



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Sala Penal de Decisión
Montería-Córdoba

REPÚBLICA DE COLOMBIA

Magistrado Ponente: Dr. VÍCTOR RAMÓN DIZ CASTRO

Aprobado Acta Número: 310

Radicado Número: 23 001 60 00000 2019 00362 01

Montería, nueve (9) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

OBJETO A DECIDIR:

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el Representante del Ministerio Público doctor Carmelo Ramón Anicharico Montoya y el defensor del procesado doctor Oswaldo Zabala Pestana, contra el auto del 08 de julio de 2021, proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Montería, dentro de la causa seguida contra **ROBERTO RAFAEL MÉNDEZ DÍAZ** por los delitos de Concierto para Delinquir Agravado y Extorsión Agravada en Grado de Tentativa.

HECHOS

Vienen narrados en el escrito de preacuerdo de la siguiente manera:

“De las actividades investigativas realizadas por los funcionarios de la Policía y Fiscalía General de la Nación se pudo establecer la existencia de una estructura delincuenciales denominada JUAN DE DIOS USUGA, sub estructura del clan del golfo, dedicada a realizar cobro de extorsiones a comerciantes y ganaderos en los municipios de Lorica, Cotorra, Momil y San Antero.

Cabe resaltar que esta subestructura tiene el control del tráfico y venta de estupefacientes, así como la manipulación de los homicidios en la zona urbana y rural de los municipios antes mencionados.

Se logró identificar dentro de su estructura al señor Roberto Rafael Méndez Díaz, portador de la cédula de ciudadanía número 15.030.619, quien es conocido con el alias de Andrés o Roberto y se desempeñaba en la sección de finanzas de los municipios ya referidos, actividad desempeñada aproximadamente desde octubre de 2018 hasta la fecha de su captura.

Este señor además de concertarse permanentemente con los demás miembros del grupo delincuenciales al cual pertenecía, con el fin de perpetrar diversos delitos, visitaba a finqueros y ganaderos con el propósito de solicitar dineros, argumentando que era para el sostenimiento del grupo al margen de la ley, quienes eran los encargados de mantener el orden en la zona y hablaban de planes

para hacer limpiezas sociales en la zona, tales como asesinatos de personas que se dedicaban al hurto de ganado.

Concretamente esta investigación, como caso puntual de extorsión en grado de tentativa, se tiene que el aludido señor acudió a la hacienda llamada el Socorro ubicada en el Municipio de Purísima, sitio donde según lo informado por el señor JAVIER NICOLÁS SOTO TUIRAN, el hoy acusado Roberto Rafael Méndez Díaz alias “Andrés o Roberto” en compañía de otros sujetos conocidos con los alias de Luis o el chino, Ángel y Manuel o el señor, a nombre del Bloque 42 de Autodefensas de Colombia, estuvieron constriñendo haciendo exigencias de dinero, destinado para el sostenimiento de la organización criminal de la cual hacían parte, pretensión ante la cual el señor Javier Nicolás Soto, no accedió.

Es de aclarar que, mediante diligencia de reconocimiento fotográfico, el señor Javier Nicolás Soto Tuiran, reconoció al señor Roberto Rafael Méndez Díaz, e indicó que efectivamente este llegó hasta la hacienda identificándose como alias Andrés, pidiendo una colaboración para el sostenimiento de la organización y el grupo armado de las AUTODEFENSAS GAITANISTAS DE COLOMBIA”.

ANTECEDENTES PROCESALES

El día 5 de septiembre de 2019 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal Ambulante con Funciones de Control de Garantías de Montería, se llevaron a cabo las audiencias de legalización de captura e imputación contra el señor Roberto Rafael Méndez Díaz, por los delitos de concierto para delinquir agravado y extorsión

agravada en grado de tentativa. El imputado no aceptó cargos. El día 6 de septiembre de la misma anualidad, se realizó la audiencia de imposición de medida de aseguramiento, imponiéndole al imputado medida de aseguramiento consistente en detención en Establecimiento Carcelario.

El día 28 de mayo de 2020, se llevó a cabo por parte del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Montería, audiencia de acusación contra el señor Roberto Rafael Méndez Díaz por los delitos de concierto para delinquir agravado y extorsión agravada en grado de tentativa.

El día 17 de junio de 2020, se presentó ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Montería, escrito de preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y el acusado, fijándose como fecha para su verificación el día 19 de junio de esa misma anualidad.

El día 19 de junio de 2020, la doctora Eva Patricia Garcés Carrasco como titular del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Montería realizó la audiencia de verificación de preacuerdo, resolviéndose aprobar el preacuerdo suscrito por la Fiscalía y el acusado y fijándose como fecha el 6 de julio de 2020 para la lectura del fallo correspondiente.

El aludido preacuerdo consistía en que el procesado aceptaba ser responsable de los hechos de extorsión agravada en la modalidad de tentativa y el delito de concierto para delinquir agravado, a cambio de que la Fiscalía respecto del delito de concierto para delinquir agravado previsto en el artículo 340 inciso segundo

degradara su participación de coautor a cómplice pactándose como consecuencia de ello una pena de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, en lo atinente al delito de extorsión agravada en la modalidad de tentativa en virtud de la aceptación de cargos con ocasión al preacuerdo, se inaplicó el incremento punitivo de la ley 890 de 2004 y en ese mismo sentido la sanción mínima prevista en el artículo 34 original, es decir, que la pena mínima establecida de 12 años se rebajó en la mitad atendiendo a que se trataba de la modalidad tentada, quedando una pena de 6 años, la cual a su vez se rebajó por haberse indemnizado a la víctima quedando una pena por este delito de 36 meses de prisión.

Después de la anterior operación, la Fiscalía para fijar la pena a imponer partió de la pena más grave la cual era la del concierto para delinquir agravado, es decir, 48 meses y la aumentó en 6 meses en virtud de la extorsión agravada tentada, arrojando una pena definitiva de 54 meses de prisión.

Luego de varias diligencias realizadas dentro del proceso finalmente el día 8 de julio de 2021, estando convocadas las partes para la audiencia de lectura del fallo, el Juez segundo Penal del Circuito Especializado de Montería doctor Cesar Augusto Behaine resolvió decretar la nulidad del preacuerdo suscrito por la Fiscalía y el acusado, lo que fue objeto de apelación por parte del señor defensor del procesado y el representante del Ministerio Público.

DECISIÓN RECURRIDA

El Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Montería, doctor Cesar Augusto Behaine Herrera, resolvió decretar la nulidad de lo actuado a partir del auto proferido en audiencia pública de verificación de preacuerdo celebrada el día 19 de junio de 2020, en el cual se aprobó irregularmente el convenio al que había llegado la Fiscalía, la defensa y procesado disponiendo continuar la actuación por la vía ordinaria.

Lo anterior en razón a que el preacuerdo desconoce la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, toda vez que si se estudia detalladamente el aludido preacuerdo se puede evidenciar que para el delito de extorsión y conexos hay una expresa prohibición impuesta por el legislador, esto es, la no procedencia de rebaja de pena por sentencia anticipada o confesión.

Indica que, si bien es cierto que el representante de la Fiscalía por el delito de extorsión agravada tentada no concedió ningún beneficio legal, también lo es que la aludida prohibición no solo abarca el delito de extorsión, sino que se hace extensiva a los delitos conexos. En el presente caso, donde precisamente se materializa la extorsión al comprobarse que el acusado pertenecía a una organización criminal que tenía un propósito delictivo, es que surge la conexidad entre el delito de extorsión y el del delito de concierto para delinquir agravado, de tal suerte que para este último delito de concierto para delinquir agravado también operaba la prohibición legal de rebaja punitiva del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006,

razón por la cual no era posible impartirle legalidad al preacuerdo, pues se encuentra dentro de la prohibición legal.

Explica que, efectivamente los delitos de concierto para delinquir agravado y extorsión, por sí solos no pueden considerarse conexos, de ahí que inicialmente la prohibición que trae el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, solo se aplica a la conducta que atenta contra el patrimonio económico entendiéndose el delito de extorsión, sin embargo cuando una de las finalidades de la asociación es precisamente la de la extorsión y se comprueba que estas son consecuencia del acuerdo de voluntades, sí se está frente a una conexidad entre estos dos ilícitos; por lo tanto, la prohibición referenciada se extendería al delito que atenta contra la seguridad pública entendiéndose concierto para delinquir.

Finalmente concluye que, aunque se encuentra ante la terminación anticipada del proceso por la vía del preacuerdo y no por el trámite ordinario, realmente no encuentra razones jurídicamente válidas para dejar en firme al auto de aprobación de preacuerdo que su homologa profirió y que en virtud de ello el único camino que considera viable es el de emitir la nulidad para subsanar el yerro presentado en el presente asunto.

MOTIVOS DEL RECURSO

El Representante del Ministerio Público doctor Carmelo Ramón Anichiarico Montoya, manifestó que no estaba de acuerdo con la decisión adoptada por el Juez de primera instancia, toda vez que en el presente caso el Representante de la Fiscalía obtuvo la

información necesaria y presentó un preacuerdo que fue aprobado en su momento por una Juez de conocimiento, y apartarse de esa decisión a su consideración sería tanto como fracturar el debido proceso al que tiene derecho el procesado, toda vez que nuestra normatividad establece reglas específicas para el acusado, en el sentido de que no puede retractarse después que da su consentimiento, esa misma responsabilidad debe aplicarse en el presente caso para el Juez de conocimiento, que lo que está haciendo es revisar precisamente la decisión adoptada por otro Juez.

Explica, que con el decreto de la nulidad del preacuerdo se le está violando al procesado su derecho al debido proceso y además de ello se le está cercenando la posibilidad de allanarse a cargos, por lo anterior considera que en el presente caso no procede la nulidad y lo que se debe realizar es la aceptación del preacuerdo tal y como fue acordado por la Fiscalía, el defensor y el acusado.

Por su parte el doctor Oswaldo Zabala Pestana en calidad de abogado defensor del procesado manifestó que el preacuerdo realizado entre la Fiscalía y el acusado, se hizo respetando lo consignado en la Ley 1121 de 2006.

Alega, que en el presente caso no se han vulnerado derechos ni garantías fundamentales, pues el preacuerdo presentado cumple con todos los requisitos exigidos por la normatividad vigente, razón por la cual no es aceptable la nulidad decretada por el Juez de Primera instancia.

Expone, que su defendido ya ha purgado 24 meses de prisión y no puede en este momento procesal el Juez de primera instancia jugar con la libertad del señor Méndez Díaz, tratando de enmendar situaciones que ya se llevaron a cabo y se tramitaron en su momento.

Finalmente, solicita que se siga adelante con el presente preacuerdo, de la misma forma en la que se estaba llevando a cabo.

NO RECURRENTE

El doctor Teobaldo de Jesús Espinel Sánchez en Calidad de Fiscal Cuarto Especializado manifestó que el presente preacuerdo se llevó a cabo cumpliendo todas las formalidades exigidas por la ley, sin que se desconociera lo establecido por el ordenamiento legal vigente al momento de hacer las tasaciones y descuentos previstos en la Ley 890.

Explica, que el preacuerdo suscrito por las partes debe continuar su curso, sin tener en cuenta el auto emitido por el Juez de primera instancia donde decreta su nulidad, toda vez que como ya se explicó en anterior oportunidad, el mismo cumple con las ritualidades necesarias para ser aprobado y lo que procede en este momento procesal es dictar la sentencia condenatoria correspondiente.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SUPERIOR

SALA DE DECISIÓN PENAL

1º. Competencia.

Esta Sala es competente para conocer de los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito, conforme lo normado en el artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

2º. Problema Jurídico a resolver.

Conforme lo planteado por los recurrentes, el Ministerio Público, el defensor y el fiscal que actuó como no recurrente, se puede concluir que, el objeto central de discusión en esta sede, radica en definir si el acuerdo firmado por la Fiscalía con el procesado y su defensor, luego de ser aprobado por el Juzgado de conocimiento, puede ser anulado porque vulnera derechos fundamentales y, en consecuencia, no debió ser admitido por la primera instancia.

Expuesto el problema jurídico a resolver, es necesario precisar que, respecto de los preacuerdos y la posibilidad de verificación atribuida al juez de conocimiento, se han registrado en el ámbito judicial posiciones encontradas o disímiles, desde donde se afirma que se efectúe una injerencia profunda, en respeto de derechos de las partes e intervinientes, finalidades de justicia y protección de mínimos de legalidad, hasta aquellos que propugnan por una simple verificación formal de lo acordado.

Advierte desde ya esta Sala, sobre el particular, que la discusión debe plantearse necesariamente en el seno de lo que el legislador estimó necesario como protocolos de justicia premial en la Ley 906 de 2004 y, particularmente, a través de las finalidades que se entiende cumplir con este tipo de terminaciones anticipadas del proceso.

Valga decir, porque ya es una cuestión suficientemente conocida, que por su naturaleza, el sistema acusatorio, delimitado dentro del principio de inmediación de pruebas, reclama el camino excepcional de la justicia premial, no solo porque ello, como reseña la Ley 906 de 2004, facilita la intervención de las partes en la solución del conflicto, sino, particularmente, en atención a que resulta imposible, en términos logísticos, adelantar juicios por todos y cada uno de los delitos objeto de denuncia o de conocimiento oficioso por las autoridades. Si se consultaran las discusiones dadas en el seno del congreso, el legislador trató de imponer un sistema de enjuiciamiento, en donde el juicio oral, fuera la excepción.

Prueba de lo expuesto, es que nuestro sistema procesal penal como mecanismo de conclusión anticipada del proceso, consagra varios institutos: la conciliación pre procesal, principio de oportunidad, acuerdos y allanamiento a cargos.

Para lo que tiene que ver con el tema específico objeto de análisis, el Título II de la Ley 906 de 2004, rotulado *“PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y EL IMPUTADO Y ACUSADO”*, delimita las finalidades, criterios básicos y trámite que ha de seguirse en tratándose de la negociación dirigida a formalizar los preacuerdos.

De manera concreta, es factible afirmar que lo contenido en el Capítulo único del Título en cuestión, otorga a la Fiscalía una muy amplia facultad dispositiva, no solo porque es de su resorte exclusivo acceder a la negociación, esto es, que aún con el querer expreso del imputado o acusado y su defensor, no es posible adelantar el trámite si no se cuenta con la anuencia del Fiscal del caso – en ausencia de esa aceptación es evidente que al procesado solo le queda acudir al allanamiento a cargos en los momentos procesales específicos contemplados por la ley. Agreguemos que nuestra ley solo permite la injerencia de los jueces en los preacuerdos, en aspectos puntuales, por ejemplo, cuando se está frente a violaciones claras de garantías fundamentales.

Es por ello que los artículos respectivos advierten de un pacto bilateral en el que intervienen apenas la Fiscalía y el imputado o acusado y su defensor, aunque la Corte Constitucional dispuso en la Sentencia C-516 de 2007, que se citara y escuchara siempre a la víctima, sin poder de veto de parte suya.

Además, el artículo 351, inciso cuarto, determina que *“Los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”*. (Negrillas de la Sala).

Para esta Sala es claro, que en nuestro país es permitido al ente acusador, la posibilidad de modular el delito objeto de imputación o acusación o simplemente entregar al imputado o acusado una rebaja concreta de pena por aceptar su responsabilidad penal en la conducta despejada por la Fiscalía.

Respecto de la posibilidad de modulación, la Corte Constitucional, en sentencia C-1260 de 2005, dejó claro:

*Cuando el numeral acusado refiere a que el fiscal podrá adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo – preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación- en el que el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal “Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, no se refiere a la facultad del fiscal de crear nuevos tipos penales, pues tratándose de una norma relativa a la posibilidad de celebrar preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado, la facultad del fiscal en el nuevo esquema procesal penal está referida a una labor de adecuación típica, según la cual, se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo **se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa**; pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso. La facultad otorgada al fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por el mismo. Las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal. Por ende, se cumple a cabalidad con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el de tipicidad plena o taxatividad en la medida que la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor. En conclusión, la Corte declarará la exequibilidad del numeral 2, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, que dispone que “Tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, en el entendido que el fiscal **no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales**; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación*

conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.

De lo anotado, podemos concluir, como lo hizo la Corte, lo siguiente:

1o. El Fiscal goza de plena autonomía para aceptar o no negociar, y en procura de lograr el acuerdo debe citar a la víctima, pero lo expresado por esta no tiene carácter obligacional, ni puede impedir la presentación de lo pactado.

2o. La Fiscalía cuenta con varias posibilidades o formas de modular el acuerdo, pero no puede, en curso del mismo, violentar la presunción de inocencia, razón por la que debe contar con un mínimo suasorio que permita inferir la materialización del hecho como conducta punible y la participación en el mismo de la persona.

3o. En términos de legalidad o estricta tipicidad, el Fiscal puede definir qué conducta imputa o imputar una menos gravosa, pero no le está permitido “*crear tipos penales*”.

4o. El Juez de Conocimiento está obligado a aceptar el acuerdo presentado por la Fiscalía, **salvo que este desconozca o quebrante las garantías fundamentales. – Negrillas de la Sala-**

Precisamente, acerca de esta última circunstancia, para la Sala es claro que las garantías fundamentales a las cuales se refiere la norma para permitir la injerencia del juez, no pueden examinarse a la luz del criterio subjetivo o arbitrario del mismo y deben remitirse exclusivamente a hechos puntuales que demuestren violaciones objetivas y palpables necesitadas del remedio de la improbación para restañar el daño causado o evitar sus efectos deletéreos.

En este sentido, a título apenas ejemplificativo, la intervención del juez, que opera excepcionalísima, debe recabarse, se justifica en los casos en que se verifique algún vicio en el consentimiento o afectación del derecho de defensa, **o cuando el Fiscal pasa por alto los límites reseñados en los puntos anteriores o los consignados en la ley –como en los casos en que se otorgan dos beneficios incompatibles o se accede a una rebaja superior a la permitida, o no se cumplen las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado-. – Se resalta por la Sala -.**

Sobre el tema la Sala penal de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado, al respecto, en sentencia del 20 de noviembre de 2013, radicado 41570:

En lo atinente a cuáles aspectos consideró el legislador son susceptibles de ser preacordados, encontramos que en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004 se consagró de manera escueta que se trata de convenir lo que “implique la terminación del proceso”; mientras en los artículos 350, 351 y 352 del mismo compendio normativo se concreta el objeto que compromete esa finalización judicial, al establecerse que serán “los hechos imputados y sus consecuencias”¹ sobre los que recaerán los preacuerdos y las negociaciones, lo cual implica la admisibilidad por parte del imputado o acusado en forma libre, consciente, espontánea y voluntaria de situaciones que cuenten con un mínimo de respaldo probatorio.

Respecto de este tópico la Corte pacíficamente ha considerado que deben ser objeto de convenio, habida consideración de los elementos de prueba y evidencias recaudadas:

“el grado de participación, la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, una específica modalidad delictiva

¹Artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

respecto de la conducta ejecutada, su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor, la sanción a imponer, los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad a que se refieren los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 32 del C.P, los errores a que se refieren los numerales 10 y 12 de la citada disposición, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (artículo 56), la ira o intenso dolor (artículo 57), la comunicabilidad de circunstancias (artículo 62), la eliminación de casuales genéricas o específicas de agravación y conductas posdelictuales con incidencia en los extremos punitivos, pues todas estas situaciones conllevan circunstancias de modo, tiempo y lugar que demarcan los hechos por los cuales se atribuye jurídicamente responsabilidad penal y por ende fijan para el procesado la imputación fáctica y jurídica.”²(Subrayas por fuera del texto original).

También, en punto de lo que debe ser materia de esos preacuerdos o negociaciones, ha dicho esta Sala que:

“Estas negociaciones entre la fiscalía e imputado o acusado no se refieren únicamente a la cantidad de pena imponible sino, como lo prevé el inciso 2° del artículo 351, a los hechos imputados y sus consecuencias, preacuerdos que «obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales».

Que la negociación pueda extenderse a las consecuencias de la conducta punible imputada, claramente diferenciadas de las relativas propiamente a la pena porque a ellas se refiere el inciso 1° del mismo artículo, significa que también se podrá preacordar sobre la ejecución de la pena (prisión domiciliaria o suspensión condicional) y sobre las reparaciones a la víctima...”³(Subrayas fuera del texto original).

²CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, sentencia del 14 de diciembre de 2005, radicación No. 21347; sentencia del 10 de mayo de 2006, radicación No. 25389, entre otras.

³CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, sentencia del 20 de octubre de 2010, radicación No. 33478. En igual sentido, sentencias del 10 de mayo de 2006 y 22 de junio de 2006, bajo los radicados No. 25389 y No. 24817, respectivamente.

Evidente es, entonces, la profunda transformación que se ha producido en el ordenamiento jurídico con la adopción de la institución de los preacuerdos y negociaciones, la cual genera como consecuencia obvia que el acuerdo pueda incidir en los elementos compositivos o estructurales del delito, en los fenómenos amplificadores del tipo, en las circunstancias específicas o genéricas de agravación, en el reconocimiento de atenuantes, la aceptación como autor o como partícipe (cómplice), el carácter subjetivo de la imputación (dolo, culpa, preterintención), penas principales y penas accesorias, ejecución de la pena, suspensión de ésta, privación preventiva de la libertad, la reclusión domiciliaria, la reparación de perjuicios morales o psicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de la lesión del bien jurídicamente tutelado.

La amplitud del ámbito propicio a una negociación podría explicarse en que lo pretendido por parte del imputado o acusado es una reducción de las condignas sanciones o consecuencias de su delito y como son múltiples los fenómenos condicionantes de las mismas, se torna complejo el tratamiento de este tema, aunque suele superarse tal obstáculo recordando el valor teleológico de la institución que no se inclina por un criterio restrictivo sino por uno de acentuada naturaleza extensiva.

Ello es así, en razón a que uno de los objetivos perseguidos por el legislador con el nuevo sistema procesal, sin descuidar el respeto absoluto por la defensa y el debido proceso, fue el de procurar otorgar celeridad al proceso mediante la confluencia de voluntades y el consenso en la solución del conflicto, que obedece a los fines esenciales del Estado social de derecho de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, según el artículo 2º de la Constitución Política.

Y es que el consenso es un componente esencial de la administración de justicia, tal como lo consideró la Corte en sentencia del 25 de agosto del 2005 dentro del

radicado 21954, entre otras⁴, al afirmar que el sistema contenido en la Ley 906 de 2004 está:

“Diseñado para que a través de las negociaciones y acuerdos se finiquiten los procesos penales, siendo esta alternativa la que en mayor porcentaje resolverá los conflictos, obviamente sin desconocer los derechos de las víctimas y de los terceros afectados con la comisión de la conducta punible, partes que en este esquema recobran un mayor protagonismo dentro del marco de justicia restaurativa.

*Así las cosas, teniendo en cuenta la estructura del proceso penal, la idea es que el mismo se finiquite de manera «anormal», es decir, a través de la «terminación anticipada», procurándose que ésta sea la vía que normalmente de fin a la actuación con sentencia condenatoria, ya que, se repite, **la concepción filosófica que constitucional y legalmente sustentan el sistema, conduce a que así se culminen la mayoría de las actuaciones, pues no de otra manera se explicaría la razón por la cual se incluyeron los preacuerdos, las negociaciones e, incluso, el principio de oportunidad, institutos que, sin lugar a dudas, buscan, dentro del respeto de las garantías y derechos fundamentales de las partes e intervinientes, la efectividad material de la administración de justicia dentro del marco propio de celeridad y economía”.***

*De tal forma, que en el sub examine el acuerdo celebrado por el Fiscal 54 Delegado ante el Tribunal y el acusado **SANABRIA TRUJILLO** en el que degradaron la participación de éste en la conducta que le había sido imputada, de autor a cómplice, se ajusta a la normatividad relativa al tema que comporta y lo que sobre el particular ha dicho la Corte.*

⁴CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, sentencia del 14 de marzo de 2006 dentro del radicado 24052.

3º. El caso concreto.

Una vez definidos los parámetros generales que irradian el instituto de los preacuerdos y, particularmente, las facultades atribuidas al Fiscal, el tipo de negociaciones posibles de realizar y los factores que obligan la intervención del juez, encontramos que, en este caso concreto, la imputación se realizó por la conducta de Concierto para delinquir agravado y Extorsión agravada en el grado de tentativa. En la audiencia correspondiente, el imputado no aceptó los cargos. Luego, ya en la siguiente audiencia, esto es, en la de solicitud de medida de aseguramiento, se le impuso una privativa de libertad. El día 28 de mayo de 2020, se le formuló acusación por las conductas punibles antes mencionadas.

El día 17 de junio de 2020, se presentó por parte de la Fiscalía un escrito de preacuerdo y el día 19 de junio del mismo año, el imputado aceptó los cargos y la Juez Especializada aprobó y declaró legal el preacuerdo. El referido preacuerdo contenía lo siguiente: el procesado aceptó ser responsable de los hechos de Extorsión tentada agravada y el delito de Concierto para delinquir agravado, a cambio de que la Fiscalía respecto de este último delito, degradara su forma de comportamiento a cómplice, con una pena de 48 meses, se le inaplicara el incremento punitivo de la Ley 890 de 2004 respecto del delito de Extorsión agravada e igualmente la sanción mínima prevista de doce (12) años se le rebajara en la mitad, atendiendo la modalidad tentada, quedando una pena de seis (6) años, la cual por haber indemnizado a la víctima, le quedó en 36 meses de prisión como definitiva, pues se partió del delito más grave, es decir, el concierto para delinquir, imponiendo una pena de cuarenta y ocho (48) meses, a la cual se le aumentaron seis (6) por

el concurso. A lo acordado, la Juez de entonces, le impartió legalidad y fijó fecha para audiencia de lectura de fallo. Cuando llegó el día para dar a conocer el fallo, ya había ocurrido cambio de funcionario y este nuevo Juez, decretó la nulidad de lo acordado, pues consideró que el preacuerdo violaba garantías fundamentales. En efecto, en el auto recurrido el señor Juez sostuvo lo siguiente:

“... que el preacuerdo desconoce la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, toda vez que si se estudia detalladamente el aludido preacuerdo se puede evidenciar que para el delito de extorsión y conexos hay una expresa prohibición impuesta por el legislador, esto es, la no procedencia de rebaja de pena por sentencia anticipada o confesión.

“...que, si bien es cierto que el representante de la Fiscalía por el delito de extorsión agravada tentada no concedió ningún beneficio legal, también lo es que la aludida prohibición no solo abarca el delito de extorsión, sino que se hace extensiva a los delitos conexos. En el presente caso, donde precisamente se materializa la extorsión al comprobarse que el acusado pertenecía a una organización criminal que tenía un propósito delictivo, es que surge la conexidad entre el delito de extorsión y el del delito de concierto para delinquir agravado, de tal suerte que para este último delito de concierto para delinquir agravado también operaba la prohibición legal de rebaja punitiva del artículo 26 de la ley 1121 de 2006, razón por la cual no era posible impartirle legalidad al preacuerdo, pues se encuentra dentro de la prohibición legal.

Explica que, efectivamente los delitos de concierto para delinquir agravado y extorsión, por sí solos no pueden considerarse conexos, de ahí que inicialmente la prohibición que trae el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, solo se aplica a la conducta que atenta contra el patrimonio económico entendiéndose el delito de extorsión, sin embargo cuando una de las finalidades de la asociación es precisamente la de la extorsión y se comprueba que estas son consecuencia del acuerdo de voluntades, sí se está frente a una conexidad entre estos dos ilícitos; por lo tanto, la prohibición referenciada se extendería al delito que atenta contra la seguridad pública entendiéndose concierto para delinquir.

Finalmente concluye que, aunque encuentra ante la terminación anticipada del proceso por la vía del preacuerdo y no por el trámite ordinario, realmente no encuentra razones jurídicamente válidas para dejar en firme al auto de aprobación de preacuerdo que su homóloga profirió y que en virtud de ello el único camino que considera viable es el de emitir a nulidad para subsanar el yerro presentado en el presente asunto”.

Para lo que interesa a la discusión, el acuerdo presentado a los jueces mantuvo el delito de concierto para delinquir, pero mudó la forma de participación, de autor a cómplice, luego no podía premiarlo también no imponiéndole el aumento punitivo de la Ley 890 de 2004, pues la imputación inicial era la de autor, luego entonces, es claro que al colocar la sanción del cómplice, el acuerdo no podía comportar también la inaplicación de la ley 890 de 2004, pues precisamente esos aumentos surgieron para que las penas

que se impusieran luego de los preacuerdos, no condujeran al desprestigiamiento de la justicia.

Ciertamente, que esa manera de modular el delito o sus efectos, debe decirse, se halla dentro de las facultades expresas consagradas en el artículo 351, a título de *“hechos imputados y sus consecuencias”*, pero aquí no se tuvo en cuenta que, si el procesado estaba aceptando un preacuerdo, el mismo debió tener en cuenta los aumentos de la Ley 890 de 2004 y no dejarlos de lado, pues así confería un doble beneficio al procesado, porque es claro que le degradó de autor a cómplice el comportamiento, haciendo uso de la facultades que la ley le confiere para ello, pues en la actuación lo que venía probado era la autoría, pero luego tasa la pena sin los aumentos de la Ley 890 de 2004, olvidando precisamente que tenía que imponer el dicho aumento, si iba a negociar un preacuerdo, que además como ya quedó claro aquí, era improcedente por la prohibición existente frente al delito conexo que con el de Concierto para delinquir, cometió el procesado, en este caso el de Extorsión agravada, en la modalidad de tentativa.

La conducta punible de Extorsión, conforme a ley 1126 de 2006, tiene prohibidos cualquier tipo de beneficios. Así entonces, frente a todo este tipo de irregularidades, que violan garantías fundamentales de la víctima y la sociedad, el juez fallador no puede convertirse en un convidado de piedra, razón por la cual, los valores sociales, -Justicia-, la ley y la constitución, lo obligaban a actuar en la forma en que aquí se hizo.

Dentro de este panorama, la tesis planteada por los recurrentes, no está llamada a prosperar en esta sede, pues es carente de soporte

jurídico, ya que incluso la actuación de primera instancia, en caso de ser apelada la sentencia que se hubiese proferido en primera instancia, podría haber sido anulada en esta sede de manera oficiosa si se hubiesen advertido las irregularidades mencionadas. Por ello, la Sala no entiende o no comprende los razonamientos del defensor y del Ministerio Público, pues de aceptarlos, es como si se estuviera convalidando el error de haber aprobado un preacuerdo con violación de claras garantías fundamentales. No es posible aceptar que, frente a irregularidades protuberantes, se afirme que no se puede invalidar la actuación, en razón a que ya el Juez de primera instancia había aprobado un preacuerdo. Una tesis tal, generaría graves lesiones al principio de estricta legalidad a que están sometido los preacuerdos en nuestro país.

Puntualizando entonces, se confirmará la providencia materia de alzada, por las razones expuestas en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior de Montería,

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMESE el auto materia de apelación en todas sus partes, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Las partes serán notificadas por correo electrónico, previo aviso telefónico. Contra esta providencia no procede recurso alguno.

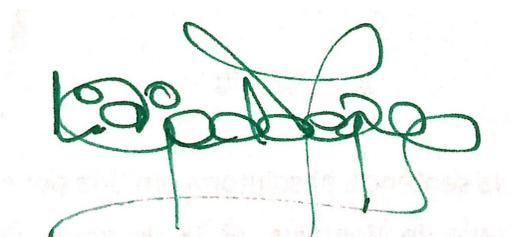
Causa contra: ROBERTO RAFAEL MÉNDEZ DÍAZ.
Delito: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y OTRO.
Radicado: 23 001 60 00000 2019 00362 01

TERCERO: Remítase esta actuación al Juzgado de origen para lo de su cargo.

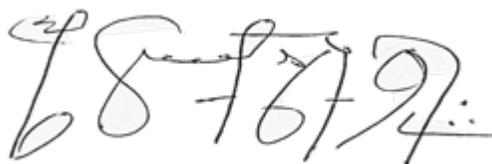
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



VÍCTOR RAMÓN DIZ CASTRO
Magistrado



LÍA CRISTINA OJEDA YEPES
Magistrada



MANUEL FIDENCIO TORRES GALEANO
Magistrado

Sara Sajaud de la Barrera
Oficial Mayor