

TEMA: LA NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LOS PREACUERDOS EN LA LEY 906 DE 2004 - Con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, se instauró en Colombia un procedimiento adversarial con tendencia acusatoria, en el cual se privilegió el uso de herramientas de justicia premial que propendieran por agilizar la solución de los casos. / **EL CONTROL JUDICIAL SOBRE LA IMPUTACIÓN, LA ACUSACIÓN Y LOS PREACUERDOS** - El juez está en el deber de hacer excepcionalmente un control material a la imputación o la acusación de la Fiscalía cuando el actuar de esta parte desborda de manera ostensible o grosera el principio de tipicidad objetiva. /

HECHOS: Se apresta la Sala a resolver el recurso de alzada interpuesto por la representante del Ministerio Público contra la sentencia mediante la cual, por vía de preacuerdo, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín, Antioquia, condenó al procesado por el delito de concierto para delinquir agravado, pero asignándole la pena de 48 meses que corresponde al delito sin circunstancia de agravación, sin imposición de pena de multa y concediéndole la suspensión condicional de la ejecución de la pena. El proceso fue repartido al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, quien el 14 de marzo de 2023 celebró audiencia en la cual se realizó un ajuste de legalidad por el ente acusador consistente en retirar el agravante del inciso segundo del canon 340 del C.P. y, luego de ello, se presentó un preacuerdo bajo el cual el procesado aceptaba su responsabilidad a cambio de la supresión del agravante restante, esto es, el del inciso 4 del artículo en cita, pactando la pena a imponer en cuarenta y ocho (48) meses de prisión. El 1º de junio de 2023, se dictó la respectiva sentencia por el funcionario de instancia inicial, en la cual condenó al ciudadano en los términos de la negociación y prescindió de la imposición de la pena de multa, a su vez que le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Dicho fallo fue apelado por la representante del Ministerio Público en lo atinente a la pena principal de multa y a la concesión del subrogado. Corresponde a la Sala, en este caso, determinar si es admisible en nuestro proceso penal que, por vía de preacuerdo, se eliminen penas principales inherentes a los tipos penales imputados.

TESIS: Con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, se instauró en Colombia un procedimiento adversarial con tendencia acusatoria, en el cual se privilegió el uso de herramientas de justicia premial que propendieran por agilizar la solución de los casos. Dentro de esos instrumentos de justicia premial, el legislador previó la posibilidad de que las partes, esto es, fiscalía y procesado, tuvieran la oportunidad de celebrar negociaciones y acuerdos, con miras a humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, dar la posibilidad de activar la solución de los conflictos generados por el delito, así como propiciar tanto la reparación integral a las víctimas y la participación del imputado en la definición de su caso. (...) Los preacuerdos celebrados por las partes tienen como finalidad irrestricta la aceptación pronta de responsabilidad por parte del procesado, a cambio de la concesión de disminuciones de pena, a las que se puede llegar bajo distintas modalidades previstas en el estatuto procesal penal. En ese entendido, la celebración de acuerdos no es una potestad absoluta de las partes, pues esta debe regirse por los principios que irradian el proceso, entre ellos, el de legalidad que debe estar previsto en todas y cada una de las etapas de la actuación, sin que la suscripción de preacuerdos sea una excepción a la vigencia de ese principio. (...) De lo anterior, deviene diáfano que el beneficio que resulte de las negociaciones entre las partes ha de ceñirse a lo que la ley indica, esto es, que la finalidad del preacuerdo es morigerar las penas principales del tipo penal, bajo principios de progresividad y proporcionalidad, pero nunca pueden ser un mecanismo direccionado a la eliminación total de esta, sea de prisión, multa o suspensión de otros derechos. Así las cosas, si bien las partes gozan de cierto margen de maniobrabilidad para buscar una solución consensuada al conflicto penal, es lo cierto que su actividad se debe regir por el principio de legalidad, en especial el que cubre a los delitos y las penas, en tanto les está vedado

modificar en exceso las consecuencias jurídicas de la conducta delictual, ni mucho menos suprimirlas. (...) Desde siempre, no ha habido duda en las Cortes de Cierre, tanto penal como constitucional, que el juez, cuando menos, debe ejercer un control formal a estos actos de parte; sin embargo, la praxis judicial y la realidad han llevado a que en aras de la protección del sistema y de las garantías de las partes e intervinientes, se propenda también por un control material, cuestión sobre la que tampoco la Sala de Casación Penal ha tenido una posición pacífica, en tanto, en algunas veces ha propendido por un control fuerte y en otras por un control moderado. (...) La última posición asumida por dicho Tribunal, en criterio de esta Sala de Decisión, es muy razonable por cuanto se recalca acerca de la diferencia sustancial existente entre el control sobre la imputación y la acusación y el control ejercido sobre los preacuerdos, en el sentido de que frente a los primeros el mismo es formal y excepcionalmente material, sí y solo sí, el fiscal en la adecuación típica incurre en una verdadera vía de hecho por violación flagrante a los principios de legalidad y tipicidad objetiva; es decir, cuando se está frente a una objetiva arbitrariedad, puesto que una intervención diferente del juez sería una intromisión inadmisible en el campo de acción de la Fiscalía, con lo cual se desvirtuaría el sistema de partes y se afectaría, a la vez, su imparcialidad para juzgar el caso. (...) En cambio, la Corte frente a lo segundo, esto es los preacuerdos, propugna por un verdadero control material como quiera que este tipo de actos de parte activan de manera inmediata la potestad jurisdiccional de dictar sentencia, la cual obviamente tiene que estar regida por todos los principios que gobiernan no solo el proceso ordinario sino la justicia negocial. (...) Así las cosas, el juez está en el deber de hacer excepcionalmente un control material a la imputación o la acusación de la Fiscalía cuando el actuar de esta parte desborda de manera ostensible o grosera el principio de tipicidad objetiva, es decir, cuando la adecuación típica riñe de manera evidente con la descripción de los hechos jurídicamente relevantes consignados en el acto comunicacional de parte, porque esto no solo va en contra de la principalística que rige al proceso penal sino en contra de los derechos de las partes e intervinientes procesales.

M.P. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

FECHA: 06/03/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

SALVAMENTO DE VOTO: RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, seis (6) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Radicado: 110016000000202201408
Procesado: Alexander Alzate Rodas
Delito: Concierto para delinquir
Asunto: Apelación de sentencia vía preacuerdo
Interlocutorio: No.6. Aprobado por acta No. 23 de la fecha.
Decisión: Decreta nulidad de lo actuado

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta la Sala a resolver el recurso de alzada interpuesto por la representante del Ministerio Público contra la sentencia mediante la cual, por vía de preacuerdo, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín, Antioquia, condenó al señor **Alexander Alzate Rodas** por el delito de concierto para delinquir agravado, pero asignándole la pena de 48 meses que corresponde al delito sin circunstancia de agravación, sin imposición de pena de multa y concediéndole la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

2. ACONTECER FÁCTICO

Se tiene que de las investigaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación, se logró establecer la existencia de una organización delincuenciales dedicada al lavado de activos y al enriquecimiento ilícito a través de la realización de actividades de contrabando que operaba en los departamentos de Antioquia y Valle del Cauca, desde el año 2010 hasta el 2021.

A ese grupo delincuenciales pertenecía el señor **Alexander Alzate Rodas** quien actuaba como revisor fiscal de las empresas Grucol S.A.S. y Montenebo S.A.S., siendo la persona encargada de realizar los informes contables y financieros registrando información falsa a fin de evitar los controles fiscales, para el pago de impuestos.

3. ANTECEDENTES DEL CASO

Los días 27 de noviembre y 2 de diciembre de 2021, ante el Juzgado Treinta y Dos Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, se declaró legal el procedimiento de allanamiento y registro, así como la captura del señor **Alexander Alzate Rodas**, y de otros ciudadanos; acto seguido la Fiscalía le formuló imputación a este sujeto por el delito de concierto para delinquir agravado (artículo 340 inciso 2 y 4 del C.P), cargo que no fue aceptado por el procesado, imponiéndosele medida de aseguramiento de carácter domiciliario.

El 22 de junio de 2022, el ente acusador presentó escrito de acusación con preacuerdo, cuyo conocimiento por reparto

correspondió al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín, quien en audiencia del pasado 5 de diciembre de ese año, se declaró incompetente para conocer de la actuación y ordenó su remisión a los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Medellín.

Así, el proceso fue repartido al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, quien el 14 de marzo de 2023 celebró audiencia en la cual se realizó un ajuste de legalidad por el ente acusador consistente en retirar el agravante del inciso segundo del canon 340 del C.P. y, luego de ello, se presentó un preacuerdo bajo el cual el procesado aceptaba su responsabilidad a cambio de la supresión del agravante restante, esto es, el del inciso 4 del artículo en cita, pactando la pena a imponer en cuarenta y ocho (48) meses de prisión.

El 20 de abril de 2023, dicha negociación fue avalada por el juez de primer nivel procediendo a instalar la audiencia de la que trata el artículo 447 del C.P.P., en la cual la delegada del Ministerio Público señaló que se debía imponer la pena de multa, de conformidad con la tipificación original de la conducta; guardando silencio respecto de la concesión de algún beneficio o subrogado.

El 1º de junio de 2023, se dictó la respectiva sentencia por el funcionario de instancia inicial, en la cual condenó al ciudadano en los términos de la negociación y prescindió de la imposición de la pena de multa, a su vez que le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Dicho fallo fue apelado por la representante del Ministerio Público en lo atinente a la pena principal de multa y a la concesión del subrogado.

4. PROVIDENCIA RECURRIDA

Para efectos del recurso, se tiene:

1. Con relación a la pena de multa, el *a quo* señaló que al haberse eliminado el agravante del delito de concierto para delinquir, mal se haría en imponer la pena pecuniaria del agravado y la prisión del simple, pues ello sería crear una suerte de *lex tertia* que afectaba el principio de legalidad.

Así, señalando que las decisiones tanto de la Corte Constitucional como de la Suprema indicaban que las negociaciones eran ficciones legales para la imposición de la pena, donde se tenía en cuenta la del tipo resultante del acuerdo, en este preciso caso se debía imponer la del canon 340 en su inciso primero, la cual no prevé la pena de multa.

2. Con relación a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el funcionario de primer nivel indicó que, se estaba frente a una dicotomía, en tanto el delito imputado tenía prohibición y el preacordado no.

Para resolver ese entuerto, el *a quo* indicó que lo procedente era tomar el delito resultante del preacuerdo para verificar la viabilidad del subrogado, pues de mirarse este tópico desde el delito original sería generar una *lex tertia* que contrariaba el

principio de legalidad, al aplicar la pena del concierto para delinquir simple y denegando la suspensión por el agravado.

Además, señaló el fallador que mal haría en denegar el subrogado solo con fundamento en la prohibición del artículo 68A del C.P., echando de menos los principios y normas rectoras del proceso penal colombiano, los cuales indicaban que no era necesario optar por la reclusión formal del encartado, dado que su actuar no generó grave afección a la comunidad.

Así mismo indicó que no otorgar la suspensión era desproporcionado, si se tenía en cuenta el rol del ciudadano en el contubernio criminal; ni mucho menos sería razonable enviarlo a la cárcel por 48 meses, pues ello sería acudir a la pena como un castigo y no como mecanismo resocializador, siendo el otorgamiento de la suspensión de la ejecución de la pena un medio que garantizaría de mejor medida los fines de la pena.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Como sustento de su inconformidad, la delegada del Ministerio Público trajo a colación los siguientes argumentos:

1. Luego de hacer un recuento de la actuación procesal en torno a la pena de multa, señaló que la decisión del Juez de prescindir de ella era errada, en tanto los preacuerdos están dados para la disminución de las penas, mas no para su eliminación, pues claro devenía que el delito aceptado por el procesado y por el que resultó condenado,

esto es el de concierto para delinquir del inciso 4 del canon 340 del C.P., aparejaba una pena de multa.

Luego de hacer alusión a varios referentes jurisprudenciales, donde se indicaba la imposibilidad de prescindir, por vía de justicia negocial, de las penas principales que aparejaban los delitos, señaló la apelante que la decisión del juez contrariaba el principio de legalidad y afectaba el erario público, sin que fuera la aplicación de la multa una *lex tertia*.

En consecuencia, solicitó se modificara el fallo atacado, en el sentido de imponer al procesado el pago de la pena de multa.

2. En lo atinente a la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la procuradora señaló que el delito por el cual se emitió sentencia estaba enlistado en los exceptuados de beneficios y subrogados y que si bien se presentó un preacuerdo que variaba la calificación jurídica, ello solo era para efectos de determinación de la pena.

En efecto, señaló que el estudio de viabilidad del subrogado, debió efectuarse a la luz del delito de concierto para delinquir agravado, de conformidad con los pronunciamientos del órgano de cierre de esta jurisdicción que han tratado la materia y no, como se hizo, con base en un delito inexistente.

Aunado a lo anterior, indicó que no era posible sustraerse de la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 68A del C.P. aludiendo a los principios, normas rectoras, garantías y fines legales y constitucionales de la pena, habida cuenta que existía una clara prohibición objetiva.

En consecuencia, solicitó se revocara la concesión del referido subrogado.

Empero, además, señaló que debía mirarse si la manifestación efectuada por el juez en la audiencia de presentación del preacuerdo, sobre la posibilidad de acceder a los subrogados, podría constituir un vicio en el consentimiento que diera al traste con la actuación.

6. NO RECURRENTE:

El defensor del señor **Alzate Rodas**, señaló como sujeto no recurrente que se debía rechazar el recurso promovido por la agente del Ministerio Público, en razón a la flagrante ausencia de legitimidad de esta para recurrir.

Para fundar su aserto, comenzó por decir que la no imposición de la pena de multa, no comportaba una afectación a garantías fundamentales que habilitara la competencia del Ministerio Público para censurar las decisiones judiciales, máxime cuando no censuró el auto que aprobó el preacuerdo en el momento procesal oportuno.

Además, con lo atinente al otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena señaló el togado que la

delegada del Ministerio Público dejó fenecer su oportunidad procesal para realizar cualquier tipo de manifestación sobre el subrogado, siendo impertinente que pretenda revivir tal espacio con el recurso de apelación.

En consecuencia, solicitó se rechazara el recurso promovido por la delegada Procuradora.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1. 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 agente del Ministerio Público, en contra de la sentencia proferida por el Juez Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín.

7.2. El problema jurídico

Sería del caso estudiar las censuras planteadas por el interviniente especial en contra del fallo antes mencionado, de no ser porque se observan aspectos de la legalidad de la negociación y su aprobación que dan al traste con caros principios que rigen el proceso.

En consecuencia, para la Sala subiste un interrogante que debe ser resuelto, que es del siguiente tenor literal:

- ¿Es admisible en nuestro proceso penal que, por vía de preacuerdo, se eliminen penas principales inherentes a los tipos penales imputados?

Para resolver el anterior interrogante, la Sala realizará un análisis sobre la naturaleza y función de los preacuerdos, para luego estudiar las formas de control material a los actos de parte y, así, abordar el caso concreto.

7.2.1. La naturaleza y función de los preacuerdos en la Ley 906 de 2004

Con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, se instauró en Colombia un procedimiento adversarial con tendencia acusatoria, en el cual se privilegió el uso de herramientas de justicia premial que propendieran por agilizar la solución de los casos.

Dentro de esos instrumentos de justicia premial, el legislador previó la posibilidad de que las partes, esto es, fiscalía y procesado, tuvieran la oportunidad de celebrar negociaciones y acuerdos, con miras a humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, dar la posibilidad de activar la solución de los conflictos generados por el delito, así como propiciar tanto la reparación integral a las víctimas y la participación del imputado en la definición de su caso.

En ese entendido, los preacuerdos celebrados por las partes tienen como finalidad irrestricta la aceptación pronta de responsabilidad por parte del procesado, a cambio de la concesión de disminuciones de pena, a las que se puede llegar

bajo distintas modalidades previstas en el estatuto procesal penal.

En ese entendido, la celebración de acuerdos no es una potestad absoluta de las partes, pues esta debe regirse por los principios que irradian el proceso, entre ellos, el de legalidad que debe estar previsto en todas y cada una de las etapas de la actuación, sin que la suscripción de preacuerdos sea una excepción a la vigencia de ese principio.

De lo anterior, deviene diáfano que el beneficio que resulte de las negociaciones entre las partes ha de ceñirse a lo que la ley indica, esto es, que la finalidad del preacuerdo es morigerar las penas principales del tipo penal, bajo principios de progresividad y proporcionalidad, pero nunca pueden ser un mecanismo direccionado a la eliminación total de esta, sea de prisión, multa o suspensión de otros derechos¹.

Así las cosas, si bien las partes gozan de cierto margen de maniobrabilidad para buscar una solución consensuada al conflicto penal, es lo cierto que su actividad se debe regir por el principio de legalidad, en especial el que cobija a los delitos y las penas, en tanto les está vedado modificar en exceso las consecuencias jurídicas de la conducta delictual, ni mucho menos suprimirlas.

¹ Cfr. CSJ AP1745-2021, Rad. 59232 del 5 de mayo de 2021.

7.2.2. El control judicial sobre la imputación, la acusación y los preacuerdos

Sobre el control que los jueces deben hacer a las imputaciones, acusaciones y preacuerdos es mucho lo que se ha dicho en la doctrina y la jurisprudencia debido a la falta de técnica del legislador al momento de regular tan importante cuestión que tiene que ver, ni más ni menos, con los derechos fundamentales del procesado, de la víctima e, incluso, de la sociedad toda y con los fines mismos de la Administración de Justicia Penal.

Desde siempre, no ha habido duda en las Cortes de Cierre, tanto penal como constitucional, que el juez, cuando menos, debe ejercer un control formal a estos actos de parte; sin embargo, la praxis judicial y la realidad han llevado a que en aras de la protección del sistema y de las garantías de las partes e intervinientes, se propenda también por un control material, cuestión sobre la que tampoco la Sala de Casación Penal ha tenido una posición pacífica, en tanto, en algunas veces ha propendido por un control fuerte y en otras por un control moderado.²

² En la Sentencia SU-479 de 2019, La Corte Constitucional, para resolver un problema atinente al control judicial sobre imputaciones, acusaciones y preacuerdos, cita a la Sala de Casación en los siguientes términos:

“Sobre el particular, la Sentencia del 10 de octubre de 2016 refirió y explicó cuáles son dichas posturas:

“La [primera] postura que rechaza cualquier posibilidad de control material se funda en la consideración de que la acusación es un acto de parte, que repele esta clase de controles, y que una injerencia de esta índole es además incompatible con el papel imparcial que debe cumplir el juez en el sistema acusatorio. Dentro de esta línea de pensamiento se matriculan, entre otras decisiones, las siguientes: CSJ AP, 15 de julio de 2008, definición de competencias 29994; CSJ SP, 21 de marzo de 2012, casación 38256; CSJ SP, 19 de junio de 2013, casación 37951; CSJ AP, 14 de agosto de 2013, segunda instancia 41375 y CSJ AP, 16 de octubre de 2013, segunda instancia 39886 [...].

La segunda postura, que propende por un control material más o menos amplio de la acusación y los acuerdos en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso, se apoya en la sentencia de la Corte Constitucional C-1260 de 2005, que declaró la exequibilidad

La última posición asumida por dicho Tribunal, en criterio de esta Sala de Decisión, es muy razonable por cuanto se recalca acerca de la diferencia sustancial existente entre el control sobre la imputación y la acusación y el control ejercido sobre los preacuerdos, en el sentido de que frente a los primeros el mismo es formal **y excepcionalmente material**, sí y solo sí, el fiscal en la adecuación típica incurre en una verdadera **vía de hecho** por violación flagrante a los principios de legalidad y tipicidad objetiva; es decir, cuando se está frente a una objetiva arbitrariedad, puesto que una intervención diferente del juez sería una intromisión inadmisible en el campo de acción de la Fiscalía, con lo cual se desvirtuaría el sistema de partes y se afectaría, a la vez, su imparcialidad para juzgar el caso.

condicionada del numeral 2° del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, “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”.

Esta tendencia se caracteriza porque admite la posibilidad de control material y permite un grado de intromisión profundo en el contenido jurídico de la acusación y los acuerdos, a aras de la realización de los fines de la justicia, las garantías de los sujetos procesales y la protección de la legalidad mínima. Dentro de esta línea interpretativa se ubican, entre otras decisiones, la sentencia CSJ SP, 12 de septiembre de 2007, casación 27759 y la sentencia CSJ SP, 8 de julio de 2009, casación 31280[...].

La tercera postura, que acepta un control material restringido de la acusación y los acuerdos, se sustenta en una interpretación sistemática de los artículos 350 inciso segundo numeral segundo, 351 inciso cuarto, 443 inciso primero y 448 del estatuto procesal penal, frente a los contenidos y alcances de los fallos de Constitucionalidad 1260 de 2005 y C-059 de 2010, y los principios que rigen el sistema acusatorio.

Esta postura, que es la que acoge actualmente la línea jurisprudencial de la Sala, reconoce, como regla, que el juez no puede hacer control material de la acusación ni de los acuerdos en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, y que solo está autorizado para hacerlo, por vía de excepción, cuando objetivamente resulte manifiesto que el acto quebranta o compromete de manera grosera garantías fundamentales. De esta línea son, entre otros, los pronunciamientos CSJ SP, 6 de febrero de 2013, casación 39892; CSJ SP9853-2014, 16 de julio de 2014, casación 40871; CSJ AP6049-2014, primero de octubre de 2014, segunda instancia 42452; CSJ, SP13939-2014, 15 de octubre de 2014, casación 42184; y CSJ SP14842-2015, 28 de octubre de 2015, casación 43436 [...]” .

Una clarísima muestra de esta posición de la Sala de Casación Penal está plasmada en una sentencia de 2021, en donde con rotundidad afirmó:

Los jueces y magistrados deben ejercer a la acusación en los procesos ordinarios de la Ley 906 de 2004 un control, para que no se vulnere la esencia del objeto del proceso penal, que no es otra que la administración de justicia.

Ese principio-deber, se edifica como un control **a los actos arbitrarios, caprichosos, de mera liberalidad o discrecionalidad** del titular de la acción penal, cuando en la acusación no se rige por criterios de objetividad, razonabilidad, verdad y justicia o se aparta de la información que revelan los elementos de prueba recaudados, proceder con claras implicaciones en los derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes.

(...)

La Corte ha señalado que aun cuando a la Fiscalía se le asignó la obligación de acusar «ello no implica que deba hacerlo a toda costa o que pueda pasar por alto circunstancias objetivas en punto de los hechos y la forma de responsabilidad que cabe endilgar a los acusados», pues como servidores públicos, sus delegados deben actuar en un marco de objetividad, legalidad, estricta tipicidad, debido proceso, lealtad procesal y buena fe (artículo 12 C.P.P.), así como con adecuadas prácticas del derecho, criterios de necesidad, ponderación y corrección en el comportamiento, todo ello «para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.

De allí que, el juez ante eventos que desbordan la potestad de la Fiscalía en el acto de acusación, el Juez debe ejercer un

control activo que supere los meros actos de dirección, en aras de garantizar la intangibilidad de los principios, valores y garantías referidos en párrafos anteriores.³

En cambio, la Corte frente a lo segundo, esto es los preacuerdos, propugna por un verdadero control material como quiera que este tipo de actos de parte activan de manera inmediata la potestad jurisdiccional de dictar sentencia, la cual obviamente tiene que estar regida por todos los principios que gobiernan no solo el proceso ordinario sino la justicia negocial.⁴

Así las cosas, el juez está en el deber de hacer excepcionalmente un control material a la imputación o la acusación de la Fiscalía cuando el actuar de esta parte desborda de manera ostensible o grosera el principio de tipicidad objetiva, es decir, cuando la adecuación típica riñe de manera evidente con la descripción de los hechos jurídicamente relevantes consignados en el acto comunicacional de parte, porque esto no solo va en contra de la principialística que rige al proceso penal sino en contra de los derechos de las partes e intervinientes procesales

Por último, para un cabal entendimiento y aplicación de este precedente jurisprudencial, es muy importante dejar en claro lo siguiente:

Primero, el control material excepcional que eventualmente puede hacerle el juez a la imputación o a la acusación, bien sea de oficio o a petición de parte, se debe basar en los hechos jurídicamente relevantes presentados exclusivamente por la Fiscalía, lo que de suyo descarta cualquier tipo de injerencia de

³ CSJ. Sala de Casación Penal. Rad. 54691 del 14 de abril de 2021

⁴ CSJ, Sala de Casación Penal. Rad. 52227 de 2020

las otras partes e intervinientes en este acto, bajo el entendido que la titular de la acción penal es quien funge como acusador estatal o privado (esto último para el caso de los procesos abreviados regulados en la Ley 1826 de 2017).

Segundo, el referido control material excepcional jamás puede tener como fundamento la evidencia, que por cualquier razón, hasta ese momento sea conocida por las partes, sino únicamente los hechos jurídicamente relevantes traídos por la Fiscalía, porque lo contrario implicaría una anticipación, así sea parcial, del juicio, lo que desestructuraría el modelo de enjuiciamiento penal adoptado por Colombia.

Tercero, como el control -positivo o negativo, formal o material-, que exige en todo caso la Sala de Casación Penal sobre las imputaciones, acusaciones y preacuerdos, es un asunto de fondo que puede tener serias implicaciones para la suerte del proceso, a pesar de que la ley expresamente no lo prevé, requiere de un pronunciamiento motivado del juez, lo cual necesariamente se tiene que hacer por medio de un auto interlocutorio pasible de los recursos de ley al tenor de lo dispuesto en el artículo 161 del C.P.P. y,

Cuarto, las modificaciones que pretenda hacer la fiscalía a la acusación formalmente presentada, así sea favorable al acusado, tiene que tener soporte probatorio y/o jurídico suficiente y adecuado.

Caso concreto:

En el presente proceso, se tiene que en audiencias preliminares celebradas ente el 27 de noviembre y 2 de diciembre de 2021, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación al señor **Alexander Alzate Rodas** como coautor del delito de concierto para delinquir con fines de lavado de activos y de contrabando, de conformidad con lo estipulado en los incisos 2 y 4 del canon 340 del C.P., por su presunta pertenencia a una organización delincuenciaal dedicada a la comisión de esos reatos.

Bajo esos supuestos fácticos y calificación jurídica, el ente acusador radicó un escrito de acusación con preacuerdo, en el cual se visualizaba la aceptación de responsabilidad del imputado, a cambio de la eliminación de una de las agravantes, en tanto la otra fue eliminada por la Fiscalía en razón de la aplicación del principio de legalidad, con lo cual se pactó una pena de 48 meses de prisión.

Al ser repartidas las diligencias al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín, este convocó a audiencia de verificación del preacuerdo, diligencia en la que el delegado del ente persecutor manifestó que haría un “control de legalidad” en el entendido que se eliminaría por tipicidad el agravante del inciso segundo, atinente al fin de lavado de activos y que se dejaría el del inciso cuarto, referente al contrabando⁵.

Bajo esta nueva calificación jurídica, se reafirmó el preacuerdo de degradar la conducta de concierto para delinquir agravado a simple, imponiéndose una pena de 48 meses de prisión.

⁵ Audio de la audiencia del 14 de marzo de 2023.

En ese acto procesal, el juez indagó a las partes sobre la pena de multa que aparejaba el delito original, esto es, el concierto para delinquir con fines de contrabando, a lo que los sujetos procesales señalaron que no habían negociado sobre ese aspecto; ante esa manifestación, el Juez indagó que si la dejaban a su arbitrio, respondiéndose por las partes de forma positiva.

Luego de escuchar a los sujetos procesales respecto a los reparos del preacuerdo presentado, el funcionario judicial impartió aprobación al resultado de la negociación, señalando que lo atinente a la pena de multa se resolvería en la sentencia.⁶

Así, el pasado 1º de junio de los corrientes, el juez profirió sentencia condenatoria en los términos del preacuerdo, prescindiendo de la imposición de la pena de multa, aspecto que resolvió de forma negativa el pedido del Ministerio Público en audiencia de 447 y que, como era de esperarse, fue recurrido por la agente.

Pues bien, sería del caso verificar la corrección de la decisión de no imponer pena de multa, si no fuera porque del decurso del proceso se observa que el yerro se proyecta a instancias previas al proferimiento del fallo y que dicha anomalía es forzoso sea subsanada.

En efecto, nótese que el preacuerdo celebrado entre fiscalía y defensa connotaba la eliminación de un agravante, esto es, degradar la conducta de concierto para delinquir agravado con fines de contrabando, a simple.

⁶ Audiencia del 20 de abril de 2023.

De la lectura del texto que contempla ambos tipos penales, se puede observar que la consecuencia punitiva de ambos, guarda profundas diferencias, a saber:

ARTÍCULO 340. CONCIERTO PARA DELINQUIR. <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1908 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.

(...)

Cuando se tratare de concierto para la comisión de delitos de contrabando, contrabando de hidrocarburos y sus derivados, fraude aduanero, favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Nótese que existe una diferencia en el monto de la pena de prisión prevista por ambos comportamientos, lo que *a priori* no constituiría problema si se conviene que el preacuerdo busca morigerar las penas como contraprestación al procesado por su pronta aceptación de responsabilidad.

Empero, entre ambos textos legales existe una diferencia marcada como lo es la presencia de una pena de multa, la cual no puede ser obviada por vía de negociación, en tanto esta tiene el carácter de pena principal y no accesoria.

En este entendido, la negociación presentada por las partes debía prever todas las consecuencias punitivas de la calificación original, máxime cuando se esbozó que el preacuerdo tenía como único objeto la tasación de la pena, lo cual no podía dejar de lado la multa prevista en el texto legal.

Dicho de otra manera, el preacuerdo presentado debió prever la imposición de la sanción pecuniaria principal como franco respeto al principio de la legalidad de los delitos y las penas, por cuanto resulta inaceptable en la arquitectura de nuestro sistema procesal penal que los mecanismos de justicia premial sean usados para eliminar consecuencias jurídicas del comportamiento delictivo, sin que bastara con indicar que se dejaba al arbitrio del juez lo relacionado con la multa.

Bajo estas condiciones y dado que la negociación era abiertamente violatoria del principio de legalidad porque no atenuaba una pena principal sino que la eliminaba, lo que se esperaba de la intervención del funcionario judicial era la realización de un control material al preacuerdo, en los términos explicitados en la parte dogmática de esta providencia.

Y es precisamente ese auto de aprobación del preacuerdo, el que da al traste con la legalidad de la actuación, en tanto fue el acto jurisdiccional que avaló una sustancial irregularidad derivada en el cercenamiento ilegal e injustificado de una pena principal, como lo es la multa, prevista para el delito imputado de concierto para delinquir con fines de contrabando.

De ahí, el yerro del preacuerdo se proyectó en la sentencia en la cual ciertamente se condenó al procesado; pero prescindiendo

de la pena de multa, lo que es del todo inaceptable porque, como se dijo, con la justicia premial se busca atenuar las penas principales; pero no eliminarlas.

En suma, la aprobación del preacuerdo fue un acto jurisdiccional que avaló un acuerdo ilegal que culminó resquebrajando caros principios procesales y que denota la presencia en este asunto de una vía de hecho.

Si bien podría pensarse que el irregular acto fue convalidado al no interponerse recursos, lo cierto es que los efectos nocivos para la legalidad del proceso son evidentes y perviven aun en esta segunda instancia, al punto que el propio Ministerio Público está pidiendo la revocatoria de la sentencia para la determinación de una pena que fue obviada por las partes en su negociación y que no fue objeto de debate en la sede inicial.

Es más, el hecho de que se aprobara el preacuerdo sin objeción de los sujetos procesales no es óbice para predicar que una pena principal, totalmente legal, fue irregularmente eliminada con la supresión del agravante, desconociéndose así el principio de legalidad de los delitos y las penas.

Lamentablemente, la burda afrenta al principio de legalidad que aquí se ha presentado no tiene otra vía de subsanación distinta a la declaratoria de nulidad de todo lo actuado desde la audiencia donde se presentó el preacuerdo, inclusive, para que el juez realice los verdaderos controles que le asisten al acto de presentación de la negociación y se tenga en cuenta el debido respeto al principio de legalidad, el cual es eje fundante del procedimiento penal.

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 y de la legalidad de la actuación; es trascendente porque afecta las garantías legales y constitucionales de partes e intervinientes, así como de la sociedad en general al avalarse una negociación que contraria la legalidad de la pena; y, por último, no hay otra manera de subsanar el entuerto porque es en absoluto necesario que se rehaga el trámite para salvaguardar de manera efectiva las prerrogativas superiores y procesales aquí comprometidas, en tanto no se puede imponer la pena de multa por esta sede dado que la parte afectada no tendría un mecanismo de oposición expedito.

Finalmente, dada la anulación del trámite procesal aquí señalada, se hace innecesario que la Sala entre a ejercer algún tipo de pronunciamiento con relación a la concesión del subrogado en los términos pedidos por la delegada del Ministerio Público, por cuanto es obvio que se debe dictar otro pronunciamiento judicial bajo los parámetros aquí establecidos.

En razón de lo expuesto, el **Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

8. RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de todo lo actuado dentro del presente proceso penal adelantado en contra del señor **Alexis Alzate Rodas** a partir de la audiencia de verificación de

preacuerdo celebrada el 14 de marzo de 2023 ante el Juez Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín – Ant., inclusive, por lo expuesto a lo largo de este proveído.

SEGUNDO: Frente a la presente decisión, solo procede el recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ
Magistrado

Con salvamento de voto

Firmado Por:

Leonardo Efrain Ceron Eraso
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Ricardo De La Pava Marulanda
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Rafael Maria Delgado Ortiz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,
Firma Con Salvamento De Voto

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **32cc38acf637d4760709d24b6bcb58b930df840b05a5846f966f1302bbda5e68**

Documento generado en 06/03/2024 01:42:17 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



SALVAMENTO DE VOTO

Ref. Proceso 11 001 60 00000 2022 01408
M. P. LEONARDO CERÓN ERASO
Procesado: Alexander Alzate Rojas

Medellín, seis de marzo de dos mil veinticuatro

En el caso presente, salvo el voto pues no comparto la posición de mis colegas de decretar la nulidad argumentando una afectación al debido proceso, más exactamente al principio de legalidad.

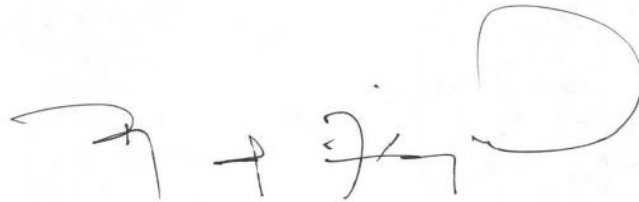
En el caso bajo análisis, el acusado celebró un preacuerdo en el que, en mi criterio, como una ficción se mutó la pena a la prevista para el denominado Concierto Simple y se dejó al juez de conocimiento la determinación de la pena de multa que, cómo no, está contemplada para el delito en su forma agravada que le fuese espetado al acusado.

Ninguna dificultad oteo para que la sala abordara el conocimiento del fondo del asunto dilucidando si había razón o no en el argumento del juez de primer grado para no aplicar la sanción pecuniaria y además pronunciarnos sobre la procedencia del subrogado penal.

A mi juicio, cuando se trata de preacuerdos y se decide por utilizar penas diferentes a las previstas para el delito por el que efectivamente se condena la flexibilidad permite, como en este caso, tener en cuenta la pena de prisión prevista para el delito de Concierto Simple o Base y decantar la pena de multa que corresponda al tipo penal efectivamente conjugado.

Sin duda que el asunto puede ser controversial, pero, finalmente, se trata de solucionar este asunto bajo la modalidad de la justicia premial y flaco servicio se le hace al sistema con el uso de los argumentos aquí desarrollados.

Lo anterior dicho con el más absoluto respeto por la posición sobre el tema de la Sala mayoritaria.



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado

Firmado Por:

Rafael Maria Delgado Ortiz

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Dirección Ejecutiva De Administración Judicial

División De Sistemas De Ingeniería

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ba6e61ab7f1ceb7fdad2eadd8c01603291967794f6d57a5ef130e33000c5b9da**

Documento generado en 06/03/2024 11:39:00 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>