El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: PREACUERDO / IMPROCEDENCIA / EN CASOS DE CONEXIDAD SUSTANCIAL / PROHIBIDO PARA DELITOS COMO LA EXTORSIÓN / DEBE HACERSE PARTÍCIPE A LAS VÍCTIMAS / DEGRADACIÓN A CÓMPLICE / NO PROCEDE SI NO HAY AUTORÍA.**

… la Sala dirá, tal como lo adujó tanto el Juzgado… como la representante del Ministerio Público, que los apelantes han tenido un mal entendimiento y una errónea compresión de lo que se dijo en la… providencia interlocutoria adiada el 19 de diciembre de 2.019, por cuanto en dicho proveído jamás de los jamases se dijo que era atípica la conducta presuntamente enrostrada en contra de los procesados por incurrir en el delito de terrorismo, porque lo que en verdad se dijo es que se estaba en presencia de una típica conexidad sustancial entre los delitos de terrorismo…, tráfico agravado de armas y explosivos de uso privativo de las FF. AA… y tentativa de extorsión agravada…, al existir una relación de medio a fin entre los dos primeros reatos y el último, por cuanto, acorde con la teoría del caso propuesta por la Fiscalía, no existía duda alguna que los procesados presuntamente se valieron de maniobras terroristas, entre las que estaba el empleo de un explosivo, para procurar pretender doblegar la voluntad de la víctima, y así conseguir que accediera a la exacción.

Tal situación de conexidad sustancial, acorde con lo reglado en el artículo 26 de la Ley 1.121 de 2.006, conspiraba de manera negativa con la aprobación del preacuerdo, siendo esa una de las principales razones por las cuales la Sala, mediante el aludido proveído del 19 de diciembre de 2.019, decidió confirmar la providencia opugnada.

Es de resaltar que tal prohibición aún se encuentra vigente, y bien hizo el Juzgado de primer nivel en improbar el preacuerdo, porque lo acordado entre las partes cobijaba un delito destinatario de tales prohibiciones: el de extorsión, el cual, según se desprende de lo consignado por la Fiscalía en la acusación, se debe considerar como conexo con el reato de tráfico agravado de armas y explosivos de uso privativo de las FF. AA. por existir entre ambos delitos una relación de medio a fin conocida por la doctrina como conexidad ideológica o teleológica. (…)

Sumado a lo anterior, la Sala no puede desconocer que existían otras plausibles razones que conspiraban en contra de la aprobación del preacuerdo, como de manera atinada lo hizo el Juzgado de primer nivel, por cuanto:

1) Es un hecho cierto e indubitable el consistente en que el preacuerdo se celebró a espaldas de la víctima, la cual desconocía el contenido de lo estipulado entre la Fiscalía y la Defensa…

2) Como bien se sabe, uno de los temas incluidos en el preacuerdo fue la degradación a cómplice del grado de participación de un grupo de personas que fueron acusadas como presuntas coautoras de la comisión de un delito. Frente a la legalidad de dichas estipulaciones, la Sala es de la opinión consistente en que lo acordado entre las partes carece de un supuesto fáctico que lo respalde, lo que en últimas desconocería el núcleo de los cargos imputados o acusados , por cuanto, si los procesados fueron acusados por incurrir a título de coautores, en la presunta comisión del delito de tráfico de armas y explosivos de uso privativo de las FF. AA., y unas de las compensaciones que la Fiscalía le otorgó a los encausados, por aceptar los cargos endilgados por ese delito consistió en degradar de coautores a cómplice el grado de participación de los procesados, ello sería el germen de un imposible jurídico en virtud del cual todos los procesados, sin que existiera un autor, serían cómplices de ellos mismos, lo que, se reitera, no es factible, por cuanto la complicidad es una figura accesoria de la autoría, por lo que para que exista un cómplice necesariamente debería existir un autor.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO INTERLOCUTORIO DE 2ª INSTANCIA**

Pereira, veintidós (22) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado por Acta No. 030

Hora:03:15 p.m.

Procesados: YAPM Y OTROS

Delitos: Terrorismo; tentativa de extorsión y tráfico de armas y explosivos de uso privativo de las FF. AA.

Radicado: 66001 60 00 035 2018 01003-02

Asunto: Recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de auto que improbó un preacuerdo

Tema: Prohibición de beneficios para delitos conexos al terrorismo y a la extorsión. Complicidad del “Yo con Yo”.

Decisión: Confirma auto confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, a resolver los sendos recursos de alzada interpuestos por la Defensa en contra de la decisión adoptada por el Juzgado 1º Penal Especializado del Circuito de esta localidad el 30 de julio de 2.020, mediante la cual se improbó un preacuerdo signado entre la Fiscalía y la Defensa, en el devenir de la audiencia preparatoria practicada dentro proceso que se surte en contra de los ciudadanos YAPM Y OTROS, quienes han sido acusados de incurrir en la presunta comisión de los delitos de terrorismo; tentativa de extorsión y tráfico de armas y explosivos de uso privativo de las FF. AA.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con lo consignado en el escrito de acusación, se dice que el ciudadano ANGELMIRO HERNÁNDEZ RESTREPO, quien se dedica al expendio de legumbres en un local ubicado en la Central Mayorista de Alimentos conocida como *“Mercasa”*, en el mes de marzo de 2.018 recibió una llamada telefónica efectuada por unos supuestos miembros del autodenominado grupo insurgente Ejército de Liberación Nacional (ELN), quienes le exigían el pago de la suma de $100 millones de pesos a cambio de no atentar en contra de su vida ni la de ninguno de sus familiares. Como quiera que el Sr. ANGELMIRO HERNÁNDEZ RESTREPO se negó al pago de la exacción, posteriormente le remitieron un mensaje de texto por la red social *WhatsApp* en la que le reiteraban las amenazas en contra de su vida en el evento de no acceder las exigencias de los extorsionistas.

Tales amenazas se hicieron efectivas en horas de la madrugada del 28 de marzo de 2.018, cuando afuera de la residencia del Sr. ANGELMIRO HERNÁNDEZ RESTREPO, ubicada en el barrio *“Belmonte”* de esta localidad, tuvo lugar una fuerte explosión, ocasionada por una granada IM-M26 que fue lanzada por un sujeto que se movilizaba en una motocicleta, lo que causó muchos destrozos en algunos vehículos, así como en los vidrios, las paredes y las tuberías de varias viviendas de ese sector.

Después de ocurrido el atentado, el Sr. ANGELMIRO HERNÁNDEZ recibió una llamada telefónica de una persona que se atribuyó su autoría, quien procedió nuevamente a amedrentarlo para que accediera al pago de sus exigencias económicas.

Al ser enteradas las autoridades de lo acontecido, gracias a las pesquisas adelantadas por la policía judicial, se averiguó que una de las personas presuntamente implicada en la comisión de los delitos era un sujeto que respondía por el remoquete de *(A) “el Negro”*, a quien en el mes de septiembre del 2.017 el Sr. ANGELMIRO HERNÁNDEZ le había vendido un local comercial ubicado en *“Mercasa”*, pero que posteriormente ese negocio se rescindió. Las razones para sospechar de *(A) “el Negro”* se debieron a que los mensajes de texto remitidos por *WhatsApp* provenían del número telefónico que ese personaje le suministró al Sr. ANGELMIRO HERNÁNDEZ.

De igual manera, el Sr. ANGELMIRO HERNÁNDEZ hizo saber a las autoridades que tenía serias sospechas de una persona de nombre *“HENRY”* que laboró con Él, quien posiblemente también podría estar involucrado en los hechos delictivos*.*

Luego que la policía judicial llevara a la cabo las indagaciones del caso, se pudo establecer que posiblemente los ciudadanos YAPM Y OTROS se encontraban seriamente implicados en la comisión de los delitos, razón por la que la Fiscalía acudió ante un Juzgado Penal Municipal, con funciones de Control de Garantías, a fin que se libraran unas órdenes captura y de allanamiento y registroen contra de los aludidos indiciados, las cuales se llevaron a cabo y se hicieron efectivas el 9 de junio de 2.018.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se celebraron el 10 de junio de 2.018 ante el Juzgado 1º Promiscuo Municipal de Belén de Umbría, con funciones de Control de Garantías, en turno de disponibilidad en la ciudad de Pereira, mediante las cuales: a) Se legalizó lo acontecido en las diligencias de allanamiento y registro efectuada en unos inmuebles habitados por los indiciados, así como la orden que para tales fines se libró; b) Se declaró la legalidad de las capturas de los ciudadanos YAPM Y OTROS; c) A los entonces indiciados se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión de los delitos de: I. Terrorismo (artículo 343 C.P.); II. Tráfico de armas y explosivos de uso privativo de las FF. AA. agravado (artículos 365, # 1º y 5º, y 366 C.P.); III. Tentativa de extorsión agravada (artículos 244 y 245, # 3º, C.P.); c) A los Procesados se les definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. El escrito de acusación data del 6 de octubre de 2.018, correspondiéndole el conocimiento al Juzgado 1º Penal Especializado del Circuito de esta localidad, ante el cual el 16 de noviembre de 2.018 se intentó llevar a cabo la audiencia de formulación de la acusación, lo que no fue posible por cuanto la Fiscalía hizo saber que con las partes se habían iniciado una serie de conversaciones que tenían como propósito pactar un preacuerdo.
3. Después de muchos ires y venires, el 20 de marzo de 2.019 se celebró la audiencia de acusación, en la que la Fiscalía le enrostró cargos a los procesados YAPM Y OTROS por incurrir en la presunta comisión de los delitos de: I. Terrorismo (artículo 343 C.P.); II. Tráfico de armas y explosivos de uso privativo de las FF. AA. agravado (artículos 365, # 1º y 5º, y 366 C.P.); III. Tentativa de extorsión agravada (artículos 244 y 245, #3º, C.P.).
4. Al momento de llevarse a cabo la audiencia preparatoria, la que fue programada para el 18 de octubre de 2.019, la Fiscalía le puso en conocimiento al Juzgado Cognoscente que había pactado un preacuerdo con la Defensa, pero previamente el representante del Ente Acusador le hizo saber al Juzgado Cognoscente que en el presente asunto tuvo lugar una vulneración del principio de la prohibición de la doble incriminación, lo que implicaba que debía retirar del pliego acusatorio las circunstancias específicas de agravación punitiva del delito de tentativa de extorsión porque estas correspondían con los cargos endilgados en contra de los acusados por el delito de tráfico de armas y explosivos de uso privativo de las FF. AA.
5. Luego de modificada la acusación, el Fiscal Delegado adujo que el preacuerdo pactado con la Defensa consistía en que el Ente Acusador retiraba las causales específicas de agravación del delito de tráfico de armas y explosivos de uso privativo de las FF. AA. a cambio que los Procesados se declararan responsables de los delitos de terrorismo; tentativa de extorsión y tráfico de armas y explosivos de uso privativo de las FF. AA. para lo cual se pactó una pena de 14 años de prisión, discriminada de la siguiente forma: a) 13,3 años por el delito de terrorismo; b) 6 meses por el delito de tráfico de armas de uso privativo de las FF. AA. c) 1 mes por el delito de tentativa de extorsión[[1]](#footnote-1).
6. Después de escuchar a las partes, quienes, salvo la representante del Ministerio Público, manifestaron su aquiescencia con lo pactado con la Fiscalía, el Juzgado de Conocimiento los convocó a una audiencia celebrada el 1º de noviembre de 2.019, en la que decidió improbar el preacuerdo puesto a su consideración.
7. En contra de la decisión proferida por el Juzgado *A quo* se alzaron tanto la Fiscalía como la Defensa, mientras que la representante del Ministerio Público intervino en calidad de no recurrente.
8. El anterior recurso de alzada fue desatado por la Sala Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial por providencia adiada el 19 de diciembre de 2.019, mediante la cual se confirmó el proveído confutado.
9. Al regresar las actuaciones al Juzgado de primer nivel, el 24 de junio de 2.020 se prosiguió con la audiencia preparatoria, pero la misma se suspendió a petición de las partes, quienes le informaron al Juzgado del Conocimiento que se encontraban en conversaciones para signar un nuevo preacuerdo.
10. El 30 de julio de 2.020 se programó nuevamente la audiencia preparatoria, vista pública en la que la Fiscalía le puso en conocimiento al Juzgado Cognoscente el preacuerdo pactado con la Defensa, el cual consistía en los siguientes términos: a) Los procesados admitían su responsabilidad por la comisión de los delitos de tentativa de extorsión y tráfico de armas y explosivos de uso privativo de las FF. AA. agravado; b) A cambio de dicha admisión de responsabilidad, la Fiscalía, en lo que atañe con el delito de tráfico de armas y explosivos de uso privativo de las FF. AA. agravado, degradará de coautores a cómplices el grado de participación de los procesados, y en consecuencia a cada uno de ellos, por ese delito, se le impondrá una pena de 11 años de prisión; c) En lo que tiene que ver con el delito de tentativa de extorsión, a los procesados no se les reconocerá ninguna contraprestación por la admisión de su responsabilidad, pero como quiera que ellos resarcieron los perjuicios irrogados a la víctima, se harían acreedores de los descuentos punitivos que por indemnización consagra el artículo 269 C.P. d) Respecto del delito de terrorismo, este no será objeto de ningún tipo de negociación, pero la Fiscalía, ante las dudas que tiene sobre su tipicidad, explorará la opción de deprecar una futura y eventual petición de preclusión.
11. El Juzgado de primer improbó el preacuerdo por cuanto este no se ajustaba al cumplimiento de los requisitos legales, lo que suscitó para que en contra de dicha decisión se alzaran los Letrados que representan los intereses de los procesados YAPM Y OTROS.

**LA PROVIDENCIA OPUGNADA:**

Se trata de la providencia interlocutoria proferida por el Juzgado 1º Penal Especializado del Circuito de esta localidad en el devenir de la audiencia preparatoria celebrada el 30 de julio de 2.020, mediante la cual el Juzgado de primer nivel improbó un preacuerdo signado entre la Fiscalía y la Defensa.

Los argumentos invocados por el Juzgado de primer nivel para no imprimirle aprobación al preacuerdo suscrito entre las partes, se sustentaron en argüir que el mismo no se ajustaba al cumplimiento de los requisitos de ley por cuanto:

* El preacuerdo se celebró a espaldas de la víctima, quien, pese a que no tiene derecho al veto, debe ser informado o enterado de lo pactado entre las partes, lo cual en momento alguno tuvo lugar en el presente asunto, porque la persona designada por la Fiscalía como apoderado de la víctima no ha podido ponerse en contacto con su apadrinado, debido a que el Ente Acusador no se ha dignado en suministrarle un número telefónico para que pueda tener contacto con ella.
* El preacuerdo contraría las prohibiciones consagradas en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2.006, por cuanto existe una relación de conexidad entre el delito de extorsión y el injusto de tráfico de armas y explosivos de uso privativo de las FF. AA. ya que este último delito se utilizó como medio para la perpetración de la exacción.
* En el preacuerdo se cometieron los mismos yerros en los que incurrieron las partes en el otro convenio que en el pasado no fue aprobado por la Judicatura.

**LAS ALZADAS:**

Al expresar su inconformidad con lo resuelto y decidido por el Juzgado de primer nivel, los apoderados de los procesados YAPM Y OTROS, al unísono, adujeron que lo preacordado, en lo que atañe con la existencia de prohibiciones y beneficios, debía analizarse acorde con el contenido del artículo 29 y el preámbulo de la Carta en consonancia con lo que en tales términos dijo en el pasado la Sala Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, de lo cual se extraía que en el presente asunto no se cumplían los requisitos necesarios para la adecuación ni la consumación del delito de terrorismo.

Ante tal situación, expusieron los apelantes que era obvio que no podía existir una relación de conexidad de medio a fin entre los delitos objeto de la negociación y el reato de terrorismo, lo que implicaba que no procedían las prohibiciones que frente al fenómeno de la conexidad se encontraban consagradas en la ley # 1121 de 2.006, y que, por ende, el Juzgado de primer nivel debió impartirle aprobación a lo acordado entre las partes.

**LAS RÉPLICAS:**

**- La Fiscalía** expuso que si se analizaba el presente asunto a la luz de las normas procesales que regulan el tema de los preacuerdos, era obvio que no procedía la prohibición por conexidad consagrada en la Ley 1121 de 2.006. De igual manera, el Fiscal Delegado adujo que en momento alguno la víctima fue ignorada, por cuanto siempre hubo un contacto directo con ella, el que se dio por intermedio del investigador líder.

**- El apoderado de las víctimas,** adujo que pese a ser cierto que como consecuencia de lo dictaminado por unos peritos tuvo lugar el fenómeno de la indemnización de los perjuicios, de todas maneras su representado no ha tenido conocimiento de lo acontecido.

**- La representante del Ministerio Público**, solicitó la confirmación del proveído confutado, porque en lo que tenía que ver con las prohibiciones legales, en esencia se estaba en presencia del mismo preacuerdo que fue improbado en el pasado. Además, era un hecho cierto e indiscutible el consistente en que el preacuerdo se hizo a espaldas de las víctimas, quienes fueron ignoradas.

Asimismo, expuso la no recurrente que los apelantes mal entendieron lo que esta Corporación había resuelto en el pasado, ya que en dicho proveído no se dijo nada de la atipicidad del delito de terrorismo, sino que se hizo mención fue de la eventual existencia de un concurso aparente de delitos, frente al cual la Fiscalía no ofreció ningún tipo de solución en su intervención.

**- La Defensa del procesado HENRY ALCIDES LEMUS MOSQUERA,** expuso que ellos sí contactaron a la víctima para informarle lo del preacuerdo, pero que dicho sujeto ha asumido una actitud caprichosa al hacerse el desentendido. Igualmente, la no recurrente expuso que con lo preacordado lo único que se hizo fue seguir los parámetros trazados por parte de la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial respecto de lo dicho sobre el concurso aparente de tipo habido entre los delitos de terrorismo y extorsión.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Según lo establecido en el numeral 1º del artículo 34 C.P.P., esta Corporación, en su Sala Penal de Decisión, es la competente para asumir el conocimiento de la presente alzada, no sin antes declarar que hasta ahora no se avizora nulidad alguna que haga inválida la actuación.

**- Problema Jurídico:**

De lo expuesto en las tesis invocadas por los recurrentes al momento de sustentar las alzadas, a juicio de la Sala se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Se cumplían o no en el presente asunto todos los presupuestos necesarios para que la Judicatura pudiera impartirle aprobación al preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y la Defensa en el devenir de la audiencia preparatoria celebrada el 30 de julio de 2.020?

* **Solución:**

Al efectuar un análisis del contenido de la controversia que ha dado lugar al problema jurídico puesto a consideración de la Colegiatura, observa la Sala que en esencia la misma gira en torno a determinar si el preacuerdo puesto a consideración se encontraba o no acorde con los lineamientos trazados por esta Corporación cuando en un pasado reciente, mediante proveído del 19 de diciembre de 2.019 desató, confirmando, unos recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía y la Defensa en contra de una providencia proferida el 1º de noviembre de 2.019 por el Juzgado de primer nivel, en la que no se le impartió aprobación a un preacuerdo suscrito entre aquellas, en el que los procesados admitían su responsabilidad a cambio que la Fiscalía retirara del pliego acusatorio las circunstancias específicas de agravación punitiva del delito de tentativa de extorsión, e igualmente el Ente Acusador hiciera lo mismo con las causales específicas de agravación punitiva del delito de tráfico de armas y explosivos de uso privativo de las FF. AA., para lo cual se pactó una pena de 14 años de prisión.

Es de resaltar que mientras el Juzgado *A quo*, secundado por la representante del Ministerio Público, son de la opinión consistente en que las partes han tenido un mal entendimiento de lo decidido en el pasado por parte de está Colegiatura, y por ende con lo acordado no hicieron nada nuevo, por cuanto volvieron a cometer los mismos yerros que en el pasado incidieron para que no se improbara el inicial preacuerdo, todo ello a su vez ha sido refutado por los apelantes, quienes al unísono adujeron que lo estipulado con la Fiscalía se encuentra en consonancia con lo que esta Sala resolvió en el pasado sobre el delito de terrorismo, lo que en últimas implicaba que el Juzgado de primer nivel debía impartirle la correspondiente aprobación al preacuerdo, porque no tenían eficacia las prohibiciones que en materia de conexidad regula la Ley 1.121 de 2.006.

Frente a la anterior controversia, la Sala dirá, tal como lo adujó tanto el Juzgado de primer como la representante del Ministerio Público, que los apelantes han tenido un mal entendimiento y una errónea compresión de lo que se dijo en la aludida providencia interlocutoria adiada el 19 de diciembre de 2.019, por cuanto en dicho proveído ***jamás de los jamases*** se dijo que era atípica la conducta presuntamente enrostrada en contra de los procesados por incurrir en el delito de terrorismo, porque lo que en verdad se dijo es que se estaba en presencia de una típica conexidad sustancial entre los delitos de terrorismo (artículo 343 C.P.); tráfico agravado de armas y explosivos de uso privativo de las FF. AA. (artículos 365, # 1º y 5º, y 366 C.P.) y tentativa de extorsión agravada (artículos 244 y 245, # 3º, C.P.), al existir una relación de medio a fin entre los dos primeros reatos y el último, por cuanto, acorde con la teoría del caso propuesta por la Fiscalía, no existía duda alguna que los procesados presuntamente se valieron de maniobras terroristas, entre las que estaba el empleo de un explosivo, para procurar pretender doblegar la voluntad de la víctima, y así conseguir que accediera a la exacción.

Tal situación de conexidad sustancial, acorde con lo reglado en el artículo 26 de la Ley 1.121 de 2.006, conspiraba de manera negativa con la aprobación del preacuerdo, siendo esa una de las principales razones por las cuales la Sala, mediante el aludido proveído del 19 de diciembre de 2.019, decidió confirmar la providencia opugnada.

Es de resaltar que tal prohibición aún se encuentra vigente, y bien hizo el Juzgado de primer nivel en improbar el preacuerdo, porque lo acordado entre las partes cobijaba un delito destinatario de tales prohibiciones: el de extorsión, el cual, según se desprende de lo consignado por la Fiscalía en la acusación, se debe considerar como conexo con el reato de tráfico agravado de armas y explosivos de uso privativo de las FF. AA. por existir entre ambos delitos una relación de medio a fin conocida por la doctrina como conexidad ideológica o teleológica.

De igual manera, es necesario dejar en claro que ***nunca, jamás de los jamases*** en la providencia de 2ª instancia del 19 de diciembre de 2.019, esta Corporación dijo que se debían considerar como atípicos los cargos enrostrados en contra de los procesados por incurrir en la presunta comisión del delito de terrorismo, lo que es una soberana falacia porque lo que se acotó en ese proveído fue sobre la eventual existencia de un concurso aparente de tipos en lo que tenía que ver con el delito de tráfico de armas y explosivos de uso privativo de las FF. AA. con unos agravantes específicos del delito de extorsión que le fueron enrostrados a los acusados.

En tal sentido, la Sala en esa oportunidad dijo:

“Lo que la Fiscalía irregularmente quiso hacer cuando pretendió excluir de la acusación las circunstancias específicas de agravación punitiva del delito de tentativa de extorsión consagradas en los artículos 244 y 245, #3º, C.P. que habían sido endilgadas a los Procesados, considera la Sala que quizás lo que el Ente Acusador quiso decir es que en lo que atañe con dichos agravantes específicos posiblemente se podría presentar un concurso aparente de delitos, porque si esas circunstancias específicas de agravación punitiva están relacionadas con la hipótesis consistente en que *«si el constreñimiento se hace consistir en amenaza de ejecutar muerte, lesión o secuestro, o acto del cual pueda derivarse calamidad, infortunio o* ***peligro común****…»*, y si a ello le adicionamos que el delito de tráfico de armas de fuego de uso privativo de las FF. AA se encuentra incluido dentro del Capítulo II del Título XIII del Código Penal que regula «LOS DELITOS DE PELIGRO COMUN O QUE PUEDEN OCASIONAR GRAVE PERJUICIO PARA LA COMUNIDAD Y OTRAS INFRACCIONES…», se podría concluir que posiblemente se está en presencia de un concurso aparente de tipos el cual se presenta cuando *«una misma conducta parece simultáneamente encuadrarse en dos tipo penales diversos y excluyentes, de tal manera que el juez, no pudiendo coetáneamente aplicarlos sin violar el principio non bis in ídem, debe resolver concretamente a cuál de ellos se adecua exclusivamente el caso en estudio….»* Lo que pudo ocurrir en el presente asunto, porque las circunstancias específicas de agravación punitiva pregonadas del delito de extorsión endilgadas a los Procesados, de una u otra forma podrían integrar los elementos necesarios para la adecuación típica del delito de tráfico de armas de fuego de uso privativo de las FF. AA en especial cuando el objeto material del delito, o sea el instrumento bélico traficado o portado, consiste en un explosivo, cuya activación generaría un peligro común para la colectividad.

Pero es de anotar, como bien lo adujo el Juzgado *A quo*, que la Fiscalía no cumplió cabalmente con la carga argumentativa que le asistía de demostrar la existencia del concurso aparente de tipos, ni nada dijo respecto de las herramientas hermenéuticas que se debían utilizar para resolver dicho concurso aparente…”[[2]](#footnote-2).

Como se podrá colegir, para la Sala no existe duda alguna que ha habido un mal entendimiento por parte de los recurrentes respecto de lo que esta Colegiatura decidió en la mencionada providencia interlocutoria adiada el 19 de diciembre de 2.019, porque, se reitera, en dicho proveído ***jamás de los jamases*** se dijo que eran atípicos los cargos endilgados en contra de los procesados por incurrir en la presunta comisión del delito de terrorismo, porque lo que en verdad se dijo fue sobre un eventual concurso aparente de tipos entre el delito de tráfico de armas y explosivos de uso privativo de las FF. AA. y uno de los agravantes específicos del delito de extorsión tentada, el cual debería ser resuelto por la Fiscalía acorde con las herramientas hermenéuticas existentes para la solución de esa clase de conflictos, pero que al parecer, por desgracia, el Fiscal Delegado no lo hizo en el devenir de la vista pública celebrada el 30 de julio de 2.020.

Sumado a lo anterior, la Sala no puede desconocer que existían otras plausibles razones que conspiraban en contra de la aprobación del preacuerdo, como de manera atinada lo hizo el Juzgado de primer nivel, por cuanto:

1. Es un hecho cierto e indubitable el consistente en que el preacuerdo se celebró a espaldas de la víctima, la cual desconocía el contenido de lo estipulado entre la Fiscalía y la Defensa, como bien se desprende de todo lo acontecido en el devenir de la audiencia realizada el 30 de julio de 2.020, en donde se avizora que la persona designada por la Fiscalía como representante de la víctima, en momento alguno ha podido ponerse en contacto con el Sr. ANGELMIRO HERNÁNDEZ RESTREPO, e igualmente que desconocía lo conceptuado por unos peritos sobre la tasación de los perjuicios causados al agraviado, y la indemnización de los mismos por parte de los procesados.

Lo acontecido en el presente asunto desconocía tajantemente lo que ha dicho la Corte Constitucional, a partir de la sentencia # C-516 de 2.007, sobre el derecho que les asiste a las víctimas a intervenir en los preacuerdos y negociaciones con poder de afectar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, sin que su oposición pueda ser considerada como un veto que incida en la no aprobación del preacuerdo. En tal sentido, la Corte ha dicho:

“La Corte, atendiendo la postulación del Ministerio Público, encuentra necesario llamar la atención de fiscales y jueces respecto de lo necesario que se torna que, previo a realizar acuerdos y avalar los mismos, la víctima del delito sea escuchada.

Bastante tinta, en la Constitución, la ley, la jurisprudencia y la doctrina, ha corrido en los últimos lustros sobre las condiciones especiales de que debe rodearse a la víctima dentro del proceso penal, en aras de su protección y el restablecimiento de sus derechos a la verdad, justicia, reparación integral y garantía de no repetición. En modo alguno pueden desconocerse esas potestades irrenunciables, que, por el contrario, deben consolidarse y reforzarse cada día.

De ello deriva que, tratándose de situaciones de terminación anticipada del proceso, la Fiscalía tiene la carga ineludible de contar con la participación activa del sujeto pasivo del delito en las actas de preacuerdo y dejar expresa constancia de sus pretensiones.

En modo alguno se trata de que el convenio quede supeditado a la voluntad de la víctima, sino que se cumpla con el deber de escucharla y dejar plasmadas sus pretensiones.

Lo anterior se torna más exigente cuando se trata de situaciones en donde las partes convienen pedir al juez conceda descuentos punitivos relacionados con la reparación integral de las víctimas, como que tal estipulación debe partir de la acreditación necesaria precisamente de que aquellas han sido indemnizadas por todos los daños y perjuicios, materiales y morales, causados con la infracción…”[[3]](#footnote-3).

En síntesis, al ser ignorada la opinión de la víctima en el proceso de aprobación del preacuerdo, para la Sala no existe duda alguna que tal situación conspiraba de manera negativa en contra de la respectiva aprobación del mismo.

1. Como bien se sabe, uno de los temas incluidos en el preacuerdo fue la degradación a cómplice del grado de participación de un grupo de personas que fueron acusadas como presuntas coautoras de la comisión de un delito. Frente a la legalidad de dichas estipulaciones, la Sala es de la opinión consistente en que lo acordado entre las partes carece de un supuesto fáctico que lo respalde, lo que en últimas desconocería el núcleo de los cargos imputados o acusados[[4]](#footnote-4), por cuanto, si los procesados fueron acusados por incurrir a título de coautores, en la presunta comisión del delito de tráfico de armas y explosivos de uso privativo de las FF. AA., y unas de las compensaciones que la Fiscalía le otorgó a los encausados, por aceptar los cargos endilgados por ese delito consistió en degradar de coautores a cómplice el grado de participación de los procesados, ello sería el germen de un imposible jurídico en virtud del cual todos los procesados, sin que existiera un autor, serían cómplices de ellos mismos, lo que, se reitera, no es factible, por cuanto la complicidad es una figura accesoria de la autoría, por lo que para que exista un cómplice necesariamente debería existir un autor.

De igual manera, la Sala no puede pasar por alto que lo estipulado carece de base fáctica que lo respalde, así sea de manera endeble, como bien lo ha expresado la Corte de la siguiente manera:

“A la luz de lo expuesto por la Corte Constitucional en la referida sentencia de unificación, que retoma con amplitud lo decidido por esa misma Corporación en la sentencia C-1260 de 2005, este tipo de acuerdos no son posibles, porque el fiscal debe introducir la calificación jurídica que corresponda a los hechos jurídicamente relevantes.

(:::)

En este orden de ideas, a la pregunta de si los fiscales, en el ámbito de los preacuerdos, están habilitados para conceder beneficios sin límite a los procesados a través de la modalidad de cambio de calificación jurídica sin base fáctica, la respuesta es negativa…”[[5]](#footnote-5).

Acorde con los anteriores argumentos, la Sala válidamente puede concluir que no les asiste la razón a los reproches formulados por los apelantes en contra de lo resuelto y decidido por el Juzgado *A quo,* quien estuvo atinado al no impartirle aprobación al preacuerdo pactado entre la Fiscalía y la Defensa.

Siendo así las cosas, la Sala confirmará la providencia confutada.

Como anotación final se indicará que la notificación de la presente decisión no se realizará en audiencia como lo establece la norma procesal penal, esto en atención a la situación de amenaza de contagio generada por la propagación del virus COVID-19, y siguiendo lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y en lo consignado en el Decreto 417 de 2.020, en el que se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus; el Decreto 457 de 2.020 que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, y el Decreto 806 de 2.020, que reguló la forma como se deben notificar los fallos, y los posteriores decretos y acuerdos que ampliaron las normas en cita, se tiene que tales normas obligan a que la presente decisión se le deba notificar a las partes e interesados vía correo electrónico por intermedio de la Secretaría.

En mérito de lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** el proveído proferido por el Juzgado 1º Penal Especializado del Circuito de esta localidad en la audiencia celebrada el 30 de julio de 2.020, mediante el cual se improbó un preacuerdo pactado entre la Fiscalía y la Defensa.

**SEGUNDO: DISPONER** que en atención a la situación de amenaza de contagio generada por la propagación del virus COVID-19, y siguiendo lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y en lo consignado en el Decreto 417 de 2.020, en el que se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus; el Decreto 457 de 2.020 que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, y el Decreto 806 de 2.020, que reguló la forma como se deben notificar los fallos, y los posteriores decretos y acuerdos que ampliaron las normas en cita, se tiene que tales normas obligan a que la presente decisión se le deba notificar a las partes e interesados vía correo electrónico por intermedio de la Secretaría.

**TERCERO:** **DECLARAR** que contra la presente decisión no procede recurso alguno, por ende, se **ORDENA** devolver el expediente al Despacho de origen para que se continúe con los trámites dentro de la causa penal.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

***CON DECLARATORIA DE IMPEDIMENTO***

**LUZ STELLA GUTIÉRREZ RAMÍREZ**

Magistrada

1. Pena que fue tasada en ese monto porque los perjuicios causados a la víctima fueron avaluados por una perito en la suma de $3.750.978 por concepto de: a) Daño emergente: $3.455.000,oo; b) Lucro cesante: $295.978,oo; los cuales, según decir de la Fiscalía, los Procesados estaban dispuestos a resarcir. [↑](#footnote-ref-1)
2. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal: Auto interlocutorio de 2ª instancia del 19 de diciembre de 2.019. Rad. # 660016000035201801003-01. M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 10 de diciembre de 2.014. SP16816-2014. Rad. # 43.959. M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional: Sentencia SU-479 del 15 de octubre de 2019. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 08 de julio del 2.020. SP2295-2020. Rad. # 50659. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 24 de junio de 2.020. Radicación N° 52.227. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. [↑](#footnote-ref-5)