

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 050016000000202100098
Procesado: Joan Sebastián Bolívar Ruiz
Delito: Concierto para delinquir agravado
Asunto: Apelación de Auto que imprueba acuerdo
Interlocutorio: No. xx. Aprobado por acta No. xx de la fecha.
Decisión: Revoca y aprueba preacuerdo
Lectura: Jueves, 3 de junio de 2021

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Es competente esta Sala de Decisión Penal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004- para resolver el recurso de alzada interpuesto por la Fiscalía, el Ministerio Público y la defensa contra el auto mediante el cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín improbo el preacuerdo suscrito por el delegado del ente acusador y el señor **Joan Sebastián Bolívar Ruiz**, quien viene siendo investigado por el delito de concierto para delinquir agravado.

2. HECHOS

Los hechos que motivaron la presente actuación tuvieron su génesis en la compulsión de copias de la investigación radicada con el número 050016000248202100669, que la Fiscalía General de la Nación adelantaba en contra del grupo delincuenciales denominado “La Oficina”, en la cual se pudo establecer la existencia de otra banda denominada “El Triánón”, con injerencia en el municipio de Envigado, Antioquia, dedicada al tráfico de estupefacientes y el cobro de cuotas extorsivas.

Con base en las indagaciones sobre esta última estructura criminal, se pudo determinar las personas que la conformaban, dentro de las cuales se encontraba el señor **Joan Sebastián Bolívar Ruiz**, alias “Boli”, quien sería el hombre de confianza de John Jaiber Botero López, alias “el mono” o “el negro” y que se encargaba de controlar y surtir los puntos de venta de estupefacientes ubicados en los sectores de Las Flores y La Bota del Día, así como de manejar actividades de cobro de dinero a través de constreñimiento ilegal.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

El 23 de septiembre de 2020 y por solicitud del delegado de la Fiscalía, el Juzgado Cuarto Penal Municipal Ambulante de Antioquia con funciones de control de garantías, expidió orden de captura en contra de varios ciudadanos, dentro de los que se encontraba **Joan Sebastián Bolívar Ruiz**, la cual se hizo efectiva el 2 de octubre del año pasado.

El día 3 de octubre de 2020, el Juzgado Primero Penal Municipal Con Función De Control De Garantías Ambulante De Antioquia con Función de Control de Garantías de Medellín, declaró legal la captura de **Bolívar Ruiz** y otros sujetos y se impartió legalización a la incautación de cinco equipos celulares. El día 5 de octubre del año pasado y ante el mismo Despacho, la Fiscalía le formuló imputación por el delito de concierto para delinquir agravado, cargo que no fue aceptado por el procesado. Se solicitó la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, accediendo el Juzgado a la misma, pero de carácter domiciliario.

El día 4 de febrero de 2021, la Fiscalía presentó escrito de acusación con preacuerdo, consistente en degradar la participación del imputado de autor a cómplice, tasándose una pena de 52.8 meses de prisión y multa de 1.485 SMLMV. Dicho preacuerdo fue repartido para su conocimiento al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín, el cual en audiencia celebrada el día 2 de marzo de 2021, improbió el mismo; esta decisión fue objeto de recursos ordinarios de reposición y apelación por parte de la Fiscalía, el Ministerio Público y la defensa del procesado; se decidió por parte de la judicatura no reponer la decisión censurada y conceder la alzada propuesta.

4. PROVIDENCIA RECURRIDA

Consideró la *a quo* que resultaba ilegal el acuerdo presentado entre el señor **Joan Sebastián Bolívar Ruiz** y la Fiscalía, como quiera que del relato de los hechos jurídicamente relevantes efectuado por el delegado del ente acusador y los elementos materiales probatorios aportados, se podía inferir que se estaba ante una persona que ostentaba una posición de mando al

interior de la organización delictiva, en tanto el mismo era el encargado de la coordinación del expendio de sustancias alucinógenas y cobro de extorsiones, lo que supondría la necesidad de habersele imputado el agravante contenido en el inciso tercero del artículo 340 del C.P., por considerar que el imputado era un cabecilla al interior de la organización y que esa calidad de coordinador era compatible con el verbo rector “organizar” contenido en el precitado canon.

Así las cosas, indicó que al no habersele enrostrado la calidad antes mencionada y al otorgársele una rebaja del 45% de la pena, se estaba constituyendo un doble beneficio en favor del procesado, lo que está vedado que ocurra en los casos de justicia negociada.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

5.1. Fiscalía¹

El delegado del Ente Acusador, censuró la determinación de la *a quo*, indicando que mal se haría en variar la imputación jurídica en estos momentos, cuando la Fiscalía no cuenta con elementos para predicar que **Bolívar Ruiz** sea un cabecilla del grupo delincuencia, toda vez que el resultado de las investigaciones indican que este es un peón al servicio del señor John Jaiber Botero, último que sí cuenta con la calidad de dirigente de la organización criminal, y que si bien se dijo que el acusado era un coordinador al interior de la banda, se está dando una mala interpretación a esa situación pues, con base en los elementos de juicio con los que cuenta ese delegado no

¹ Del minuto 00:49:42 al 00:51:52. Archivo “023VideoAudiencia2MAR2021”

se puede inferir su condición de líder con voz de mando al interior de la organización criminal.

5.2. Ministerio Público²

La delegada del Ministerio Público consideró que los verbos rectores de ese inciso tercero del 340 del C.P. no pueden ser aplicados de una forma tan simplista, sino que para su configuración es necesario que el sujeto tenga una jerarquía, un don de mando y una capacidad de disposición con ocasión al objeto del contubernio criminal.

Así mismo, indicó que ser hombre de confianza del líder, hace al procesado un dependiente mas no cabecilla, máxime cuando de los elementos de juicio allegados, específicamente de su hoja de vida, se consignó que su cargo dentro del grupo era el de expendedor de sustancias estupefacientes, debiendo darse credibilidad a ese dato por ser producto de una investigación. Señaló que no se logró establecer a quién le daba órdenes el señor **Bolívar Ruiz**, lo que lo deja simplemente como el hombre de confianza del verdadero líder del grupo criminal.

En consecuencia, solicitó que se revocara la decisión recurrida.

5.3. Defensa³

Manifestó su desacuerdo con la decisión de instancia, considerando que en la misma se hacía, por parte de la funcionaria judicial, un falso raciocinio del

² Del minuto 00:52:01 a 00:56:12. Archivo "023VideoAudiencia2MAR2021"

³ Del minuto 00:56:15 a 00:57:56. Archivo "023VideoAudiencia2MAR2021"

artículo 29 y 30 del C.P., al querer mostrar a su defendido como autor de una conducta, cuando su única labor es ser ayudante del líder del GDO, violándose con la improbación del preacuerdo el principio de legítima confianza y el debido proceso de su prohijado.

Por lo expuesto, deprecó la revocatoria de la determinación censurada.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Competencia.

Esta Sala de decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la Fiscalía, el Ministerio Público y la defensa en contra de la decisión del Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín, Antioquia, con ocasión de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

6.2 El problema jurídico

Teniendo en cuenta los planteamientos de los apelantes, los problemas jurídicos a resolver en esta oportunidad son los siguientes:

1. ¿Qué condiciones exige el legislador para que a un procesado se le pueda imputar la circunstancia de agravación punitiva prevista en el inciso tercero del artículo 340 del C.P.?

2. ¿Se le está otorgando un doble beneficio al procesado al degradar su grado de participación de autor a cómplice del delito de concierto para delinquir y, además, no imputarle la circunstancia de agravación prevista en el inciso tercero del canon 340 del C.P.?

Para solucionar los anteriores problemas, la Sala comenzará por efectuar un análisis dogmático del contenido del artículo 340 de la Ley 599 de 2000, se proseguirá con un estudio sobre el principio de tipicidad objetiva y el control material a los preacuerdos, para luego descender al caso concreto.

6.2.1. El delito de concierto para delinquir en el ordenamiento jurídico colombiano

El Legislador previó en el artículo 340 del C.P. el delito de concierto para delinquir; el cual encuentra descrito de la siguiente manera:

Quando 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.

Quando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de niñas, niños y adolescentes, trata de personas, del tráfico de migrantes, homicidio, terrorismo, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, drogas tóxicas o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables, contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo, explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, y delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio del Estado, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir o sean servidores públicos.

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.

Visto el texto de la norma, se ofrece oportuno destacar que este ilícito se define como el convenio o pacto celebrado por dos o más personas con la finalidad de cometer delitos indeterminados, acuerdo con vocación de permanencia en el tiempo por parte de los miembros de la empresa, la cual debe tener una mínima organización y estructura, e independiente de que se cumpla el objetivo. Por último, se requiere que la ejecución de las actividades propuestas permita inferir que se pone en riesgo la seguridad pública.

En palabras de la H. Corte Constitucional:

Se puede concluir que el concierto para delinquir exige tres elementos constitutivos esenciales: el primero la existencia de una organización que con carácter permanente tenga como objetivo lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados; el segundo que los miembros de dicha organización lo sea en virtud de un acuerdo de voluntades que los une para alcanzar dicho objetivo; y el tercero que la expectativa de la realización de las actividades que se proponen sus miembros, ponga en peligro o alteren la seguridad pública⁴.

Concepto que muy bien se ajusta con la línea que al respecto ha elaborado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁵ que exige, para que se estructure dicho punible, la acreditación o prueba del acuerdo entre los

⁴ Sentencia C- 241 de 1997, M. P. Dr. Fabio Morón Díaz.

⁵ Casación del 29 de septiembre de 2013, radicación 40.545.

miembros de la organización para la comisión de delitos indeterminados (lo cual no requerirá un medio de prueba en particular, en tanto es suficiente demostrar, que la organización existe), que se dedica a la comisión de delitos indeterminados en el tiempo y que los procesados hacen parte de ella y un mínimo de organización o estructura organizativa; además, no es necesario probar la consumación de los delitos para los cuales se concertaron, en tanto, el tipo penal de concierto para delinquir es autónomo y busca la protección de la seguridad pública, siendo, por tanto, un delito de mera conducta.

En ese mismo sentido, debe efectuarse una clara diferenciación entre 2 circunstancias, a saber: una cosa es pertenecer a una organización criminal destinada a la perpetración de reatos, y otra es cometer los delitos por los cuales se dio el consenso de voluntades en sí mismo. En el segundo de los casos, perfectamente podría endilgarse un concurso de conductas punibles entre el concierto para delinquir y el otro delito desplegado de propia mano por el sujeto agente.

De otra parte, de ese mismo texto normativo del artículo 340 se pueden colegir las diferentes maneras que adoptó el legislador para reprimir el acto de concertarse para la comisión de distintos punibles.

En el primer inciso, deviene diáfano que la punición se encamina a castigar la realización de un acuerdo de voluntades para la comisión de delitos en forma genérica e indeterminada; es decir, se sanciona el solo hecho de concertarse y pertenecer al grupo delincuencia, porque ello pone en peligro el bien jurídico supraindividual de la seguridad pública.

Contrario ocurre en el inciso segundo, en el cual el legislador castiga de modo mas severo cuando el contubernio criminal va encaminado a la comisión de

una serie de delitos específicos ahí enlistados, los cuales vienen a representar un mayor impacto social. Este es un agravante que opera de modo objetivo, pues para su imputación solo es necesario demostrar que el fin de la confabulación era la comisión de los reatos contenidos en ese aparte del texto normativo.

El agravante contemplado en el inciso tercero del referido artículo va dirigido a cierto tipo de personas que tienen especial significado en la conformación y/o dinámica del grupo delincencial. En ese aparte del texto normativo, se pueden identificar dos grupos: *(i)* Los que, sin participar directamente en las actividades criminales concertadas, fomentan, promueven o financian a la banda, y *(ii)* los que, además de participantes materiales en la organización, tienen una posición predominante dentro de la misma, como quiera que son quienes la organizaron, constituyeron o la dirigen o encabezan, es decir que tienen una clara posición de mando respecto del resto de sus miembros.

Visto esto desde la perspectiva de la culpabilidad, tiene toda la razón la agravante, porque obviamente merece un mayor reproche social quien fomenta, de cualquier manera, una organización criminal, o la lidera a un simple miembro base de esta.⁶

En ese mismo inciso, se contempla la agravación punitiva de los servidores estatales que pertenezcan a la organización delictiva y pongan a su servicio la función pública.

El ultimo inciso del canon 340 del C.P., agrava la situación cuando la conformación de la empresa criminal tenga como fines la comisión de delitos de contrabando, contrabando de hidrocarburos y sus derivados, fraude

⁶ CSJ, Rad 36828 del 18 de marzo de 2015.

aduanero, favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados.

Ahora bien, con base en el anterior análisis del precitado artículo, se pueden establecer las siguientes subreglas:

1. En el inciso primero del 340 se castiga el simple hecho de concertarse para la comisión de manera genérica de delitos. Es un delito de mera conducta.
2. Si la voluntad de unirse o conformar una empresa criminal tiene como fin los delitos de genocidio, tráfico de estupefacientes, extorsión, secuestro, entre otros de los enlistados en el inciso segundo que afectan sensiblemente a la comunidad, la conducta se agrava y dicho agravante es objetivo; es decir, solo basta con demostrar que el fin del acuerdo de voluntades iba encaminado a la comisión de alguno de esos reatos.
3. En el inciso tercero, la conducta se agrava para tres grupos de personas en particular: en primer lugar, se encuentran los que, sin participar directamente de la organización criminal, prestan una colaboración efectiva para su financiación, promoción o fomento; en segundo lugar, se enmarca a los servidores públicos que pertenezcan a ella y en razón de su fuero realicen algún tipo de actividades afines al grupo delincencial y, en tercer lugar, están aquellas personas que fueron los precursores de la conformación del grupo delincencial y quienes ejercen una posición de mando al interior del mismo.

4. Frente a esto último, resulta imperioso señalar que, para poder aplicar esta agravante, debe estar demostrado plenamente que la persona no solo lidera ciertas actividades delictivas de la banda, sino que tiene una posición de dirección, liderazgo o manejo dentro la organización, por su posición jerárquica al interior de la misma.

En ese sentido, no podría suponerse esta calidad sobre los sujetos que se encargan de la simple coordinación subordinada de una o varias de las actividades delictivas a las que se dedica la empresa criminal, pues, de aceptarse ese planteamiento, se estaría desconociendo el requisito *sine qua non* de la capacidad de mando jerárquico que debe asistirle a estas personas y su liderazgo al interior de la misma o por lo menos de una parte de ella.

5. Cuando los fines del concierto se enfocan en 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, existe un aumento punitivo que también opera, como en el inciso segundo, de manera objetiva y bajo las mismas reglas de ese.

6.2.2 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO CRITERIO TRANSVERSAL A TODA LA ACTIVIDAD DE LA FISCALÍA.

Con la entrada en vigor de la Ley 906 de 2004, se adoptó en el territorio nacional un sistema procesal penal de corte adversarial con tendencia acusatoria, en el cual se le otorgó a la Fiscalía General de la Nación la titularidad sobre la acción penal, esto es, adelantar las respectivas

investigaciones de aquellos hechos que tengan la connotación de delito. Tal actividad no es discrecional de la Fiscalía, pues se debe regir estrictamente por el principio de legalidad, con todo lo que ello implica, entre lo cual cabe la adecuada tipificación de las conductas antisociales que investiga.

En efecto, esta última tarea no queda al arbitrio de los fiscales, pues la actividad de dichos funcionarios se rige siempre por lo que la jurisprudencia ha denominado tipicidad estricta y objetiva, que implica que las adecuaciones típicas que se hagan en las imputaciones o acusaciones estén dentro de los límites de la racionalidad y razonabilidad jurídica, por lo cual queda proscrita la arbitrariedad.

Para una mejor ilustración, es pertinente traer a colación la posición de la Corte Suprema de Justicia en la radicación No. 52311 del 11 de diciembre de 2018, cuando señaló:

En lo que atañe al principio de legalidad y, concretamente, del de tipicidad, resulta útil lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-181 de 2016, donde, a partir de sus propios precedentes, se refirió a la importancia del mismo para salvaguardar la libertad de los ciudadanos, garantizar la igualdad y la seguridad jurídica, así como para evitar la arbitrariedad en el ámbito de la penalización. Igualmente, hizo alusión a la función que cumplen los jueces para la materialización de este principio en los casos particulares, lo que, sin duda, se extiende a los fiscales, máxime si, como se verá, el ordenamiento jurídico no previó controles judiciales para el “juicio de acusación” que estos deben realizar para decidir sobre la procedencia del llamamiento a juicio. Dijo el alto tribunal:

La tipicidad tiene una innegable trascendencia constitucional y es una expresión de la irrigación de los contenidos de la Carta sobre el ordenamiento penal, pues constituye uno de los pilares del principio de legalidad, lo que genera una relación amplia y dinámica con el derecho fundamental al debido proceso.

Así, la tipicidad como principio se manifiesta en la “(...) exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del

contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras”

Este Tribunal desarrolló el contenido de dicho principio e identificó los siguientes elementos: i) la conducta sancionable debe estar descrita de manera específica y precisa, bien porque está determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; ii) debe existir una sanción cuyo contenido material lo define la ley; y, iii) la obligatoria correspondencia entre la conducta y la sanción .

De otra parte, el artículo 29 de la Constitución establece que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. Para esta Corporación, las disposiciones contenidas en la Carta le imponen al Legislador las siguientes obligaciones: i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas; ii) señalar anticipadamente las respectivas sanciones; iii) definir las autoridades competentes; y, iv) establecer las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo lo anterior con la finalidad de garantizar un debido proceso .

(...)

Conforme a lo anterior, la Corte en sentencia C-653 de 2001 expresó que el ejercicio legítimo del poder punitivo del Estado debe respetar en todo caso las garantías del derecho fundamental al debido proceso destinado a “(...) proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo del estado.”

En ese orden de ideas, el principio de legalidad penal es una de las principales conquistas del Estado constitucional, al constituirse en una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, pues les permite conocer previamente cuándo y por qué razón pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole, con lo que se pretende fijar reglas objetivas para impedir el abuso de poder de las autoridades penales del caso.

Este Tribunal ha identificado las diferentes dimensiones del principio de legalidad en materia penal, las cuales se resumen a continuación: i) la reserva legal, pues la definición de las conductas punibles le corresponde al Legislador y no a los jueces ni a la administración; ii) la prohibición de aplicar retroactivamente las normas penales, por lo que un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley previa que así lo establezca, salvo el principio de favorabilidad; iii) el principio de legalidad en sentido estricto denominado de tipicidad o taxatividad, exige que las conductas punibles no solo deben estar previamente establecidas por el Legislador, sino que deben estar inequívocamente definidas por la ley, por lo que la labor del juez se limita a la adecuación de la conducta reprochada en la descripción abstracta

realizada por la norma. Solo de esta manera se cumple con la función garantista y democrática, que se traduce en la protección de la libertad de las personas y el aseguramiento de la igualdad ante el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado .

En conclusión, la tipicidad es un principio constitucional que hace parte del núcleo esencial del principio de legalidad en materia penal. Dicho principio se expresa en la obligación que tiene el Legislador de establecer de manera clara, específica y precisa las normas que contienen conductas punibles y sus respectivas sanciones.

Por su parte, el principio de legalidad materializa el derecho fundamental al debido proceso y garantiza la libertad individual y la igualdad de las personas ante la ley. Sus dimensiones encierran la reserva de ley, la irretroactividad de la ley penal salvo favorabilidad y la tipicidad o taxatividad, mediante las cuales evita la arbitrariedad o la intromisión indebida por parte de las autoridades penales que asumen el conocimiento y juzgamiento de las conductas típicas.

Es claro, entonces, que ese principio de tipicidad objetiva es de obligatorio acatamiento por parte del fiscal y que el mismo debe respetar las prescripciones normativas del código de las penas y su correlación directa con los hechos materia de investigación, sin que le sea dable efectuar juicios de carácter subjetivo para la debida calificación jurídica de las conductas investigadas o, en su defecto, estructurar tipificaciones que no se ciñan estrictamente a los hechos jurídicamente relevantes que emergen de la investigación.

En conclusión, en virtud del principio de legalidad, y su arista de tipicidad objetiva, los fiscales, en primer lugar, tienen la obligación de llevar a juicio todos los hechos emergidos de la investigación y que sean relevantes para la solución del caso y, en segundo lugar, calificarlos de la manera más adecuada posible. Solo así se preservan los derechos y garantías del procesado, de la víctima; pero también de la sociedad toda, si se entiende que el delito no solo es una ofensa particular, sino que afecta a todo el conglomerado.

6.2.3 El control judicial sobre la imputación, la acusación y los preacuerdos

Frente al tema, en reciente decisión, esta misma Sala expuso:

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 tienen 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 se ha propendido por un control fuerte y en otras por un control moderado.⁷

⁷ 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 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.

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 verdadera arbitrariedad, puesto que una intervención diferente del juez sería una intromisión inadmisibles 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.⁸

Una clarísima muestra de esta posición de la Sala de Casación Penal está plasmada en una muy reciente sentencia, 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

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 [...]”.

⁸ CSJ, Sala de Casación Penal. Rad. 52227 de 2020

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.⁹

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 los más caros principios que rigen 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 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.

Y, 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

⁹ CSJ. Sala de Casación Penal. Rad. 54691 del 14 de abril de 2021

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.¹⁰

6.2.4. El caso concreto

En el presente asunto, se tiene que el señor **Joan Sebastián Bolívar Ruiz** fue capturado, en razón del adelantamiento de una serie de actos de investigación que dieron cuenta de la existencia de un grupo delincuenciales denominado “El Trianón” que tiene injerencia en el municipio de Envigado Antioquia, y al cual pertenecía el antes nombrado, quien era el hombre de confianza de John Jaiber Botero López, alias “el mono” o “el negro” y que se encargaba de controlar y surtir los puntos de venta de estupefacientes ubicados en los sectores de Las Flores y La Bota del Día, así como de manejar actividades de cobro de dinero a través de constreñimiento ilegal.

Producto de esa aprehensión, al señor **Bolívar Ruiz** se le imputó el delito de concierto para delinquir agravado por el inciso segundo del artículo 340 del C.P., por cuanto se pudo establecer que las acciones del contubernio criminal se encaminaban al tráfico de sustancias estupefacientes y al cobro de dineros producto de la extorsión, causa por la cual se celebró un acuerdo con la Fiscalía consistente en su aceptación de responsabilidad a cambio de degradar su participación de autor a cómplice y tasándose una pena de prisión de 52.8 meses de prisión.

Al someterse este acuerdo a la respectiva verificación por parte del juez de conocimiento, el mismo no lo aprobó por cuanto, en su sentir y con base en los hechos jurídicamente relevantes narrados en el escrito de acusación y la evidencia aportada, era claro que el imputado ostentaba la calidad de

¹⁰ Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal. Rad. 05001609916202150186, M.P. Leonardo Efraín Cerón Eraso.

cabecilla, la cual no le fue imputada y junto a la rebaja del 45% de la pena que fue concedida por vía del aludido pacto, constituía un doble beneficio que transgredía de modo ostensible el principio de legalidad y el de tipicidad objetiva que rigen esta forma de aceptación consensuada de responsabilidad penal.

La decisión en comento fue apelada por la Fiscalía, el Ministerio Público y la defensa, confluendo los argumentos de estos en que, de conformidad con la evidencia recaudada y presentada como soporte del acuerdo, el señor **Bolívar Ruiz** no ostentaba la calidad de cabecilla y que por lo tanto no era viable imputarle tal condición por carecerse de los medios para poder predicarla, sin que existiese la transgresión planteada por la judicatura de primer nivel.

En este punto, encuentra la Sala que le asiste razón a los recurrentes, por los motivos que, a continuación, se exponen:

En primer lugar, del relato de los hechos jurídicamente relevantes se tiene que el imputado era el hombre de confianza de John Jaiber Botero López, quien es el líder de la organización criminal, siendo el procesado quien se encarga de surtir y controlar puntos dedicados al expendio de sustancias psicotrópicas y los cobros de dineros producto del gota a gota, actividades propias de la banda a la que pertenece, información que se extrajo de la hoja de vida del encartado y que fue producto de los actos de investigación efectuados por personal de la Policía Nacional.

Ante la información antes reseñada, indicó la juez de primera instancia que la fiscalía omitió imputar al procesado la calidad de cabecilla pues, al ser este coordinador de varias de las actividades delictivas del grupo, ostentaba tal

condición, debiéndose agravar su conducta por lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 340 del código penal.

Como se señaló, la Sala encuentra que no le asiste razón al juez *a quo* pues, al contrastar el relato de los hechos jurídicamente relevantes con la imputación efectuada por el delegado del ente persecutor, se observa una adecuación típica razonable, misma que no puede catalogarse como una vía de hecho o arbitraria porque el hecho de que el acusado haya estado encargado de organizar una o dos de las actividades delictuales a la que se dedicaba la banda delincuencia no lo convierte *per se* en un miembro con jerarquía de mando dentro de la misma

Obsérvese cómo no se encuentra estructurado en la investigación la posición jerárquica del acusado en la organización delictiva, ni mucho menos se indicó cuáles eran esas potestades de dirección que tenía, ni esa vocación de mando al interior de la misma, sin que pueda ser de recibo que por el solo hecho de ser un hombre de confianza del líder de la banda y que se encargue por orden de éste del control de algunas de las actividades de la empresa criminal, ostente esa calidad exigida en el inciso del precitado canon.

Así las cosas, la juez no estaba habilitada para controlar materialmente la acusación y de ahí improbar el preacuerdo, porque la adecuación típica no es irracional, ni mucho menos constituye una vía de hecho, encontrando la Sala solo una disparidad de criterios entre la primera instancia y la Fiscalía en punto a esa interpretación del inciso 3 del artículo 340 del C.P., sin que se pueda establecer que con la calificación jurídica que otorgó el ente acusador a los hechos jurídicamente relevantes, se esté contrariando el principio de tipicidad objetiva,

Ello se sustenta aún mas con el análisis de los elementos materiales probatorios arrimados para la verificación del preacuerdo suscrito entre las partes, donde no se evidencia un medio de conocimiento que permita inferir que el señor **Bolívar Ruiz** tenía una posición de mando en la organización, evidenciándose solo que este era subalterno al cual se le tenía confianza para el cumplimiento de ciertas actividades a las que está encaminada la organización criminal.

Si bien es cierto que en la audiencia de verificación del preacuerdo se dijo por parte del fiscal que el encartado se dedicaba a la **coordinación** de una plaza de expendio de estupefacientes, ello no tiene la entidad suficiente para determinar que se está en presencia de un sujeto que dirige jerárquicamente la organización criminal.

En segundo lugar, una vez aclarada la ausencia de una posición de mando en cabeza de **Joan Sebastián Bolívar Ruiz** al interior del GDO y de cara al subsiguiente argumento de la primera instancia, esto es, de estarse en este caso dando un doble beneficio en favor del procesado que generó una rebaja de pena desproporcionada, observa la Sala que en este punto tampoco le asiste la razón a la *a quo*, pues teniendo en cuenta todo lo antes dicho, tal proposición se cae por su propio peso.

Véase como el resultado de la negociación no riñe con la estructura lógica del núcleo esencial de los hechos jurídicamente relevantes, ni mucho menos se está ante una rebaja exagerada que vaya en contra de los principios propios de la justicia premial, por lo que lo correcto en este asunto era habersele impartido legalidad al preacuerdo suscrito entre el procesado y la Fiscalía General de la Nación, en cabeza de su delegado.

Colofón de todo lo expuesto, al no estar en presencia de una imputación irrazonable que constituyera una vía de hecho por parte del ente acusador y que ameritara un control material por parte de la *a quo*, y si ante una rebaja punitiva enmarcada dentro de los parámetros de la legalidad, por ser un único beneficio y que no resulta desproporcionada, debe revocarse la decisión de primera instancia y, por tanto, aprobar el preacuerdo suscrito entre el ente acusador y el señor **Bolívar Ruiz** el día 2 de marzo de 2021.

Debido a 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,

7. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el proveído objeto de alzada, de naturaleza y origen dado a conocer en la parte motiva de este proveído, de conformidad se expuso en las consideraciones de esta decisión. En consecuencia, se aprueba el acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el señor **Joan Sebastián Bolívar Ruiz**.

SEGUNDO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

TERCERO: Por intermedio del centro de servicios, regrésese el expediente al despacho de origen para lo pertinente.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado