en un mero interviniente con facultades más decorativas que reales, con lo cual su situación jurídica, y con ella sus derechos a la verdad, justicia y reparación, dentro del proceso penal se vio seriamente afectada.

Frente al preocupante panorama, muchas han sido las demandas que se han presentado en contra de la Ley 906 de 2004 y que la Corte ha fallado en favor de los intereses de las

víctimas, de entre las cuales resulta de relevante importancia la sentencia C-209 de 2007 porque en ella, por primera vez, dicha Corporación se pronunció de manera sistemática sobre el estatus jurídico de la víctima en el nuevo esquema de justicia penal.

Para la Corte, es un hecho cierto que al introducirse en Colombia un esquema procesal adversarial, el legislador le quitó el estatus jurídico de parte procesal a la víctima, pues tal calidad solo está reservada, ahora, a la Fiscalía y la defensa; pero ello no significa el arrebato absoluto de los derechos que bajo el anterior procedimiento ostentaba, por cuanto el referido modelo está diseñado exclusivamente para el juicio oral, por lo cual los derechos de las víctimas a ser citadas, a ser oídas, a aportar pruebas, a controvertir y a impugnar las decisiones que les sean adversas deben quedar incólumes para todas las audiencias preliminares (salvo que sean reservadas), para las audiencias de acusación y preparatoria, para el incidente de reparación integral y en aquellos actos procesales donde se defina la suerte del procesado por aplicación de terminación anticipada (preacuerdos y allanamientos a cargos), espacios procesales en los cuales pueden actuar en igualdad de condiciones que la fiscalía y la defensa.

Para lo que atañe en materia de preacuerdos, es importante resaltar que la Corte Constitucional en la sentencia C-516 de 2007, advirtió la importancia de la presencia de las víctimas en la audiencia respectiva para materializar su derecho de acceso a la justicia, sin que ello contraiga una intromisión indebida en los deberes y facultades tanto constitucionales como legales de la Fiscalía General de la Nación, sino como una intervención

que puede dotar a la judicatura de un mejor panorama sobre los términos de la negociación. Así lo ha entendido ese alto tribunal cuando señaló:

Si bien es cierto que la Constitución radicó en la Fiscalía la titularidad de la acción penal, y que la ley le asigna un cierto nivel de discrecionalidad, propiciar la fijación de una posición por parte de la víctima frente a los preacuerdos y las negociaciones no afecta la autonomía del Fiscal para investigar y acusar, ni lo desplaza en el ejercicio de las facultades que le son propias. Por el contrario, la intervención de la víctima provee a la justicia de información valiosa para determinar si la pena propuesta es aceptable o no en el mejor interés de la sociedad y de la administración de justicia. La inclusión del punto de vista de la víctima resulta también valiosa para rectificar información aportada por la defensa y por la fiscalía que puede conducir a evitar una sentencia injusta que no se adecue a la verdad de los hechos y su gravedad.

(iii) Esta omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal, que deja en manifiesta desprotección los derechos de las víctimas.

(iv) La omisión implica a su vez un incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal que le impide asegurar el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. Reitera la Corte que el propio código reconoce el derecho de las víctimas “a ser oídas”, y a “que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto” (Art. 11 d) y f) la Ley 906 de 2004).

De lo anterior surge que, tal como fue diseñado por el legislador, la víctima no tiene ninguna posibilidad de fijar su posición sobre

los términos del acuerdo celebrado entre el fiscal y el imputado o acusado, mediante el cual se puede prescindir de hechos que pueden ser relevantes para la víctima en términos de verdad y de justicia, y también puede afectar las consecuencias del delito (Art. 351 inciso 2º) con clara repercusión sobre el derecho a la reparación integral de la víctima.

Teniendo en cuenta que no existe necesaria coincidencia de intereses entre la fiscalía y la víctima, en la etapa de la negociación de un acuerdo, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral pueden resultar desprotegidos en esta fase crucial y definitiva del proceso. La intervención de la víctima en esta etapa resulta de particular trascendencia para controlar el ejercicio de una facultad que envuelve un amplio poder discrecional para el fiscal, sin que con ello se afecte su autonomía ni el ejercicio de las funciones que le son propias. Resulta manifiesto que la omisión del legislador pone en riesgo la efectividad de los derechos de la víctima y significa un incumplimiento de los deberes constitucionales que tiene el legislador en la protección de los derechos de la víctima, y por ello se torna inconstitucional.

La exclusión patente de las víctimas de los procesos de negociación, no responde a las finalidades que la misma ley le atribuye a la institución (Art. 348). No conduce a la humanización de la actuación procesal prescindir del punto de vista del agraviado o perjudicado en la construcción de un consenso que puede llevar a la terminación del proceso, escenario en el que se deben hacer efectivos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. La eficacia del sistema no es un asunto que involucre únicamente los derechos del acusado y los intereses del Estado; no se puede predicar la eficacia del sistema cuando se priva a la víctima de acceder a un mecanismo que pone fin al único recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos a la verdad y a la justicia. Es imposible activar de manera adecuada la solución del

conflicto social que genera el delito, y propiciar una reparación integral de la víctima, si se ignora su punto de vista en la celebración de un preacuerdo o negociación. Finalmente la titularidad del derecho de participación en las decisiones que los afectan reposa tanto en el imputado o acusado como en la víctima o perjudicado.

Si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los preacuerdos celebrado entre la Fiscalía y el imputado, debe ser oída (Art. 11.d) por el Fiscal y por el juez que controla la legalidad del acuerdo. Ello con el propósito de lograr una mejor aproximación a los hechos, a sus circunstancias y a la magnitud del agravio, que permita incorporar en el acuerdo, en cuanto sea posible, el interés manifestado por la víctima. Celebrado el acuerdo la víctima debe ser informada del mismo a fin de que pueda estructurar una intervención ante el juez de conocimiento cuando el preacuerdo sea sometido a su aprobación. En la valoración del acuerdo con miras a su aprobación el juez velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales tanto del imputado o acusado como de la víctima. (Art. 351, inciso 4°).

Así mismo, preservada la intervención de la víctima en los términos de esta sentencia, aún retiene la potestad de aceptar las reparaciones efectivas que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, o rehusarlas y acudir a otras vías judiciales (Art.351. inciso 6°); así mismo conserva la potestad de impugnar la sentencia proferida de manera anticipada (Arts. 20 y 176), y promover, en su oportunidad, el incidente de reparación integral (Art. 102).

De lo anterior, deviene diáfano que, en consonancia con lo señalado en el artículo 11 de la Ley 906 de 2004, a la víctima le

asiste el derecho de ser escuchada a lo largo de la actuación y mucho más en aquellos eventos de terminación anticipada por vía de preacuerdos, donde se hace necesario que esta sea convocada a la audiencia con miras a que sea no solo oída, sino que su postura frente al resultado de la negociación sea tenido en cuenta, con miras a la verificación de la conservación efectiva de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, eso si, claro deber quedar, sin un derecho al veto de la negociación.

8.2.2. De la actividad de notificación a partes e intervinientes para las diligencias judiciales, en la etapa de juzgamiento.

Conviene recordar que el derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, establece que las actuaciones judiciales y administrativas, deben ceñirse al procedimiento dispuesto por el legislador, con el fin de preservar los derechos y garantías de los ciudadanos inmersos en ese tipo de actuaciones.

Como una expresión del debido proceso se tiene que tanto las partes como los intervinientes que concurren al proceso penal, tienen el derecho a conocer y estar debidamente enterados de todas y cada una de las actuaciones que se desarrollen en el decurso del proceso y de las decisiones que se profieran por parte de la judicatura, siendo el mecanismo idóneo para ello la debida notificación que el despacho que tiene el conocimiento del asunto realice.

Por ese motivo, para el ejercicio adecuado de sus derechos es imperioso que todos los interesados en el proceso hubieren sido citados y notificados adecuada y efectivamente sobre las audiencias, actuaciones y decisiones judiciales.

En lo atinente a la adecuada y efectiva citación a las audiencias en el marco del sistema penal con tendencia acusatoria, el artículo 171 de la Ley 906 de 2004, dispone:

“ARTÍCULO 171. CITACIONES. Procedencia. Cuando se convoque a la celebración de una audiencia o deba adelantarse un trámite especial, deberá citarse oportunamente a las partes, testigos, peritos y demás personas que deban intervenir en la actuación (...).”

Así mismo, el aludido estatuto procesal, no sólo impone el deber de citar al procesado y a las partes intervinientes, sino que señala cómo debe agotarse dicha actuación. El artículo 172 regula, que:

ARTÍCULO 172. FORMA. Las citaciones se harán por orden del juez en la providencia que así lo disponga, y serán tramitadas por secretaría. A este efecto podrán utilizarse los medios técnicos más expeditos posibles y se guardará especial cuidado de que los intervinientes sean oportuna y verazmente informados de la existencia de la citación. (Subrayas fuera de texto)

Al respecto, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, esbozó:

(...) el artículo 171 y siguientes del mismo ordenamiento regulan lo atinente a las citaciones, que tienen lugar, en lo que interesa a este caso, cuando se convoque a la celebración de audiencias, en tanto están dirigidas a las personas que deban intervenir en ellas. Sobre sus formas, el precepto 172 prescribe:

“Las citaciones se harán por orden del juez en la providencia que así lo disponga, y serán tramitadas por secretaría. A este efecto podrán utilizarse los medios técnicos más expeditos posibles y se guardará especial cuidado de que los intervinientes sean oportuna y verazmente informados de la existencia de la citación. El juez podrá disponer el empleo de servidores de la administración de justicia y, de ser necesario, de miembros de la fuerza pública o de la policía judicial para el cumplimiento de las citaciones”.

Sobra decir que dichas labores deben realizarse con especial cuidado y esmero, de manera que se verifique la exactitud de las distintas direcciones, números telefónicos o correos electrónicos que obren en la actuación, para que se logre enterar en forma idónea a los interesados sobre las diligencias que se han de surtir y las determinaciones que se adopten, a efectos de garantizar así a plenitud el derecho de defensa y contradicción de las partes y de los demás intervinientes en el proceso”¹ (negritas fuera de texto)

¹ Corte Suprema de Justicia SP823-2021, radicado: 57194 M.P. Eyder Patiño Cabrera

De conformidad con lo anterior, la notificación como garantía en el trámite procesal penal, adquiere relevancia en tanto permite a las partes e intervinientes ejercer sus derechos de contradicción y de defensa y de impugnar las decisiones que le sean adversas, más aún cuando esos actos de publicidad, les permiten decidir si ejerce activamente su defensa o si por el contrario se margina voluntariamente de la actuación.

Por esa potísima razón, la indebida notificación de audiencias y decisiones, podría acarrear un defecto procedimental absoluto, que da al traste con los más caros principios y derechos de las partes e intervinientes. Así lo ha señalado la Corte Constitucional cuando en sentencia C181 de 2019 afirmó de manera categórica:

“En síntesis, conforme con lo establecido por la jurisprudencia de esta Corporación, la indebida notificación viola el debido proceso y, cuando es consecuencia de la conducta omisiva de la autoridad, es un defecto procedimental absoluto porque: (i) concurre cuando el juez actúa inobservando el procedimiento establecido en la ley; (ii) se entiende como un defecto de naturaleza calificada que requiere para su configuración que el operador jurídico haya desatendido el procedimiento establecido por la norma; y, además, (iii) implica una evidente vulneración al debido proceso del accionante.”

En síntesis, la Judicatura que funge como juez de conocimiento en materia penal, tiene la imperiosa obligación de comunicar y citar a las audiencias que adelante al procesado, su abogado, la Fiscalía, al delegado del Ministerio Público y también a las

víctimas, si las hubiere; la inobservancia de ese mandato, da al traste con derechos fundamentales de estos sujetos procesales que genera un defecto procedimental absoluto que riñe con la legalidad misma del proceso.

En aquellos eventos en los cuales no se le haga entrega de datos de ubicación de las víctimas, la judicatura está en la obligación de solicitarlos al Ente Acusador, con miras a materializar ese imperioso mandato de permitirle a los afectados con la conducta punible su comparecencia al proceso y que puedan ser escuchadas.

Lo anterior, por cuanto es importante advertir que, en el estado actual del arte del proceso penal colombiano, no solo se debe velar por los derechos del procesado, sino que en igualdad de condiciones se debe proteger las garantías procesales de la víctima quien tiene de por medio sus derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación.

Del caso concreto.

En este asunto, el señor **Jader Albeiro Molina Zapata** viene siendo procesado por los delitos de concierto para delinquir agravado, desplazamiento forzado agravado y hurto calificado y agravado; en razón de la investigación penal seguida en su contra, el ciudadano celebró un preacuerdo con la Fiscalía que, al ser puesto a consideración del juez de conocimiento, fue improbadado por considerar, entre otras razones, que las víctimas no tuvieron la debida participación en el proceso de aceptación de responsabilidad negociada.

En este aspecto, la defensa señaló que no le asistía razón a la judicatura, por cuanto la víctima del desplazamiento estuvo presente en unas negociaciones con el procesado e incluso resultó reparada con el monto por ella exigido. También y respecto de la empresa afectada con el delito de hurto, señaló que estos también habían sido reparados en su totalidad.

Adujo que la no presencia de estos afectados no era óbice para aprobar el preacuerdo, por cuanto la primigenia representación de las víctimas estaba en cabeza del Ente Acusador.

Ante este panorama, encuentra la Sala que es precisamente ese aspecto de la no presencia de las víctimas en la audiencia de verificación de preacuerdo la que da al traste con la actuación judicial y que genera una enorme transgresión a los derechos fundamentales de los afectados, en grado especial, a sus derechos a comparecer al proceso y a ser escuchadas en el decurso del trámite respectivo.

Si bien este yerro fue detectado por parte de la Juez Tercera Penal del Circuito Especializado de Medellín y fue uno de los argumentos de improbación del preacuerdo, lo cierto es que se quedó corta en su deber jurisdiccional de garantizar la comparecencia de los afectados al trámite procesal donde se ventilaría el preacuerdo.

Si bien la Fiscalía no entregó datos de ubicación de las víctimas, el actuar de la *a quo* fue en lo absoluto pasivo, por cuanto era su deber legal requerir a la delegada del Ente Acusador para que proporcionara al Despacho la información respectiva a

efectos de proceder con la correcta y segura convocatoria de los agraviados a las audiencias, situación que se echa de menos en este proceso, habida cuenta que la judicatura limitó su ejercicio de notificación a las partes y al Ministerio Público.

El hecho que plantea la defensa, atinente a la presencia de las víctimas en negociaciones, no puede ser de recibo por cuanto se desconoce si a ciencia cierta se les hizo saber de los términos del acuerdo. Además, tampoco se tiene la certeza si los afectados fueron integralmente indemnizados o si ese pago fue parcial, echándose de menos un pronunciamiento de las víctimas en esos dos tópicos.

Pretender que la no convocatoria de las víctimas a una audiencia sea excusada en el hecho de que asistieron a unas reuniones con los procesados y la Fiscalía, sería tanto como predicar que con ese solo acto ya se les había garantizado su derecho de comparecencia al proceso y a ser oídas, asunto que deviene incorrecto, por cuanto con suficiencia se ha acreditado que las víctimas tienen el derecho no solo de estar presentes en las negociaciones en donde se debe tener en cuenta sus puntos de vista y observaciones, sino sobre todo de poder asistir a las audiencias donde se definen temas que son de todo su interés, tal como lo es la de verificación de preacuerdo, porque de ello depende, definitivamente, la materialización de sus derechos fundamentales a la verdad, la justicia y la reparación.

Por todo lo antes señalado, para la Sala es claro que ha existido en este trámite un injustificado resquebrajamiento al debido proceso, no solo del señor Edgar Arturo Barrera Ortiz, sino

también de la empresa Tanques del Noreste S.A., dado que nunca fueron citadas en debida forma a las diligencias adelantadas por la judicatura, con miras a ser escuchadas sobre los términos del preacuerdo y la reparación que recibieron.

Vistas así las cosas y frente a la flagrante violación de las reglas propias del juicio que tienen en este caso incidencia directa en los derechos de las víctimas, de conformidad con el artículo 457 procesal, no hay otra alternativa que declarar la nulidad parcial de la audiencia celebrada el 5 de abril de 2022, en lo que respecta a la decisión adoptada frente al preacuerdo presentado por la Fiscalía General de la Nación y el señor **Jader Albeiro Molina Zapata.**

Se llega a esta extrema solución, pues del estudio de los principios que rigen esta figura legal, se tiene que los defectos advertidos menoscaban las bases propias del debido proceso; es trascendente porque afecta las garantías legales y constitucionales de las víctimas que tienen derecho a comparecer a las audiencias y a ser escuchadas, en grado especial sobre los términos de la negociación y sobre su reparación; y, por último, no hay otra manera de subsanar el entuerto porque es en absoluto necesario que se cite en debida forma a los afectados, con miras a garantizarle los derechos que se les ha conculcado en esta actuación.

Por lo anterior, la judicatura de primer nivel deberá rehacer el trámite de verificación del preacuerdo, garantizando la debida comparecencia de las víctimas, Edgar Arturo Barrera Ortiz, y la empresa Tanques del Noreste S.A..

Para ello, el Despacho debe requerir a la Fiscalía General de la Nación para que le entregue los datos de ubicación de los sujetos antes mencionados y librar las respectivas comunicaciones que garanticen su debida comparecencia al acto procesal en comento.

En mérito de lo expuesto, **la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Política,

8. RESUELVE:

PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD PARCIAL de lo actuado, a partir de la audiencia de verificación de preacuerdo suscrito entre el señor **Jader Albeiro Molina** y la Fiscalía General de la Nación, inclusive, por los motivos expuestos en este proveído.

SEGUNDO: La presente decisión es susceptible del recurso de reposición en los términos de ley.

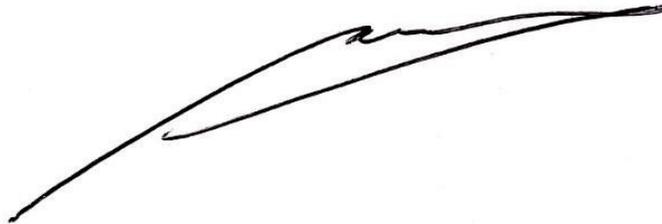
TERCERO: Una vez en firme esta determinación, remítase el expediente al juzgado de primera instancia para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado