

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

Radicado: 11001 6000000 2023-01366

Acusado: Edison Stiven Rodríguez Lancheros

Delito: Concierto para delinquir agravado y otros

Decisión: Nulidad

Magistrado Ponente: Gabriel Fernando Roldán Restrepo

Acta No. 88

Medellín, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023).

1.- VISTOS

Llega a conocimiento de esta instancia el recurso de apelación presentado, respectivamente, por la fiscalía y el defensor de Edison Stiven Rodríguez Lancheros, contra la decisión proferida el 21 de junio de 2023, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín, de improbar el preacuerdo realizado entre las partes; pero la Sala, no podrá conocer el fondo del asunto por la presencia de una irregularidad sustancial que obliga al siguiente pronunciamiento:

2.- ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

Se reseñará solo lo más relevante al objeto de apelación así:

2.1.- Los hechos fueron narrados en el escrito de acusación de la siguiente manera:

“... Desde enero de 2021 hasta marzo de 2023, y en la ciudad de Medellín, los aquí acusados fueron integrantes de un grupo de delincuencia criminal organizado dedicado a la compra y venta de armas de uso privativo de las FF MM, y de sus partes y municiones, que opera en varios departamentos y ciudades del país, como Antioquia, Medellín, Bogotá, Villavicencio y Caquetá, entre otros. Dicha organización está conformada por miembros del Ejército Nacional, activos y retirados, así como de personas civiles. El modus operandi de esta organización delictiva es el siguiente: militares como soldados o Sargentos como los aquí acusados sustraen ilegalmente material de guerra de los batallones o de las unidades móviles de mantenimiento militar (UMMA) como partes de fusiles, ametralladores y lanzagranadas, entre los que se cuentan culatas mecanismos de disparo y tubos de gas; al igual que sus funciones, entre otros, partes que luego venden a civiles que finalmente las comercializan ilegalmente-

Dentro del personal activo del Ejército Nacional que hizo parte de esta organización se encuentran los aquí acusados EDISON STIVEN RODRIGUEZ LANCHEROS Y JORGE ALBERTO ANGULO LOZANO, los cuales, en su calidad de sargentos profesionales activos, adscritos a batallones o depósitos de armas decomisadas de la ciudad de Medellín, realizaban la sustracción de material bélico para luego venderlo a intermediarios que son los que comercializan con grupos armados urbanos o rurales. Para la sustracción, alteraban y falsificaban los documentos públicos de los inventarios de las partes y municiones de fusiles, principalmente, con el fin de no levantar sospecha dentro del Ejército Nacional de este negocio ilegal. Además, se tiene que la munición y las partes de fusiles, que traficaban son de armas de uso privativo de las FF AA, como lo establece el artículo 11 del Decreto 2535 de 1993, el cual regula la clasificación de las armas que se usan al interior del país.

Adicionalmente, el 24 de marzo de 2023, durante la diligencia de allanamiento y registro con fines de captura que se realizó en la vivienda de propiedad y residencia del acusado EDISON STIVEN RODRIGUEZ LANCHEROS, en la ciudad de Medellín, se le incautó el siguiente material de intendencia:

- 03 cascos tácticos militares con número de serie 0125-0127- sin serie*
- 02 chalecos multi propósitos 01 pixelado y 01 verde oliva*
- 01 antena tubular*
- 03 antenas tipo látigo*
- 02 micro teléfonos*
- 05 acoples para radio ref ab-288*
- 02 acoples para antena tipo látigo*
- 01 acople para antena tubular*
- 01 batería para radio*
- 03 perillas para radio*
- 03 antenas para radio*
- 21 partes metálicas de armas de fuego, entre los que se cuentan 05 pasadores para mecanismos, 02 pasadores de menor longitud, 01 retenedor del guardamano de fusil, 03 llaves para seriar armas de fuego, 01 pistón de gas, 01 alza y 01 poste de mira.*
- 54 cartuchos calibre 9mm L22*
- 247 vainillas percutidas de calibre 9 mm de diferentes lotes*
- 47 vainillas percutidas de diferentes calibres y 01 cartucho calibre 5.56 contenidas en 02 cajas de cartón con seriales ic-09f272-277 subplot d, bcg10b002001*
- 02 uniformes pixelados con serial 21060000328169-21060000328168*
- 02 cargadores radio marca IMPRES*
- 01 batería para radio Motorola sin referencia y 01 antena*

Elementos de uso privativo de las FF MM que ocultaba en su residencia para su posterior comercialización ilícita. Material que fue sometido a estudios periciales, los cuales demostraron su originalidad del Ejército de Colombia y aptitud para ser usadas...”.

2.3.- Por tales sucesos, a Edison Stiven Rodríguez Lancheros le fue endilgada la presunta comisión del concurso heterogéneo de los delitos concierto para delinquir agravado –Art. 340 y 342 CP-, fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos –Art. 366 CP verbo rector “traficar” y “almacenar”-, en concurso homogéneo, y utilización ilegal de uniformes e insignias –Art. 346 CP-.

2.4.- La actuación correspondió por reparto al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín, y el 21 de junio de 2023, cuando se disponían a efectuar la audiencia de formulación de acusación se informó de la realización de un preacuerdo, por el cual el procesado acepta la comisión de los delitos imputados y a cambio se aplica la pena en calidad de cómplice, fijándose en 69 meses de prisión y multa de 66.66 SMLMV.

3- DECISIÓN APELADA

La Juez de instancia, decidió improbar el preacuerdo al considerar que se desbordó el marco legal de las negociaciones al concederse un triple beneficio, esto por cuanto, además de la complicidad acordada, el fiscal no imputó el delito de hurto pese a que según los hechos el procesado sustraía material bélico, verbo rector que no se encuentra contemplado en el delito de tráfico de armas; adicionalmente, falsificaba los inventarios para poder sacarlos y no despertar sospecha, lo que tampoco fue endilgado; además, le adjudicó la comisión del punible de concierto para delinquir simple –Art. 340 inc. 1 CP- siendo el correcto el del inciso 2°, en tanto, se trata de una conducta que afecta el patrimonio del estado; y finalmente, suprimió el agravante del artículo 366 del CP, esto es, el contemplado en el numeral 7 del artículo 365 CP “*cuando el autor pertenezca o haga parte de un grupo de delincuencia organizada*”, resultando así una pena irrisoria.

4- MOTIVO DE APELACIÓN

4.1. El fiscal solicitó se revoque la decisión al considerar que la juez, sin analizar los elementos materiales probatorios, realizó su propia imputación de los hechos, invadiendo las facultades otorgadas a la Fiscalía General de la Nación, incluso propuso un doble juzgamiento por un mismo suceso, es decir, existe un evento concreto acerca de que hubo una concertación con el fin de traficar armas, lo que subsume esa coparticipación criminal contemplada en el numeral 5 del artículo 365 del CP como agravante del artículo 366, y tampoco aplica el del numeral 7, en tanto, no se trata de un grupo de delincuencia organizada –Ley 1908 de 2018-.

Explicó que, no se imputó el delito de hurto debido a que la fiscalía, de acuerdo a los elementos materiales probatorios, evidenció que la conducta encuadraba era en el tráfico de armas cometido por un miembro activo del ejército, entonces, estos militares no hurtaron en estricto sentido, pues se desconoce cuándo, cómo y a quién, sino que

traficaban armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, además de que Rodríguez Lancheros las almacenaba.

Así mismo, tampoco se consideró adjudicar la comisión del delito de concierto para delinquir agravado por el inciso 2, pues el agravante concerniente a la afectación del patrimonio del estado se encuentra subsumido en los artículos 366, 340 y 342 del CP.

Finalmente reiteró que es la fiscalía, no la judicatura, la encargada de hacer las imputaciones fácticas y jurídicas, siendo decisión del ente acusador determinar qué agravantes o delitos adjudica de acuerdo a los elementos materiales probatorios, y en este caso no se hallaron otros que soportaran el hurto o las otras agravantes propuestas por la juez, por ende, se trata de un preacuerdo en el que solo se otorgó la complicidad para efectos de la pena, sin mas beneficios.

4.2.- El defensor insistió en que se revoque la decisión, por cuanto, es la fiscalía la titular de la acción penal, siendo esta la encargada de investigar, imputar, acusar y llevar a juicio al ciudadano, esto conforme a los hechos jurídicamente relevantes, lo que es avalado por el juez de garantías.

Y, en este caso la juez desbordó sus atribuciones indicando lo que el fiscal debió imputar sin siquiera ajustarse a los elementos materiales probatorios recaudados, nótese que se endilgó el delito de concierto para delinquir con el agravante del artículo 342 del CP por ser miembros activos de la fuerza pública, por lo que, no podía también adjudicársele el numeral 7 del artículo 365 CP, como lo propuso la juez, pues la pertenencia a una organización de crimen organizado es diferente a que se hubiese concertado para traficar y almacenar armas.

Concluyó que existe liberalidad en la negociación siempre que se respeten los marcos legales, lo que en efecto se hizo, además de que al momento de pactarse la pena se tuvo en cuenta que se trata de una persona que no tiene antecedentes, y no existe un delito contra la administración pública, en tanto no se demostró ese incremento patrimonial.

4.3.- La delegada del ministerio público en su calidad de no recurrente, indicó que no se pronunciaría sobre el recurso, pero si pone de presente que al revisar la actuación advirtió que la víctima no fue citada, y en este caso se trata de bienes del estado que estaban bajo custodia del Ejército Nacional, por lo que se debe garantizar su intervención, omisión que no es subsanable.

5.- CONSIDERACIONES

Como se anunció en precedencia, encuentra la Sala una irregularidad sustancial que vulnera garantías fundamentales, que deriva de la falta de participación de la víctima en la negociación; veamos:

En este caso, según los hechos jurídicamente relevantes, Edison Stiven Rodríguez Lancheros en su calidad de sargento profesional activo, adscrito a batallones o depósitos de armas decomisadas de la ciudad de Medellín, realizaba la sustracción de material bélico para luego venderlo a intermediarios que comercializan con grupos armados, lo cual quiere decir que al tratarse de un bien de propiedad del estado bajo custodia del Ejército Nacional, este debe fungir como víctima dentro de la presente actuación, tal y como lo adujo la delegada del Ministerio Público.

Pero en este asunto, al revisar lo obrante en la actuación se observa que al momento de realizarse el acuerdo, la víctima no fue informada de los términos del mismo ni se propició su participación, generándose así una irregularidad sustancial que afecta garantías fundamentales y que impone su corrección a través de la nulidad, conforme lo dispone el artículo 457 de la Ley 906 de 2004.

Y recuérdese que, respecto a los derechos de las víctimas y su intervención en los preacuerdos, la Corte Constitucional, en sentencia C-516 de 2007, por la cual declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 348, 350, 351 y 352 de la Ley 906 de 2004, precisó:

“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 2°) 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 definitoria 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)”.

Entonces, debió garantizarse a la víctima el derecho a conocer del trámite, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11, literal g) CPP, pues sin ser parte de los acuerdos y no disponer de poder de veto, el trámite subsecuente ante el juez de conocimiento

para la aprobación del acuerdo y la emisión de sentencia, en consonancia con lo negociado debió tener en cuenta sus intereses, esto es, darle oportunidad, como interviniente, de ser oída.

En esos términos, dado que la mencionada omisión genera violación al debido proceso en aspectos sustanciales, se impone la declaratoria de nulidad por vulneración a garantías fundamentales, acorde con lo señalado en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN**, Sala Penal de Decisión,

RESUELVE,

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de lo actuado a partir del momento en que la fiscalía hizo presentación del preacuerdo, a fin de que se subsane la citada irregularidad.

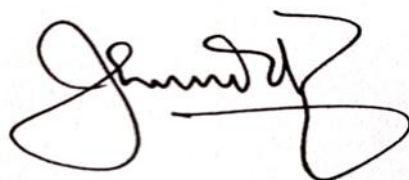
SEGUNDO: Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Devuélvase al juzgado de origen, no sin antes dejar copia de la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
MAGISTRADO



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
MAGISTRADO