

Proceso: 110016000 1012021-50029
Delito: Concierto para delinquir agravado y utilización de asunto sometido a secreto o reserva.
Imputados: Gustavo Amedt Restrepo Ortiz y Mauricio de Jesús Morales Múnera
Procedencia: Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de Medellín
Objeto: Apelación sentencia de condena por preacuerdo
Decisión: Decreta nulidad
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Auto Nro. 024-2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA DÉCIMO TERCERA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dos (02) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Proyecto aprobado según acta Nro. 117

VISTOS

Resuelve el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por el acusado Mauricio de Jesús Morales Múnera, su defensor y la delegada del Ministerio Público en contra de la sentencia de condena proferida por la Juez 1ª Penal del Circuito Especializada de Medellín, el 22 de abril pasado, como resultado de preacuerdo suscrito entre fiscalía y acusados.

I. ANTECEDENTES FÁCTICOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.Los primeros fueron descritos en el fallo recurrido en los siguientes términos:

*Tribunal Superior de Medellín
Sala Décimo Tercera de Decisión Penal
Radicado 110016000101 2021-50029
Gustavo Amedt Restrepo Ortiz
Mauricio de Jesús Morales Múnera*

Gustavo Amedt Restrepo Ortiz, se desempeñó como asistente de fiscal III, en el despacho 71 especializado DEECOC sede Medellín, y en razón a ello tenía total acceso a la información que reposa en cada una de las investigaciones a cargo de ese despacho.

El señor Mauricio de Jesús Morales Múnera, ha ejercido como abogado, en desarrollo de varios procesos penales seguidos contra algunos miembros de organizaciones delincuenciales que operan en el Valle de Aburrá.

Según acuerdo implícito entre Gustavo y Mauricio, durante el primer semestre del 2021 como mínimo, se ha perjudicado enormemente el bien jurídico de la seguridad pública. Este acuerdo tenía vocación de permanencia, porque cada uno cumplía un rol en el entramado delictivo, el primero, por el cargo desempeñado suministró información reservada propia de investigaciones adelantadas por la fiscalía general de la nación, y el segundo, establecía contactos con otras autoridades y proporcionó a miembros de organizaciones criminales la información obtenida, con el único objeto de que estos evadieran la acción de las autoridades y siguieran delinquirando.

Más allá de otros sucesos que pudieran presentarse, a través de diferentes labores de indagación, se lograron acreditar las siguientes situaciones, de fecha 26 de marzo de 2021.

En el radicado 050016000206201714534, investigación en contra de Juan Felipe Ibarra, miembro de la organización delictiva LAS CHATAS, se habló sobre la prórroga de una orden de captura, asunto de carácter reservado, y se evidenció el interés de Mauricio y Gustavo para que esta, la cual próximamente debía prorrogarse por parte de la fiscalía, se venciera intencionalmente.

En el radicado 050016099029201600091, investigación seguida contra miembros del Grupo Armado la Terraza, se comentó el proferimiento ese día 26 de marzo, de 5 órdenes de captura (asunto de carácter reservado), y se avizó el decidido interés de Gustavo y Mauricio para que aquellos evadieran a las autoridades policiales.

2.Las audiencias preliminares de control de legalidad, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, se llevaron a cabo el 11 de agosto de 2021, ante el Juzgado 41 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín. A Gustavo Amedt Restrepo Ortiz le fueron imputadas las conductas de utilización de asunto sometido a secreto o reserva (art. 419 del C.P.) en calidad de autor, en concurso homogéneo y sucesivo en dos oportunidades, a su vez en concurso heterogéneo y simultáneo con la de concierto para delinquir agravado (art. 340 incisos 2 y 3 ibidem). En relación con Mauricio de Jesús Morales Múnera las conductas

*Tribunal Superior de Medellín
Sala Décimo Tercera de Decisión Penal
Radicado 110016000101 2021-50029
Gustavo Amedt Restrepo Ortiz
Mauricio de Jesús Morales Múnera*

imputadas fueron las de utilización de asunto sometido a secreto o reserva (art. 419 del C.P.) en calidad de interviniente, en concurso homogéneo y sucesivo en dos oportunidades, a su vez en concurso heterogéneo y simultáneo con la de concierto para delinquir agravado (art. 340 incisos 2 y 3 ibidem). Los imputados no se allanaron a los cargos. A Gustavo Amedt se le impuso medida de aseguramiento de detención domiciliaria, mientras que a Mauricio de Jesús le fue impuesta detención preventiva intramural.

3. En audiencia de formulación de acusación realizada el 11 de noviembre de 2021, la Fiscalía 105 Especializada informó haber llegado a un acuerdo con los imputados Gustavo Amedt Restrepo Ortiz y Mauricio de Jesús Morales Múnera, no obstante, antes de exponer los términos del mismo, advirtió que realizó una modificación al escrito de acusación respecto del delito de concierto para delinquir agravado, el cual no era producto del acuerdo entre las partes, sino de una readecuación típica, pues al momento de formular imputación lo hizo por el inciso 2° del art. 340 del C.P., pero, luego de un análisis en conjunto de los elementos de convicción pudo inferir que tal inciso no estaba acreditado, ya que a pesar de haber existido un acuerdo para cometer delitos, éstos fueron de carácter indeterminado y no en contra de la administración pública; por tanto, las conductas atribuidas a los procesados serían las de utilización de asunto sometido a secreto o reserva y concierto para delinquir simple respecto del procesado Morales Múnera, frente a Restrepo Ortiz serían las mismas conductas, pero él último agravado por el inciso 3° del C.P.

Posteriormente, la Fiscalía procedió a presentar los términos del preacuerdo, el cual consistía en que Gustavo Amedt Restrepo Ortiz y Mauricio de Jesús Morales Múnera, aceptaban de manera libre, consciente y voluntaria, y asistidos por sus defensores, su participación en el delito de utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva a título de autor, el primero y de interviniente, el segundo.

Tribunal Superior de Medellín
Sala Décimo Tercera de Decisión Penal
Radicado 110016000101 2021-50029
Gustavo Amedt Restrepo Ortiz
Mauricio de Jesús Morales Múnera

En lo relativo al delito de concierto para delinquir, resaltó que de conformidad con lo preceptuado en los art. 350 y 351 del C. de P.P y la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la Fiscalía General de la Nación, para efectos punitivos, degradaba la participación de autores a cómplices.

Así las cosas, explicó que la conducta atribuida a Mauricio Morales Múnera es la contenida en el art. 340 del C.P que establece una pena de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses de prisión y con la rebaja quedaría entre veinticuatro (24) a noventa (90) meses, por lo que se le fijó una pena de treinta y dos (32) meses de prisión, atendiendo a que en su calidad de abogado permeó y cooptó a un servidor público de la Fiscalía para obtener información reservada, con el objeto de favorecer a miembros de organizaciones delincuenciales para que evadieran el control de las autoridades.

Frente a Gustavo Amedt Restrepo, recordó que la conducta típica atribuida es la contenida en el art. 340 inciso 3° del C.P que contempla una pena de setenta y dos (72) a ciento sesenta y dos (162) meses de prisión, y con la rebaja en virtud del preacuerdo quedaría de treinta y seis (36) a ciento treinta y cinco (135) meses, fijándose una pena de treinta y ocho (38) meses de prisión, pues, como servidor público, tenía un mayor grado de responsabilidad en el manejo de la información y prestó su colaboración a integrantes de organizaciones delincuenciales objeto de investigación. Ambos serían acreedores a la pena de multa de que trata el art. 419 del C.P.

Mauricio de Jesús Morales Múnera y su defensor avalaron los términos del preacuerdo y el primero reconoció que la aceptación de su responsabilidad era libre, consiente, voluntaria. La *a quo* suspendió la diligencia ante la ausencia de Gustavo Amedt Restrepo.

El 3 de diciembre último, Gustavo Amedt Restrepo, en el mismo sentido que el anterior, dijo conocer y aceptar los términos de preacuerdo presentado por la

fiscalía. Sin embargo, el Ministerio Público se opuso a la concreción del preacuerdo. La judicatura de primera instancia aprobó el preacuerdo, decisión que fue recurrida por la delegada de la Procuraduría, recurso que esta instancia en decisión mayoritaria se abstuvo de conocer ordenando proseguir con la actuación.

4. La *a quo* acogió los términos del acuerdo e impuso las siguientes condenas:

A Mauricio de Jesús Morales Múnera la pena de 32 meses de prisión y multa de 3 SMLMV como autor de concierto para delinquir (art.340 C.P.) e interviniente de un concurso homogéneo y sucesivo de utilización de asunto sometido a secreto o reserva (art. 419 ibidem); a Gustavo Amedt Restrepo Ortiz la pena de 38 meses de prisión y multa de 3 SMLMV como autor de concierto para delinquir y de en un concurso homogéneo y sucesivo de utilización de asunto sometido a secreto o reserva. Les impuso además la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por los lapsos de las penas privativas de la libertad a cada uno impuesta. Les negó la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia. A Gustavo Amedt Restrepo Ortiz le sustituyó la prisión por domiciliaria por enfermedad grave, mientras que a Mauricio de Jesús Morales Múnera le negó la prisión domiciliaria.

La delegada del Ministerio Público, la defensa de Mauricio de Jesús Morales Múnera y este mismo ciudadano apelaron la decisión.

II. LA DECISIÓN OBJETO DE RECURSO

La juez de instancia acogió los términos del preacuerdo entre las partes. Frente al reparo de la delegada del Ministerio Público en el sentido de que el ajuste o variación que hizo la fiscalía de la calificación jurídica provisional de la conducta no era procedente, manifestó que dentro de las facultades de la fiscalía está la de, previo a

realizar la formulación de acusación, realizar ajustes a la calificación jurídica otorgada a los hechos jurídicamente relevantes, tal como aconteció en esta oportunidad y que la facultad del juez frente a esas modificaciones no va más allá de la verificación de los requisitos formales. Adicionalmente ese ajuste resultó respetuoso de los hechos jurídicamente relevantes, pues la fiscalía despojó a la calificación inicial respecto del concierto para delinquir, de la agravante de que trata el inciso segundo del artículo 340, pues dijo no contar con elemento de juicio que le permitiera concluir que el consenso tuvo como objeto, única y exclusivamente, la ejecución de delincuencias contra la administración pública. Así, la modificación no significó un desconocimiento de bulto del principio de tipicidad. Adicionalmente, la decisión se ajusta a las pautas que recientemente ha decantado la jurisprudencia en el sentido de que lo acordado solo opera para efectos de disminución en la punibilidad y la condena se profiere por las conductas realmente ejecutadas.

Al dosificar la pena de multa respondió al defensor que la facultad para la determinación de su monto estaba radicada en cabeza del juez, no de las partes, particularmente porque este tópico no fue objeto de preacuerdo. Adicionalmente que dicho instituto opera respecto de conductas que solo se sancionan con pena de multa y en este caso el punible objeto de condena es sancionado además con pena principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

III. DE LOS RECURSOS

1. La delegada del Ministerio Público, recurrió la decisión al considerar que el cambio de calificación jurídica a que acudió la fiscalía no corresponde a la hipótesis inicialmente trazada por esa parte desde la audiencia de imputación, la que justificó incluso la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva intramural. Manifestó que los medios de conocimiento que sirvieron a la fiscalía para

imputar un reato específico no se mutaron durante la investigación, razón por la cual debió suceder lo propio con la calificación jurídica inicial.

Al aprobar el preacuerdo en esas condiciones, dijo, se quebranta el principio de legalidad y se desprestigia la administración de justicia, pues la pena para la imputación correcta parte de 12 años de prisión, mientras que para la que resultó de la variación parte de 8 años de prisión. Además quedó demostrado que el objeto del consenso criminal no era otro que la ejecución de conductas contra la administración de justicia. Considera que la *a quo* no analizó los medios de prueba puestos a su disposición, pues de haberlo hecho habría llegado a la conclusión que ella postula. Dijo que no pretendía un control material de la acusación sino invocar un desconocimiento de garantías fundamentales por haberse perjudicado el bien jurídico de la seguridad pública. Añadió que la *a quo* desconoció el precedente constitucional plasmado en la sentencia SU-479 de 2019, por lo cual solicitó se anule el preacuerdo para que el proceso siga su curso ordinario.

2.La defensa de Mauricio de Jesús Morales Múnera cuestionó la no concesión de la oblación como forma de extinción de la acción penal en punto del delito de utilización de asunto sometido a secreto o reserva. Dijo que la juez desconoció el tenor del artículo 447 cuando señala que las partes podrán referirse a la probable determinación de la pena aplicable y a la concesión de algún subrogado, tenor del cual se valió para establecer por sí mismo la pena de multa a imponer y cancelarla a fin de obtener la extinción de la acción por oblación. Adicionalmente dijo que la norma que refiere el requisito de que la conducta sea sancionada solo con multa, enfatiza que la conducta punible, no el tipo penal, debe ser sancionado con multa exclusivamente. Para el caso, conducta no equivale a tipo penal, pues se trata de un concepto que abarca tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. De esa diferenciación surge que el sentenciado fungió como interviniente, no coautor, pues carece de la condición de

*Tribunal Superior de Medellín
Sala Décimo Tercera de Decisión Penal
Radicado 110016000101 2021-50029
Gustavo Amedt Restrepo Ortiz
Mauricio de Jesús Morales Múnera*

servidor público y por ello no puede ser sancionado con pérdida del empleo. Así, la pena en este delito para el interviniente es sólo la multa.

Añadió que la solicitud de oblación no constituye una retractación del preacuerdo, pues esta opera pagando el valor de la multa que se impone con la sentencia, luego resulta errónea la asimilación a que acude la judicatura. Como corolario de lo anterior solicita se declare la extinción de la acción por oblación respecto del delito sancionado con multa y como consecuencia de ello, se otorgue la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia, pues la única razón para haberla negado nace de la calidad de delito contra la administración pública que ostenta la conducta de que trata el artículo 419 del C.P.

En relación con los subrogados penales, dijo que el artículo 68 A está ubicado en el capítulo tercero, denominado de los mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad, que hace parte del título de las consecuencias jurídicas de la conducta punible. De lo anterior se deriva que el contenido normativo está dirigido a las conductas que se sancionan con pena de prisión, no a aquellos que se castigan con multa. Destacó cómo, las normas contenidas en este capítulo siempre hacen una referencia al monto de la pena de prisión impuesta o por imponer. Resaltó además, que cuando el legislador quiso incluir un delito sancionado con multa lo hizo de manera expresa, con el de utilización indebida de información privilegiada, inclusión con la cual se reafirma que la norma estuvo dirigida a los delitos sancionados con pena de prisión. Los únicos beneficios que procederían respecto de este delito, son la amortización a plazos o mediante trabajo del valor de la multa.

La suspensión condicional de la ejecución de la sentencia tiene que mirarse respecto del delito de concierto para delinquir, que no se encuentra enlistado en el artículo 68A del C.P., por lo cual debe acudirse únicamente al artículo 63 ibidem, que consagra

requisitos que cumple a cabalidad el sentenciado. Por lo anterior, solicitó se revoque la negativa a conceder la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia.

De la atenuación punitiva de la multa, el tercer reparo que planteó la defensa, dijo que la *a quo* omitió aplicarle el descuento derivado de la condición de interviniente en que fue sancionado su cliente. A la pena de 3 SMLMV debió rebajarle una cuarta parte en los términos de que trata el inciso final del artículo 30 del C.P. En ese orden, los \$2.725.578 en que valoró la multa debieron ser en realidad \$2.044.183.50.

En conclusión, solicita se acceda a la oblación, se conceda la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia y se rebaje la pena de multa.

3.El ciudadano Mauricio de Jesús Morales Múnera centró su inconformidad con la sentencia recurrida en los siguientes aspectos: Replicó los argumentos de su mandatario judicial en punto de la procedencia de la extinción de la acción por oblación respecto del punible sancionado con pena de multa. Agregó que ésta se ubicó por sobre el primer cuarto de movilidad punitiva, violando el principio de legalidad de la pena. Hizo lo propio respecto de los argumentos dirigidos a obtener la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia.

También criticó que no se le haya aplicado el mismo racero que se aplicó a su coprocesado en la dosificación de la pena, pues a él por el concurso se le incrementó la sanción en 8 meses, mientras que a su compañero de causa solo en 2 meses, sin justificación alguna. Pidió en consecuencia se anulara la actuación para que se le otorgara el mismo tratamiento que a su compañero de causa. En subsidio, que se readeque la pena por el art. 419 y se declare la oblación. En última instancia, que se le conceda la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia.

IV. DE LOS NO RECURRENTES

1.La Fiscalía como no recurrente, frente al recurso interpuesto por el Ministerio Público, dijo que en las audiencias preliminares, se hizo traslado parcial de elementos materiales probatorios, sugirió que la valoración más detallada de la totalidad de aquellos permitió variar la calificación jurídica de la conducta, sin modificar la imputación fáctica, todo en respeto del principio de estricta tipicidad. Añadió que no encontró suficientemente respaldada la agravante, que el hecho de haber imputado dos delitos contra la administración pública no estructuraba de manera irrefutable la agravante. No se probó que el acuerdo haya tenido como objeto la ejecución exclusiva de delitos de aquella naturaleza. Pidió confirmar la decisión.

En punto del recurso interpuesto por la defensa de Morales Múnera, avaló el criterio de la falladora respecto de la improcedencia de la oblación, pues la norma infringida contiene dos sanciones principales.

Finalmente frente a la inconformidad expresada por el sentenciado Morales Múnera, dijo que las penas no pueden imponerse de la misma manera a dos sentenciados. Agregó que el mayor reproche respecto de Restrepo Ortiz está representado en la pérdida del empleo, sanción que no abarca al censor. Finalmente señaló que el acusado siempre estuvo al tanto del tenor del preacuerdo, luego no le es dable cuestionarlo a estas alturas del proceso. Finalmente dijo que la competencia para pronunciarse sobre la oblación recae en los jueces de ejecución de penas, no en los de conocimiento.

2.La defensa técnica de Morales Múnera, dijo que el preacuerdo debe mantenerse pues la fiscalía no tenía cómo demostrar la agravante del concierto para delinquir, circunstancia que no fue objeto de la negociación, sino de variación oportuna de la calificación jurídica de la conducta. De otro lado, el objeto del preacuerdo, la degradación de la punibilidad de autor a cómplice está autorizada por la ley y la jurisprudencia. Agregó que la administración de justicia se aprestiga al resolver los

casos con celeridad, como en esta oportunidad, no solo imponiendo penas severas en exceso.

3. La defensa de Restrepo Ortiz también pidió confirmar la sentencia recurrida con argumentos que se asemejan a los expuestos por su colega de bancada. Hizo referencia al deber de imparcialidad del juez, que podría verse afectado si toma parte en la estructuración de una teoría del caso diferente a la de la fiscalía en su función natural de titular de la acción penal con todo lo que ello comporta.

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL EN ORDEN A DECIDIR

1. En primer término, esta Sala de decisión ostenta la competencia para proferir una decisión que ponga fin a la instancia, en los términos del artículo 34 del C. de P.P.

2. Es necesario recordar el carácter restringido que ostenta la competencia de la segunda instancia, que obliga al fallador en esta sede a limitarse a los aspectos objeto de inconformidad, con mayor razón cuando se trata de un asunto que culmina como consecuencia de un preacuerdo suscrito entre las partes.

3. Son varios los recurrentes y varios los problemas jurídicos por ellos postulados. Sin embargo, el Tribunal se pronunciará al respecto en un orden que resulte lógico, abordando los problemas jurídicos que de prosperar harían innecesario entrar a evaluar los restantes.

4. El problema jurídico planteado por el Ministerio Público tiene que ver con establecer si la variación en la calificación jurídica de la conducta que introdujo la fiscalía antes de la acusación era procedente, o si por el contrario con ella se desconoció el principio de legalidad y tipicidad desencadenando el reconocimiento de un doble beneficio prohibido por la ley.

5. A efectos de responder este primer dilema, el Tribunal empezará por realizar unas breves reflexiones acerca de la facultad de la fiscalía para introducir ajustes a la calificación jurídica contenida en la imputación, para luego verificar la facultad, esta vez del juez, de ejercer algún control sobre esa variación o ajuste de la calificación jurídica; acto seguido se aplicarán al caso concreto los conceptos teóricos expuestos.

6. Acerca de la posibilidad que asiste a la Fiscalía de introducir ajustes a la calificación jurídica plasmada en la imputación ha sostenido la Corte de Casación:

De tiempo atrás la jurisprudencia se ha referido a la posibilidad que tiene la Fiscalía General de la Nación de ajustar la calificación jurídica durante la acusación. Las normas que regulan este aspecto y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el particular fueron analizadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-025 de 2010, donde se precisó:

En este orden de ideas, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹, en materia de aplicación del principio de congruencia en el contexto de un sistema penal acusatorio, se tiene que (i) se trata de un principio cardinal que orienta las relaciones existentes entre la formulación de la acusación y la sentencia; (ii) su aplicación se extiende al vínculo existente entre la audiencia de imputación de cargos y aquella de formulación de la acusación; (iii) de allí que esta última no pueda incorporar hechos nuevos, es decir, no imputados previamente al procesado; y (iv) lo anterior no significa que la valoración jurídica de los hechos deba permanecer incólume, precisamente por el carácter progresivo que ofrece el proceso penal. En otras palabras, fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción, es posible, al momento de formular la acusación, contar con mayores detalles sobre los hechos, lo cual implica, eventualmente, modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos.

La anterior doctrina no admite mayor discusión cuando se trata de un trámite ordinario. El problema se suscita cuando ese tipo de ajustes se ejecutan en el acta de un preacuerdo, no como parte de las concesiones hechas al

¹ Entre otras, CSJ SP 17 Sep. 2007, Rad. 27336 y CSJ SP 28 Nov. 2007, Rad. 27518.

imputado o acusado, sino como producto de las valoraciones del fiscal sobre la calificación jurídica correcta para el caso en particular.

La Sala considera que esos cambios son procedentes, en los mismos términos en que podrían hacerse en el trámite ordinario.

En primer lugar, **porque el acta de preacuerdo equivale al escrito de acusación**, como lo dispone expresamente el artículo 350 de la Ley 906 de 2004. De esta manera, si para el momento del acuerdo la Fiscalía considera que debe hacer algún ajuste a la calificación jurídica **efectuada en la imputación**, en salvaguarda del principio de legalidad, puede hacerlo en esa oportunidad.

...

Ahora bien, al hacer uso de esta posibilidad la Fiscalía debe explicar con claridad qué parte del contenido del acta corresponde a los ajustes de la calificación jurídica en aplicación del principio de legalidad y cuál es el componente del beneficio otorgado en virtud del preacuerdo. ²(Subrayado por el Tribunal)

De la decisión cuyo aparte se acaba de transcribir, puede colegirse en primer término, que efectivamente la Fiscalía está facultada para incorporar o realizar ajustes a la calificación jurídica contenida en la imputación; segundo, que esos ajustes se explican en el carácter progresivo del proceso penal, soportado a su vez en la posibilidad de que la fiscalía continúe su actividad investigativa después de realizada la imputación, con lo cual al momento de formular la acusación puede haber accedido a elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que justifiquen y hagan necesaria esa variación; tercero, que esos ajustes, de ser necesarios, se deben realizar durante la acusación; cuarto, que esa posibilidad opera en la forma ordinaria del proceso y en la abreviada, en la medida en que el acta de preacuerdo equivale al escrito de acusación. Así, si la fiscalía considera necesario mutar la calificación jurídica de los cargos plasmados en la imputación, puede hacerlo dejando en claro que su origen tiene que ver con un necesario ajuste al principio de legalidad. Con esa aclaración, la variación podría incluirse en el acta de preacuerdo; finalmente esa variación, si responde a la necesidad de ajustar la calificación jurídica

² CS de J SP14842-2015, 43.436

de los hechos al principio de legalidad, debe ser explicada y justificada adecuadamente por el fiscal.

7. Superado el primero de los asuntos anunciados, se aborda a continuación el relativo a la posibilidad del juez de ejercer control material sobre ese ajuste en la calificación jurídica contenida en la acusación.

Para el efecto anunciado atrás ha de acudir de nuevo a la misma decisión que se viene examinando, donde la Corporación de cierre indicó la necesidad de que el fiscal precise si la variación introducida a la calificación jurídica contenida en la imputación responde o se constituye en objeto de la negociación o si, como se viene analizando, surge de la necesidad de garantizar el principio de legalidad, aclaración que resulta vital a fin de establecer los límites a la intervención judicial en su control.

Finalmente, en el fallo de casación CSJ 16 Jul. 2014, Rad. 40871, la Corte, luego de hacer un recorrido por su propia línea jurisprudencial³, concluyó que “por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, pero, excepcionalmente debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes”.

Las facultades y límites que tiene el juez para controlar la acusación en el proceso ordinario deben operar en los casos de terminación anticipada de la actuación penal. De lo contrario, pueden generarse las situaciones atrás referidas: (i) que la Fiscalía prefiera esperar hasta la audiencia de acusación para realizar los ajustes a la calificación jurídica, con las implicaciones que de ello pueden derivarse para los derechos del procesado y para la celeridad del trámite, según lo indicado en los párrafos precedentes, o (ii) que los términos de la acusación, en los casos de terminación anticipada, sean establecidos por el Juez y no por la Fiscalía, lo que resultaría contrario a la división constitucional de funciones en materia penal y la imparcialidad del juez.

³ CSJ AP, 15 Jul. 2008, Rad. 29994; CSJ AP, 14 Agost. 2013, Rad. 41375; CSJ SP, 21 Mar. 2012, Rad. 38256; CSJ SP, 6 Feb. 2013, Rad. 39892 y CSJ AP, 16 Oct. 2013, Rad. 39886.

Ahora bien, si el Juez considera que los cambios realizados por el fiscal a la calificación jurídica bajo el ropaje de ajustes a la legalidad, entrañan una evidente estrategia para conceder al acusado beneficios prohibidos por el ordenamiento jurídico, tiene la carga de sustentar debidamente sus conclusiones, tanto para cumplir el deber constitucional y legal de motivar sus decisiones como para brindarle a las partes la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción.

En todo caso, en esos eventos el Juez debe aclarar suficientemente su decisión, esto es, debe precisar si está realizando un control sobre la acusación, si de lo que se trata es de ejercer un control sobre los términos del preacuerdo explicitados por las partes, o si, en su sentir, se está frente a evidentes maniobras orientadas a conceder beneficios inapropiados al procesado bajo la excusa de estar realizando ajustes en el ámbito de la legalidad. De esta manera, se insiste, las partes tendrán la oportunidad de controlar sus decisiones a través de los recursos, sin perjuicio de las otras vías de control consagradas en el ordenamiento jurídico. ⁴(subrayado por el Tribunal)

Del aparte transcrito se colige, primero que, por regla general, el juez no puede ejercer control material sobre la acusación; no obstante, excepcionalmente, ante actuaciones sesgadas de la fiscalía que reflejan un interés oculto de procurar a los acusados beneficios prohibidos, puede ejercerlo con la carga argumentativa suficiente que justifique su intromisión.

Del caso concreto

8. En el presente asunto, la fiscalía imputó a los ciudadanos Restrepo Ortiz y Morales Múnera el punible de concierto para delinquir agravado, con base en el inciso segundo del artículo 340, en el aparte que refiere, “*cuando el concierto sea para cometer...delitos contra la administración pública*”.

Llegado el momento de la formulación de acusación la fiscal del caso anunció que habría arribado a un acuerdo con los acusados, pero que, antes de exponerlo a la juez,

⁴ CS de J, decisión citada atrás

*Tribunal Superior de Medellín
Sala Décimo Tercera de Decisión Penal
Radicado 110016000101 2021-50029
Gustavo Amedt Restrepo Ortiz
Mauricio de Jesús Morales Múnera*

debía introducir una variación a la calificación jurídica de los hechos por los que serían convocados a juicio, no como contraprestación por la aceptación de su responsabilidad, sino como forma de ajustar a la estricta legalidad la conducta.

Hasta aquí, ningún reparo encuentra el Tribunal al proceder de la parte, pues respondía a las reglas decantadas por las jurisprudencias ordinaria y constitucional acabadas de destacar, que le confieren una tal facultad.

Acto seguido, la fiscal manifestó que “...analizados los elementos de convicción, permite sostener que no está demostrado el agravante. Se infirió un acuerdo para cometer delitos indeterminados y no específicos. No existen elementos materiales probatorios que indiquen que se hizo con el fin de atentar solamente contra la administración pública”. Esa variación, en sentir del Tribunal no fue justificada adecuadamente lo que la hace arbitraria. En efecto, la acusadora no la soportó en elementos materiales probatorios que la explicaran razonablemente. Esto es, la fiscalía no se valió del carácter progresivo del proceso penal que le permite continuar investigando durante el lapso que transcurre entre imputación y acusación para acceder a nuevos elementos materiales probatorios que le permitieran arribar a la conclusión que expresó. Más claro, no accedió a elementos materiales probatorios distintos de aquellos en que soportó la imputación. No quiere el Tribunal significar con esta afirmación que la fiscalía no pueda eventualmente corregir la imputación cuando pudo incurrir en algún yerro de adecuación típica al formularla, corrección que no demanda el recaudo de nuevos elementos materiales de prueba. Lo que se está queriendo afirmar es que esa variación no puede responder al capricho del fiscal, desconociendo precisamente aquellos elementos materiales probatorios que tuvo en consideración de manera correcta en el momento de formular la imputación.

Los hechos del caso son indicativos de que, un servidor público al servicio de la fiscalía se valió, en varias oportunidades, de la información reservada a que accedía

*Tribunal Superior de Medellín
Sala Décimo Tercera de Decisión Penal
Radicado 110016000101 2021-50029
Gustavo Amedt Restrepo Ortiz
Mauricio de Jesús Morales Múnera*

por cuenta de su condición de tal, para, a través de un abogado, facilitarla a sujetos que pudieran tener algún interés en ella. Para el Tribunal es claro que aquel ilegal suministro de información, tenía un trasfondo de índole económico, así lo enseña la experiencia. De ese proceder dieron cuenta los elementos materiales probatorios que sirvieron de sustento a la imputación. No advierte el Tribunal, de qué otra manera podría el servidor público obtener provecho ilícito valiéndose de su investidura. Así, si esta es la esencia del acuerdo llevado a cabo entre estos ciudadanos, pues fue esa la acreditada y no se vislumbra otra, el bien jurídico tutelado y desconocido será siempre el de la administración pública. No es cierto lo que afirmó la fiscal, que de los elementos materiales probatorio recaudados no pueda hacerse esa inferencia lógica. Es más, no mencionó ningún otro elemento material probatorio que sirviera de entibo a su afirmación. Esa es la realidad acreditada en la actuación. Ante ella, debe concluirse que la fiscalía no postuló ningún argumento que sustente su tesis, luego, se está, sin duda alguna, ante una clara falacia argumentativa conocida como petición de principio.

Así las cosas, la variación a que acudió la fiscalía no fue racional. Estuvo dirigida a despojar al delito de concierto para delinquir de la agravante que, de paso, cercenaba cualquier posibilidad a los sentenciados de acceder a los subrogados penales y, además, permitía por vía de preacuerdo obtener una sustancial rebaja de pena. Expresado de diferente manera, por cuenta de aquella inmotivada variación en la calificación jurídica de la conducta, lo acusados pudieron acceder a una pena considerablemente menor de aquella que merecerían por su desviado comportamiento. Además, eventualmente podrían discutir, como en efecto lo hicieron por vía de apelación, el reconocimiento de subrogados penales que en las condiciones de la adecuada imputación serían manifiestamente improcedentes.

La arbitrariedad destacada, da lugar a una seria violación al principio de legalidad y estricta tipicidad que, a su vez, desconoce de manera grave el debido proceso y obliga

*Tribunal Superior de Medellín
Sala Décimo Tercera de Decisión Penal
Radicado 110016000101 2021-50029
Gustavo Amedt Restrepo Ortiz
Mauricio de Jesús Morales Múnera*

al Tribunal a decretar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de acusación, desde el momento en que se confirió el uso de la palabra a la fiscalía para que concretara los términos finales de su requerimiento fiscal. Ello con el fin de que la actuación se surta de acuerdo con el trámite ordinario o, en caso de que se insista en su terminación anticipada, se proceda con estricto apego al principio de legalidad.

9. El sentido de lo resuelto hace innecesario entrar a evaluar los argumentos esgrimidos por los demás recurrentes.

10. Al margen de lo anterior, el Tribunal advierte necesario recordar a la fiscalía el contenido del artículo 349 de la ley 906 de 2004, que impone como condición de procedibilidad del preacuerdo el reintegro de por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento patrimonial percibido con la conducta y la garantía de recaudo del remanente. Lo anterior a fin de que a través de los correspondientes actos de investigación establezca, primero, la existencia de incremento patrimonial, que la experiencia indica debe ser la razón del tipo de conducta ejecutada por los agentes y, segundo, el cumplimiento del requisito de procedibilidad destacado.

11. En síntesis, la actuación se invalidará a partir de la audiencia de formulación de acusación, en concreto desde el momento en que se otorgó el uso de la palabra a la fiscalía para que concretara los términos jurídicos del requerimiento fiscal. Lo anterior en razón a que la parte acusadora abusó de su facultad de variar los términos de la acusación al proceder de manera arbitraria, procurando una pluralidad de beneficios que desconocen las normas legales que rigen el instituto de los preacuerdos.

En mérito de lo expuesto **LA SALA DÉCIMO TERCERA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley **RESUELVE: DECRETAR LA NULIDAD DE LO ACTUADO**, a partir de la audiencia de acusación, concretamente del

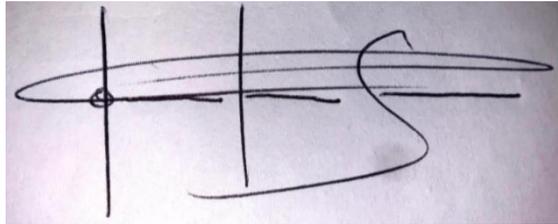
momento en que la juez concedió el uso de la palabra a la fiscalía para que concretara los términos de la misma. Lo anterior, de acuerdo con lo discurrido en este proveído.

Esta decisión se notifica por estrados y contra ella no procede recurso alguno.

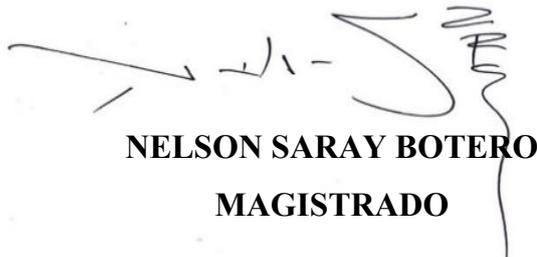
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO**



**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO**



**NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO**