

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

Radicado: 05360 60 00000 2019-00037

Acusado: Jorge Eduardo Mora Montoya

Delito: Concierto para delinquir agravado y otros

Asunto: Apelación auto imprueba preacuerdo

Decisión: Se abstiene

Magistrado Ponente: Gabriel Fernando Roldán Restrepo

Acta N° 157

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Décima de Decisión Penal

Medellín, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

1.- VISTOS

Sería del caso que esta Magistratura entrara a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la decisión de la Juez de instancia de no impartir aprobación al preacuerdo celebrado con la Fiscalía, si no fuera porque no puede ser abordada de fondo, por las razones que a continuación se exponen:

2.- ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

Se reseñará solo lo relevante de acuerdo al objeto de apelación:

En la audiencia prevista para la formulación de acusación, el fiscal informó de la realización de un preacuerdo con el procesado, a través del cual este aceptaba la comisión del delito de concierto para delinquir agravado con fines de extorsión y

tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y a cambio se le reconocería una rebaja del 45% de la pena a imponer en la sentencia.

Al respecto, la defensa manifestó su conformidad con el acuerdo, mientras que la delegada del ministerio público refirió que no lo veía viable, en tanto de los elementos materiales probatorios aportados se podía inferir que, si bien solo se imputó el punible de concierto para delinquir agravado, existe conexidad sustancial respecto al delito de extorsión, siendo limitados los beneficios y rebajas por el artículo 26 de la 1121 de 2006.

3.- DECISIÓN APELADA

La Juez decidió improbar el preacuerdo debido a que se vulneró el principio de legalidad otorgándosele al procesado un doble beneficio toda vez que, analizados los hechos jurídicamente relevantes y los elementos materiales probatorios, evidenció la presunta responsabilidad del procesado, no solo en la comisión de los delitos de concierto para delinquir agravado con fines de extorsión y tráfico de estupefacientes, sino también de extorsión, del que fuera víctima Alfredo Justin; entonces, atendiendo a lo previsto en el artículo 26 de la 1121 de 2006, existe una conexidad sustancial entre el concierto para delinquir con fines de extorsión y la extorsión mencionada por la fiscalía dentro de la acusación y que no le fue imputada jurídicamente.

En consecuencia, esas omisiones del ente acusador generan que se presenten preacuerdos lesivos que vulneran la citada normatividad, y que representan un doble beneficio.

4.- MOTIVOS DE DISENSO

4.1.- El defensor indicó que desde tiempo a tras la jurisprudencia ha señalado que la labor del juez de conocimiento es de verificación y control formal más no material; esto es, la formulación de imputación le compete a la fiscalía, por ende, no tiene control judicial, oficioso ni rogado.

Advirtió que, si bien el juez está llamado a hacer ese control formal, verificando que no exista vulneración de derechos fundamentales, es claro que en este caso fue más allá de lo permitido, pues ni en la imputación ni en la acusación se hizo

alusión a ese delito conexo; esto es, solo se mencionó el concierto para delinquir agravado con fines de extorsión y tráfico de estupefacientes, entonces no le está atribuido sugerir la calificación jurídica, en tanto, ello corresponde al fiscal.

Solicitó se revoque la decisión y en su lugar se apruebe el preacuerdo ya que no quebranta derechos fundamentales.

4.2- No recurrentes.

El fiscal explicó que no tenía interés en recurrir, porque debía verificar y corroborar la evidencia respecto a esos tipos penales graves; así mismo, que no comparte las afirmaciones del apelante y procederá a realizar lo que en derecho corresponda, esto es, los análisis y estudios necesarios con miras a solicitar las audiencias respectivas.

El agente del ministerio público, por su parte, dijo que en este caso no procedía el recurso, pues una de las partes no recurrió la decisión, pero que si en gracia de discusión se analizaba el debate propuesto, reitera que el preacuerdo desconoce el artículo 26 de la Ley 1126 de 2006, en tanto, existe una conexidad sustancial del delito de extorsión con el de concierto para delinquir agravado; además, el juez no es un convidado de piedra, teniendo que verificar la ausencia de vulneración de derechos y principios como el de la legalidad.

CONSIDERACIONES

Como se anunció en precedencia y siguiendo la línea jurisprudencial que han trazado otras Salas de este mismo Tribunal¹, esta se abstendrá de conocer de fondo el asunto, por las siguientes razones:

Los preacuerdos realizados entre la fiscalía y el imputado o acusado –según el caso- son actos bilaterales, que surgen por la voluntad de ambas partes, donde deciden mutuamente los términos de la imputación que serán presentados al juez, ello acorde con lo normado en el artículo 350 de la Ley 906 de 2004, esto es, la negociación depende del consenso entre las partes respecto a la aceptación de

¹ Ver auto del 10 de marzo de 2010 radicado 2009-00382. Audiencia de argumentación oral. M.P. Luis Enrique Restrepo Méndez y auto del 10 de diciembre de 2009, radicado 2008-19126 M.P. Cesar Augusto Rengifo Cuello. Auto del 9 de septiembre de 2020

responsabilidad, a cambio de que se elimine de la acusación alguna causal de agravación punitiva o cargo específico, o para que se tipifique la conducta de tal forma que se disminuya la pena.

Entonces, es claro que en los acuerdos es ineludible la concurrencia de las voluntades de las partes –fiscalía y acusado- para su viabilidad –artículos 348, 350, 351 inc.2, 352 de la Ley 906 de 2004- por lo que, ausente esa voluntad desaparece el pacto, ello en el evento en que se presente la retractación antes de su aprobación por parte del juez; es decir, los preacuerdos son producto de la confluencia de dos voluntades y no de una sola, por eso las partes pueden desistir o retractarse antes de su aprobación.

Y así lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al señalar:

“De conformidad con el inciso 2º del artículo 293 de la Ley 906 de 2004 - precisamente en aras de la efectividad del principio dispositivo que rige el sistema procesal penal de partes que actualmente impera en Colombia-, es posible desistir o retractarse del preacuerdo celebrado, siempre y cuando éste no haya sido aprobado por el operador judicial de conocimiento”²

Por tanto, si el preacuerdo es improbadado por el juez en primera instancia, las partes pueden insistir en su aprobación, haciendo uso de los recursos y dejando ver su intención expresa de mantenerse en lo pactado, como también puede suceder que se acepte lo decidido y se esté a lo resuelto por el *a quo*, caso en el cual se entiende que hay allí una clara retractación.

Así lo precisó otra Sala de este Tribunal:

“La conclusión es evidente, el acatamiento por parte de la fiscalía o de la defensa de lo resuelto por el Juez en el sentido en que lo hizo, esto es, calificando el preacuerdo de violatorio de principios constitucionales o legales, comporta una clara retractación de una de las partes cuya intervención activa resulta esencial al acto de preacuerdo del referido consenso y con ello, se enerva la posibilidad de esta instancia de un pronunciamiento de fondo.

(...)

² Sent. Rad.28.298 del 23 de enero de 2008.

“Sobre los efectos del silencio o la no interposición de recursos por la fiscalía-aplicable a cualquiera de las partes- como manifestación positiva de voluntad, vale traer a colación la sentencia del 1 de julio de 2009, radicado 31.763, con ponencia de Augusto Ibáñez Guzmán, que si bien se refiere a casos en que la fiscalía no recurre la decisión de preclusión, asunto que no es el mismo del sub lite, si resulta ilustrativa frente al contenido volitivo de una tal omisión. Veamos:

“Puede suceder que hecha la petición de preclusión por la Fiscalía, los argumentos del juzgador la convenzan, a consecuencia de lo cual decida no recurrir, supuesto en el que podría cuestionarse si otra parte o interviniente quedaría facultada para impugnar la determinación.

La respuesta debe ser negativa, porque la postura de la Fiscalía de no cuestionar la decisión del juez que optó por rechazar la preclusión implica consentimiento con la providencia, esto es, que los argumentos judiciales la convencieron, o, lo que es lo mismo, adquiere certeza de que, al menos en ese momento, no procedía declarar la extinción de la acción penal.

Ese asentimiento, ese consentimiento, esa conformidad con el auto del juzgador, reflejado en la manifestación expresa de no interponer recursos, equivale a decir que la Fiscalía no insiste en su petición de preclusión, que la retira”.³

Y, en otra reciente se indicó:

“La decisión de la Fiscalía al no insistir en la aprobación, implica consentimiento con lo resuelto por el a-quo, y por ende, su no interés en continuar con el preacuerdo. Es decir, que deshace el preacuerdo y, en consecuencia, el mismo, al ser de carácter consensual deja de existir.

Ese consentimiento o conformidad del delegado del ente persecutor con la decisión del juez de primera instancia de no aprobar el preacuerdo, se manifestó cuando expresó no interponer el recurso de apelación, lo que equivale a decir que, aunque en principio estuvo interesado en adelantar el trámite de la aceptación del preacuerdo, prefirió acogerse a lo decidido por el a quo, es decir que hizo uso de la facultad de retractarse oportunamente.

De manera que como los preacuerdos se integran con la voluntad de dos partes, y una de ésta desiste del mismo o no está interesado en continuar con ese acuerdo de voluntades, lo que se refleja cuando no interpone el recurso de alzada, es de inferirse que el acto bilateral deja de existir al faltar la comunión de voluntades que constituye su esencia. Y al no existir preacuerdo alguno, es patente que la Sala no tiene objeto para analizar, en cuanto lo pretendido es el análisis de la improbación de un acto bilateral.

³ Auto del 10 de marzo de 2010 radicado 2009-00382. Audiencia de argumentación oral. M.P. Luís Enrique Restrepo Méndez

En fin, que para que en segunda instancia exista un pronunciamiento respecto a la legalidad o no de la decisión de no aprobación de un preacuerdo, es requisito sine qua non que ambas partes estén interesadas en mantener lo consensuado, manifestándolo expresamente a través de la interposición del recurso vertical como evidencia expresa de no estar retractándose del mismo antes de que se presente su aceptación o aprobación por parte de la Judicatura...”⁴

En este caso, cuando el fiscal manifiesta expresamente que por su parte no hay recurso alguno y que analizará de nuevo el asunto con miras a pedir las audiencias respectivas, adicionalmente a que no comparte las apreciaciones del defensor, deja de ejercer la facultad legal que le asistía para ratificar el contenido del preacuerdo que habilitaría a la segunda instancia para conocer la decisión del Juez, pues desaparece en ese mismo momento la voluntad de preacordar o, en otras palabras su interés en continuar con el mismo, retractación que resulta legalmente oportuna porque no ha obtenido aprobación del juez y por ende no ha nacido a la vida jurídica derecho alguno frente a las partes intervinientes.

Finalmente, y de cara a las decisiones que en sede de tutela ha emitido la Corte Suprema de Justicia referentes a este tipo de asuntos, esta Magistratura acoge el pronunciamiento emitido en otra Sala de dicho Tribunal, así:

“Ahora bien, no desconoce esta Sala que en una decisión de tutela, la Corte Suprema de Justicia indicó:

“En efecto, conforme a las pruebas allegadas al trámite constitucional, observa la Sala que el Representante de la defensa interpuso recurso de apelación contra el auto del 2 de noviembre de 2018, siendo sustentado en la respectiva audiencia, según lo dispuesto en el precitado artículo 179.

Si bien es cierto, en dicha audiencia la Fiscalía no recurrió la decisión adoptada en primera instancia, también lo es que quien efectuó la solicitud de aprobación ante el Juez fue el mismo ente acusador, basado en la negociación previamente pactada, sin que en momento alguno esa parte haya manifestado su intención de retractarse de la misma o retirar la petición. Luego el hecho de no haber recurrido la decisión improbatória no es significativo de una retractación tácita que rompiera la finalidad de lo acordado dejando en solitario al procesado.

En esas condiciones, no podía el Tribunal Superior de Montería abstenerse de resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de xxxxx, porque ni el ordenamiento jurídico, ni la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal reconocen la

⁴ Auto del 9 de septiembre de 2020, radicado 2020-000327, MP. César Augusto Rengifo Cuello.

figura de la retractación tácita del preacuerdo, que equivocadamente aplicó el ad quem para no desatar la alzada.

Así las cosas, los motivos de la Corporación judicial para no pronunciarse en relación con quien recurrió la improbación del preacuerdo resultan arbitrarios, carentes de respaldo legal y lesivos de las garantías del debido proceso y a la doble instancia que le asisten al demandante, pues que la Fiscalía no apele la decisión mediante la cual el juez imprueba un preacuerdo, no deshace lo acordado entre procesado, defensa y ente investigador, a menos que éste último se retracte del convenio de manera expresa”⁵.

Así las cosas, el criterio de la Corporación de cierre se funda, esencialmente en la ausencia de regulación legal expresa que acepte la retractación tácita del preacuerdo. Sin embargo, extraña el Tribunal alguna referencia, por mínima que fuera de parte del juez constitucional, a la norma que consagra la posibilidad de desistimiento o retractación del preacuerdo, no otra que el artículo 293 del C. de P.P. cuyo tenor es el siguiente:

ARTÍCULO 293. PROCEDIMIENTO EN CASO DE ACEPTACIÓN DE LA IMPUTACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. La Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación o acuerdo que será enviado al Juez de conocimiento. Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.

PARÁGRAFO. La retractación por parte de los imputados que acepten cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre por parte de estos que se vicio su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales.

El tenor de la norma es claro en permitir la retractación de lo preacordado hasta antes de que el juez le imparta aprobación, sin que la norma consagre algún tipo de diferenciación entre retractación expresa o tácita; luego, no se advierte acertado el análisis que excluye esta última posibilidad, pues si la norma no lo hace y su tenor no demanda necesario indagar por el espíritu del legislador, no le es dable al intérprete ir más allá de ese tenor. Incluso la misma Corte al examinar este precepto ha llegado a conclusión semejante al rechazar la posibilidad de añadir contenidos ajenos a su tenor. Esta ha sostenido nuestra Corporación de cierre sobre el punto:

“Eso mismo, o algo similar, sucede con la retractación contemplada en el artículo 293 de la ley 906 de 2004, que, para decirlo desde ya, no parece contemplar dudas o

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Decisión de Tutelas No. 2. Radicado 103523 del 19 de marzo de 2019. MP: Patricia Salazar Cuéllar.

generar equívocos en su mera redacción y contexto, como para que se faculte acudir a otras formas de interpretación en razón de equívocos u oscuridades inexistentes.

Ello para significar que de la sola lectura del inciso segundo del artículo 293 citado se desprende claramente su esencia y finalidad, desde luego encaminada a permitir que el fiscal o el procesado, motu proprio, se retracte de lo firmado.

Esto dice la norma en su integridad:

De lo transcrito fácil se concluye que es posible la retractación del preacuerdo, sin ninguna cortapisa o limitación, siempre y cuando ese retracto opera antes de que el juez de conocimiento verifique que se trató de una aceptación de responsabilidad penal libre, consciente, voluntaria, completamente informada y con presencia del apoderado del imputado, en remisión que necesariamente debe hacerse a lo establecido en el artículo 131 de la ley 906 de 2004.

Ahora, si eso específicamente dice la norma y no es posible aventurar cualesquiera otras interpretaciones que, por lo demás, cercenan un derecho objetivo concedido al imputado, pero que de igual manera, cobija a la fiscalía, se repite, la norma habla de alguno de los intervinientes en el preacuerdo, no puede acudirse a argumentos principialísticos referidos a deberes de lealtad o seriedad, ni mucho menos a otros de corte pragmático, para hacer decir a la norma lo que no dice, desnaturalizando completamente su esencia.⁶

La cita acabada de transcribir, resulta aplicable al asunto que se discute, pues revisada la norma, queda claro que admite la retractación de lo preacordado antes de que el juez lo apruebe y sin exigir en manera alguna una condición especial para esa retractación, con lo cual puede inferirse como admisible, en ciertos y muy particulares casos, que aquella pueda ser tácita.”⁷

En esos términos y sin necesidad de más consideraciones, la Sala se abstendrá de conocer el recurso de apelación interpuesto.

En mérito de lo expuesto, **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN -Sala Décima de Decisión Penal-**,

RESUELVE

PRIMERO: ABSTENERSE de conocer el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la decisión emitida el 27 de octubre de 2022, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín, mediante la cual, se improbó el preacuerdo celebrado entre las partes.

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 38.500 del 21 de marzo de 2012.

⁷ Auto del 9 de marzo de 2020, radicado 2016-10037, MP. Luís Enrique Restrepo Méndez

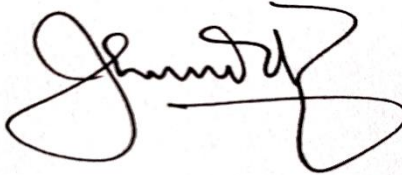
SEGUNDO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno porque agota la instancia.

TERCERO: Devuélvase al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO**



**JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
MAGISTRADO**



**CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
MAGISTRADO**